

JAIME ORLANDO
SANTOFIMIO GAMBOA

**COMPENDIO
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Universidad
Externado
de Colombia

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, 1959-

Compendio de derecho administrativo / Jaime Orlando Santofimio Gamboa - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017.

1303 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas y jurisprudencia (páginas 1227-1303)

ISBN: 9789587727951

1. Derecho administrativo – Colombia 2. Derecho administrativo – Colombia --- Jurisprudencia 3. Derecho administrativo – Colombia – Fuentes 4. Contratos administrativos -- Aspectos jurídicos -- Colombia I. Universidad Externado de Colombia II. Título

344 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Septiembre de 2017

ISBN 978-958-772-795-1

ISBN E-PUB 978-958-772-829-3

© 2017, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

© 2017, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2017

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Diseño de ePub:

Hipertexto

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CONTENIDO

A manera de prólogo: el *compendio* de Jaime Orlando Santofimio Gamboa y las bases constitucionales del derecho administrativo en Colombia

Allan R. Brewer-Carías

Presentación de la primera edición

PARTE GENERAL

EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONCEPTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Introducción. Aproximaciones a los conceptos de administración pública y derecho administrativo

- I. Principales criterios doctrinales surgidos de la búsqueda histórica de sustantividad para los conceptos de administración pública y derecho administrativo
 - A. Criterio orgánico, formal o subjetivo
 - B. Criterio funcional, sustancial, objetivo o material
 - C. Criterio finalístico o teleológico
 1. Criterio subjetivo finalístico
 2. Criterio funcional finalístico
 - a. Criterio de los servicios públicos
 - b. Criterio de los fines estatales
 - c. Criterio de la procura existencial
 - D. Criterio de las prerrogativas públicas: *puissance publique*
 - E. Criterios normativos
 1. Criterio de la teoría pura del derecho
 2. Criterio de la exclusión o de la determinación conceptual formalista y negativa
 - F. Criterio neo-economicista o de la explicación económica de lo público
 - G. Criterio del derecho administrativo como sistema
 - H. Criterio de la escuela de pensamiento neo-constitucionalista
 - I. Criterio fundado en la cláusula constitucional del Estado social de derecho
- II. Propuesta operativa de un concepto de derecho administrativo
 - A. Derecho de la administración pública y de la función administrativa ejercida por órganos públicos y privados
 - B. Subsistema del ordenamiento jurídico
 - C. Interacción de contenidos de los subsistemas propios del ordenamiento jurídico como sistema: el derecho público y el privado en la legalidad de la administración pública
 - D. Relaciones con los asociados y la comunidad
 - E. Bajo el contexto de propósitos y finalidades del Estado constitucional en perspectiva finalista, y de protección y garantía de los derechos individuales y colectivos (adecuado a parámetros y estándares convencionales). La Constitución Política como marco referencial para la construcción del concepto de derecho administrativo
 - F. Tendiente a la consolidación de la buena administración

CAPÍTULO SEGUNDO

SURGIMIENTO DE LOS TIPOS DE SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL DERECHO

Introducción: Surgimiento de la administración pública y del derecho administrativo

- I. Surgimiento de la administración pública y del derecho administrativo bajo la visión continental o europea de influencia francesa. Trascendencia e importancia sustancial de *“juger l’Administration c’est encore administrer”*
- II. Surgimiento de la administración pública y del derecho administrativo bajo la idea de su vincularidad a la formación del Estado
 - A. El derecho del príncipe
 - B. La ciencia de la policía
- III. Surgimiento de la administración pública y del derecho administrativo en los territorios americanos de influencia hispana: el derecho indiano
- IV. Surgimiento de la administración pública y del derecho administrativo en Colombia. La recepción del sistema continental o europeo de influencia francesa
 - A. Surgimiento de la administración pública colombiana
 1. Período de la independencia (1810-1821)
 2. Período unitario: de la Gran Colombia a la Nueva Granada (1821-1858)
 3. Período federal: de la Confederación Granadina a los Estados Unidos de Colombia (1858-1885)
 4. Período de la reconstrucción unitaria (1885-1991)
 5. Período del Estado social y democrático de derecho (desde 1991)
 - B. Surgimiento del régimen de sometimiento de la administración pública colombiana al ordenamiento jurídico y su derecho sustancial
 1. Desarrollo de las normas sustanciales del régimen de sometimiento
 2. Desarrollo del control jurisdiccional de la administración pública colombiana
 - a. Período de la Independencia (1810-1821)
 - b. Período judicialista (1821-1914)
 - c. Período mixto: judicialista y jurisdicción especializada o de la implantación tardía del régimen francés (1914-hasta nuestros días)
 3. El Consejo de Estado: surgimiento y desarrollo de esta figura en el derecho colombiano. Intrascendencia de la idea revolucionaria de *“juger l’Administration c’est encore administrer”*
 - a. El Consejo de Estado de carácter consultivo no contencioso. Los consejos reales
 - b. El Consejo de Estado de carácter contencioso. La influencia tardía francesa con intrascendencia de la idea revolucionaria de *“juger l’administration c’est encore administrer”*

CAPÍTULO TERCERO

FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN –FUENTES–

Introducción. El derecho administrativo en el sistema del ordenamiento jurídico

- I. Elementos del sistema del ordenamiento jurídico: punto indubitable de partida para su fundamentación
- II. Articulación y fundamentación del sistema del ordenamiento jurídico con el orden convencional
- III. Fundamentos sustentados en la Constitución como norma suprema, o bases de construcción del ordenamiento jurídico administrativo (principios y valores)
 - A. Base del Estado de derecho
 1. El principio de legalidad
 2. El principio de la prevalencia del interés general
 3. El principio de la responsabilidad
 4. El principio de la prevalencia y el respeto a los derechos fundamentales
 5. El principio de la división de poderes

- 6. El principio del control de la actividad pública
- B. Base del Estado democrático
 - 1. El principio de la soberanía popular
 - 2. El principio de la participación
 - 3. El principio de pluralismo
 - 4. El principio de la integración por la vía electoral
- C. Base del Estado social de derecho
 - 1. El principio de solidaridad
 - 2. El principio del orden económico y social justo
- D. Base del Estado unitario
 - 1. Principios atemperadores. Desconcentración y delegación. Descentralización
 - 2. El Estado unitario en Colombia
- E. Base o supraprincipio de la integración
- IV. Fundamentos sustentados en la ley como elemento del sistema del ordenamiento jurídico
 - A. La ley
 - B. Actos del Congreso de la República con fuerza de ley
 - 1. Leyes ordinarias
 - 2. Leyes excepcionales o especiales
 - a. Leyes orgánicas
 - b. Leyes estatutarias
 - c. Leyes generales
 - d. Leyes de planes
 - C. Actos del Ejecutivo con fuerza de ley
 - 1. Decretos ley o extraordinarios
 - 2. Decretos legislativos
- V. Fundamentos sustentados en el acto administrativo (normativo) como elemento del sistema del ordenamiento jurídico
 - A. El reglamento (acto de carácter general normativo)
 - 1. Regla general en materia normativa o reglamentaria
 - 2. Reglas de excepción en materia normativa o reglamentaria
 - B. Actos ordinarios del Ejecutivo: resoluciones, decretos, directivas, circulares, etc.
 - C. Actos de las corporaciones administrativas: acuerdos, ordenanzas, resoluciones
- VI. Principios generales del derecho
- VII. Jurisprudencia
- VIII. El precedente
 - A. Precedente jurisprudencial
 - 1. *Ratio decidendi*
 - 2. *Obiter dictum*
 - B. Precedente administrativo
 - C. Precedente convencional
- IX. Costumbre

CAPÍTULO CUARTO

LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Introducción. La subjetividad de la organización administrativa y la personalidad jurídica

- I. El sujeto público (activo) de la relación y su personalidad
 - A. La persona jurídica en la relación jurídico administrativa
 - 1. El origen civilista de la idea de la persona jurídica en la relación jurídico administrativa

2. El Estado persona jurídica. Subjetividad de la organización administrativa. Teoría de la imputación
 3. El ejercicio de la función pública administrativa por particulares y la problemática de la personalidad jurídica
- B. Nociones de la personalidad jurídica y su incidencia en el derecho administrativo
 - C. La personalidad jurídica del Estado en derecho colombiano
 - D. Potestades (situaciones de poder)
 - E. Deberes (obligaciones y deberes funcionales)
- II. El sujeto pasivo de la relación jurídico administrativa y su personalidad. La persona y el ciudadano
- A. Relaciones generales de sujeción de las personas y otros sujetos a la administración
 1. Las personas de derecho privado como sujetos pasivos de la relación jurídico administrativa
 - a. Personas naturales
 - b. Personas jurídicas de derecho privado
 - c. Entes sin personalidad jurídica
 2. Las personas de derecho público como sujetos pasivos de la relación jurídico administrativa
 - B. Relaciones especiales de sujeción de las personas a la administración
 - C. Situaciones activas o de poder de las personas y otros sujetos en la relación jurídico administrativa
 1. Potestades
 2. Derechos subjetivos
 3. Intereses legítimos
 - D. Situaciones pasivas o deber de las personas y otros sujetos en las relaciones jurídico administrativa
 1. Sujeciones
 2. Derechos específicos en relación con la administración
 3. Deberes y obligaciones
- III. El sujeto colectivo de la relación jurídico administrativa

TÍTULO SEGUNDO

LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS INSTRUMENTOS JURÍDICOS

CAPÍTULO QUINTO

LA AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN

Introducción. La administración pública y su capacidad de tutela autónoma de los bienes jurídicos atribuidos (autotutela)

- I. El concepto de autotutela
- II. Modalidades de autotutela

CAPÍTULO SEXTO

LAS POTESTADES MATERIALES DE LA ADMINISTRACIÓN: DISCRECIONALIDAD, PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

Introducción. La dinámica de las potestades materiales de la administración

- I. La discrecionalidad y su intensidad (regla y discreción administrativa)
 - A. Discrecionalidad
 - B. Conceptos jurídicos indeterminados
- II. Instrumentos de reconducción objetiva de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en el contexto de la legalidad habilitante
 - A. La ponderación
 1. La ley de la ponderación
 2. La fórmula del peso

3. La carga de la argumentación
- B. Proporcionalidad y razonabilidad

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS PRINCIPALES MANIFESTACIONES

Introducción. Formas de acción o actividad de la administración pública

- A. Criterio o método gramatical
- B. Criterio o método de la enunciación
- I. Actividad ordenadora y de intervención en la actividad de los particulares (policía)
 - A. El concepto de actividad ordenadora de la administración
 - B. Principales instrumentos de ordenación (habilitación) en desarrollo de la intervención económica. Concesiones y autorizaciones. Diferencias
- II. Actividad de prestación de servicios públicos
 - A. La concepción clásica como actividad y función administrativa
 - B. La concepción economicista como actividad de mercado
 - C. La concepción mixta. Tesis constitucional colombiana
- III. La actividad de fomento
- IV. La actividad de intervención, control y vigilancia
- V. La actividad normativa y reguladora
- VI. La actividad planificadora y programadora
- VII. La actividad económica y de banca central

CAPÍTULO OCTAVO

INSTRUMENTOS JURÍDICOS VINCULADOS A LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Introducción. Instrumentos jurídicos de acción, omisión y actividad de la administración pública

- I. Hechos administrativos
- II. Operaciones administrativas
- III. Vías de hecho
- VI. Omisiones

CAPÍTULO NOVENO

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE FORMACIÓN DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS

Introducción. La idea del procedimiento para el ejercicio de la función pública administrativa

- I. Las cláusulas constitucionales del Estado social de derecho y del Estado democrático en la base de los procedimientos administrativos
- II. Los principios generales de los procedimientos administrativos a la luz de la cláusula del Estado social y democrático de derecho
 - A. El principio de la prevalencia del interés general
 - B. El principio de legalidad y el marco sustancial vinculante de la convencionalidad
 - C. El principio del debido proceso (*due process of law*) y el marco sustancial vinculante y de garantías de la convencionalidad
 1. El principio de economía
 2. El principio de celeridad
 3. El principio de eficacia
 4. El principio de imparcialidad
 5. Los principios de publicidad y transparencia
 6. El principio de contradicción

7. El principio de presunción de buena fe o de tutela a la confianza pública
 8. El principio de igualdad
 9. El principio de participación
 10. El principio de moralidad
 11. El principio de la responsabilidad
- III. El procedimiento administrativo de formación de las decisiones administrativas. Aspectos generales
- A. Relaciones entre las normas del Código de Procedimiento Administrativo, el procedimiento general de la Ley 1437 de 2011 y los múltiples procedimientos especiales que rigen para diversas materias
 - B. Competencia para la expedición de procedimientos administrativos
 - C. Excepciones a la aplicación de los procedimientos administrativos para la expedición de actos administrativos
 - D. Procedimiento administrativo para la formación de actos de contenido individual, general y mixto
 - E. Carácter mixto del procedimiento administrativo general en la Ley 1437 de 2011
 - F. Fuentes o formas de inicio de las actuaciones administrativas al interior de los procedimientos administrativos
 1. Derecho de petición
 - a. Persona interesada
 - b. Mecanismos de formulación de la solicitud
 - c. Características de la petición: respetuosa, clara, no reiterativa, adecuada y completa
 - d. Petición de interés individual, colectivo y general
 - e. Petición y acceso a la información, documentación y datos (transparencia)
 - f. Peticiones de información y documentación entre autoridades
 - g. Petición de consulta
 - h. Peticiones prioritarias y preferentes
 - i. Peticiones cautelares de urgencia
 - j. Pronta resolución de la petición
 - k. Entidades públicas. Organizaciones e instituciones privadas objeto de la petición. Organizaciones internacionales
 - l. Peticiones incompletas. Principio de insistencia. Solicitud de documentos adicionales. Desistimiento tácito. Reglas
 - m. Desistimiento expreso de las peticiones
 - n. Documentos, información o requisitos que reposen en los archivos de la entidad
 - o. Faltas disciplinarias por desatención del derecho de petición
 2. Cumplimiento de una obligación o deber legal
 3. Iniciación de oficio
 4. Iniciación en cumplimiento de una decisión judicial
- IV. Procedimiento administrativo común y principal en la Ley 1437 de 2011
- A. Inicio de la actuación, trámite y formación del expediente administrativo
 1. Trámite de la actuación
 - a. Proceso escritural
 - b. Proceso verbal
 - c. Proceso electrónico
 2. Sesiones virtuales
 3. Audiencias
 4. Formación del expediente y acumulación
 - B. Duración de la actuación administrativa. Regla general. Peticiones generales y particulares. Ampliación de términos
 1. Términos en el derecho de petición y acceso a documentos, información y datos
 2. Términos en el derecho de petición de consulta

3. Términos en la iniciación en cumplimiento de una obligación o deber legal
 4. Términos en la iniciación oficiosa
 5. Términos en la iniciación por orden de autoridad judicial
- C. Sujetos del procedimiento administrativo
1. Sujetos activo y pasivo
 2. Los terceros
 - a. Terceros necesarios
 - b. Terceros obligatorios
 3. Agentes oficiosos
 4. Ministerio público
- D. Funcionario incompetente
- E. Impedimentos y recusaciones
- F. Corrección de irregularidades en el trámite de las actuaciones administrativas (nulidades procesales)
- G. Suspensión o ampliación de términos en las actuaciones administrativas. Prejudicialidad
- H. Impugnación de los actos internos de la actuación administrativa
- I. Régimen probatorio en las actuaciones administrativas
- J. Adopción de decisiones en vía administrativa
1. El acto administrativo
 2. Decisiones fictas o presuntas en vía administrativa. Silencio administrativo
 - a. Silencio negativo
 - b. Silencio positivo
 - c. Silencio positivo contractual
 - d. El acto ficto o presunto de efectos positivos en la ley disciplinaria
- K. El procedimiento administrativo de publicidad de las decisiones administrativas y su garantía
1. Publicidad de los actos generales
 - a. Obligatoriedad de la publicación de los actos administrativos de carácter general para que surtan efectos jurídicos
 - b. Publicidad de las respuestas a los derechos de petición en interés general
 2. Publicidad de los actos individuales y colectivos
 - a. Notificación personal como regla general
 - b. Notificación por aviso. Regla de excepción
 - c. Notificación a terceros interesados mediante publicación. Regla de excepción
 - d. Notificación por conducta concluyente. Regla de excepción
 - e. Irregularidades de las notificaciones
- L. Publicidad de los actos administrativos mixtos
- M. Publicidad de los actos de trámite o preparatorios. Actos de “notifíquese” y actos de “comuníquese y cúmplase” o de simple “cúmplase”
- N. Impugnación por vía administrativa
1. Vía administrativa de impugnación (gubernativa)
 2. Actos objeto de control en la vía administrativa o gubernativa
 3. Recursos en vía administrativa o gubernativa
 - a. Recurso de reposición
 - b. Recurso de apelación
 - c. Recurso de queja
 4. Requisitos y reglas generales para la interposición y trámite de los recursos en la vía administrativa (gubernativa)
 5. Decisiones en vía gubernativa
 - a. Decisión expresa definitiva
 - b. Acto ficto o presunto en vía gubernativa. Silencio administrativo

- V. Procedimientos administrativos especiales en la Ley 1437 de 2011
 - A. Procedimiento administrativo de extensión de la jurisprudencia
 - 1. Sentencias de unificación de jurisprudencia
 - 2. Petición y requisitos formales
 - 3. Trámite y término para resolver
 - 4. Decisión a adoptar
 - 5. Control judicial
 - 6. Trámite judicial
 - 7. Caducidad del medio de control
 - B. Procedimiento administrativo especial sancionatorio
 - 1. Fundamentos y principios
 - a. Debido proceso
 - b. Legalidad y tipicidad
 - c. Legalidad y sanción
 - d. *Reformatio in pejus*
 - e. Proporcionalidad
 - 2. Iniciación y trámite. Averiguaciones previas
 - 3. Desarrollo de la actuación sancionatoria
 - a. Desarrollo de la actividad de sustanciación del proceso
 - b. Formulación de cargos
 - c. Notificación de los cargos
 - d. Presentación de descargos y solicitud de pruebas
 - e. Periodo probatorio
 - f. Alegatos de conclusión
 - g. Decisión
 - h. Oportunidad y recursos contra el acto sancionatorio
 - i. Pronunciamiento sobre caducidad de la facultad sancionatoria, si es del caso
 - 4. La ponderación y la proporcionalidad en la estructuración de los pliegos de cargos y de la sanción administrativa. La vigencia de un “test de adecuación y justificación”
 - C. Procedimiento administrativo especial de cobro coactivo (¿jurisdiccional?)
 - 1. Régimen jurídico
 - 2. Reglas de carácter procedimental
 - a. Funcionarios competentes
 - b. Trámite
 - c. Proceso ejecutivo y vía gubernativa
 - d. Títulos que prestan mérito por jurisdicción coactiva
 - e. Notificación del mandamiento ejecutivo
 - f. Embargos
 - g. Aplicación supletoria
 - D. Procedimiento administrativo especial de consulta previa
 - 1. Derecho convencional a la consulta previa
 - 2. Posición de la jurisprudencia interamericana, constitucional y del Consejo de Estado
 - E. Procedimiento administrativo especial para la producción de normas generales reguladoras
 - F. Procedimiento administrativo especial para la tramitación de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos
 - G. Procedimiento administrativo especial para la tramitación de revocaciones solicitadas (recurso extraordinario y especial) y oficiosas (mecanismo de la administración)

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Introducción. El acto administrativo en el sistema del ordenamiento jurídico

- I. El acto administrativo como resultado de la evolución política, jurídica y económica del Estado institucionalizado
 - A. Surgimiento de la figura en el derecho francés como criterio empírico formalista. Aportes de la doctrina alemana para su entendimiento como fenómeno sustancial con contenido y forma
 - B. Surgimiento del concepto de acto administrativo de contenido personal o subjetivo en los desarrollos del individualismo económico y jurídico
 - C. Surgimiento del concepto de acto administrativo de contenido colectivo bajo consideraciones de Estado social de derecho
 - D. Surgimiento del concepto de acto administrativo de contenido general en la evolución de la figura (reglamento)
 - E. Criterios para la identificación formal y material del acto administrativo en la evolución doctrinal de la figura
- II. El acto administrativo de contenido individual. Concepto
 - A. Elementos del concepto de acto administrativo de contenido individual
 - B. Características del acto administrativo de contenido individual
 1. Carácter ejecutivo y ejecutorio
 2. Carácter irretroactivo
 - C. Ausencia de uniformidad conceptual sobre el acto administrativo de contenido individual. Pluralidad doctrinal en la materia
 - D. Elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo de contenido individual
 1. Sujetos
 - a. Sujeto activo
 - i. La competencia
 - ii. La voluntad
 - b. Sujeto pasivo
 - c. Ministerio público
 2. Objeto
 3. Causa o motivo
 4. Finalidad
 5. Formalidades
 6. El mérito
 - E. Acto administrativo y actos de la administración
- III. El acto administrativo de contenido general. Reglamento
- IV. El acto administrativo de contenido colectivo
- V. El acto administrativo de contenido mixto
- VI. Surgimiento del acto administrativo
 - A. Teoría del elemento esencial
 - B. Teoría de la eficacia o de la oponibilidad
- VII. Presunción de legalidad de los actos administrativos
- VIII. Eficacia del acto administrativo y sus vicisitudes
 - A. Firmeza y ejecutoriedad del acto administrativo
 - B. Pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo
 1. Nulidad del acto administrativo como circunstancia genérica de pérdida de fuerza ejecutoria

2. Causal primera: “cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo” (art. 91 num. 1 Ley 1437 de 2011)
 3. Causal segunda: “cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”. Decaimiento del acto administrativo (art. 91 num. 2 Ley 1437 de 2011)
 4. Causal tercera: “cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos” (art. 91 num. 3 Ley 1437 de 2011)
 5. Causal cuarta: “cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto” (art. 91 num. 4 Ley 1437 de 2011)
 6. Causal quinta: “cuando pierdan vigencia” (art. 91 num. 4 Ley 1437 de 2011)
- C. Inexistencia de los actos administrativos
- D. Convalidación de los actos administrativos
- IX. Revocatoria de los actos administrativos
- A. Naturaleza jurídica. Modalidades. Efectos. Actos objeto de revocatoria. Diferencias con la declaratoria de nulidad
 - B. Causales de revocatoria de los actos administrativos
 - C. La revocación como recurso
 1. Improcedencia por agotamiento en vía administrativa de la impugnación. Limitante
 2. Improcedencia por ocurrencia del fenómeno de la caducidad en relación con el acto objeto de revocación
 3. Oportunidades de solicitud del interesado y respuesta de la administración
 4. Imposibilidad de impugnar por la vía administrativa la decisión que resuelve la revocatoria solicitada
 5. Imposibilidad de impugnar por la vía jurisdiccional la decisión que resuelve la solicitud de revocación
 6. Formulación de ofertas de conciliación a iniciativa de la administración respecto de actos judicializados
 - D. La revocación como mecanismo de la administración (oficiosa)
 1. Procedencia de la revocación oficiosa
 2. Inoperancia de las restricciones de ejercicio de recursos gubernativos y de acceso a la jurisdicción. Inexistencia de límites para decidir
 3. Revocación oficiosa de actos de carácter particular y concreto
 - E. Revocación para la corrección de simples errores formales

CAPÍTULO DÉCIMOPRIMERO

LOS CONTRATOS ESTATALES. COMPLEJIDADES PARA SU ESTRUCTURACIÓN UNÍVOCA

Introducción. La dinámica conceptual en la estructuración del negocio jurídico del Estado

- I. El surgimiento de una teoría sobre el contrato estatal
 - A. La construcción de un sistema jurídico para los contratos del Estado. Actos de autoridad y actos de gestión
 - B. Los primeros intentos para consolidar una teoría autónoma del contrato del Estado, la llamada sustantividad del contrato administrativo
 1. La influencia francesa en la formación de la teoría de la sustantividad
 2. El momento crucial de la teoría: los servicios públicos
 - C. La reacción doctrinal contra la sustantividad: teoría de la unidad o identidad del contrato administrativo y el privado
 - D. La persistencia de un estricto derecho privado para el contrato del Estado. El individualismo jurídico
 - E. La negación del contrato del Estado. El unilateralismo jurídico
 - F. El interés público como base de la distinción entre derecho público y privado en el contrato del Estado

- G. Los aportes del modelo social y democrático a la estructuración del contrato y de la concesión
- H. Los aportes del modelo neoliberal individualista a la construcción del contrato
- I. El modelo anglosajón. El contrato de derecho privado como contrato estatal
- II. Aproximaciones a un concepto de contrato del Estado
 - A. La insuficiencia de los criterios orgánicos y del recurso público para determinar un concepto material del contrato estatal
 - B. Las tentativas de construcción de un concepto material de contrato estatal a partir de la interrelación del régimen jurídico de los contratos estatales, el derecho civil y comercial y los principios constitucionales
 - C. Conceptos materiales del contrato estatal propuestos
 - 1. Concepto material del contrato estatal vinculado a las ideas de conmutatividad y reciprocidad negocial. Consecuencias. Regla general
 - a. Acuerdo de dos o más partes
 - b. Contenido económico
 - c. Contrato oneroso
 - d. Sinalagmático y conmutativo
 - e. Negación de lo aleatorio
 - f. Carácter solemne
 - g. Diferencias –a partir de la aplicación de la jurisprudencia sobre el enriquecimiento sin causa– entre “ejecución en mayor cantidad de lo pactado” y “ejecución de prestaciones no pactadas”
 - h. Contrato principal, excepcionalmente accesorio
 - i. Sujeción al principio de igualdad
 - j. Sujeción a los principios de interés público o general
 - k. Sujeción al principio de planeación
 - l. Sujeción al principio de previsibilidad o de contingencias plenas. La estructuración previsible del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos
 - m. Sujeción al principio de la buena fe objetiva
 - 2. Concepto material pero excepcional de contrato estatal vinculado a la idea de unilateralidad de efectos. Ausencia de reciprocidad. Consecuencias
- III. Requisitos de existencia del contrato estatal
 - A. El acuerdo de las partes. Consentimiento
 - B. El objeto (diferencia con el objeto de la obligación)
 - C. La causa
 - D. Los elementos esenciales del esquema negocial utilizado
 - E. Las solemnidades constitutivas o exigidas para la existencia del negocio
- IV. Presupuestos de validez del contrato estatal
 - A. Consentimiento exento de vicios
 - 1. El error
 - a. Error de hecho
 - b. Error de derecho
 - 2. La fuerza
 - 3. El dolo
 - B. Capacidad de las partes
 - C. Objeto lícito
 - D. Causa lícita
 - E. Solemnidades exigidas para el valor
- V. Finalidad del contrato estatal
- VI. Interpretación, integración, calificación y coligación del contrato estatal
 - A. La interpretación del contrato estatal
 - B. La integración del contrato estatal

- C. La calificación del contrato estatal
- D. La coligación del contrato estatal
- VII. Ineficacia e invalidez del contrato estatal
 - A. Inexistencia del contrato estatal
 - B. Ineficacia de pleno derecho del contrato estatal
 - C. Nulidad absoluta del contrato estatal
 - 1. Causales por remisión al derecho privado
 - 2. Causales especiales del artículo 44 de la Ley 80 de 1993
 - 3. Efectos de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato
 - a. Retrotraer las cosas al momento de la celebración
 - b. Liquidación inmediata. Restituciones mutuas y sanciones por nulidad fundada en objeto y causa ilícita: artículos 1525, 1746 inciso 2.º del Código Civil y 48 Ley 80 de 1993
 - 4. Terminación unilateral del contrato por configuración de causal de nulidad absoluta
 - D. La nulidad relativa del contrato estatal
- VIII. El equilibrio económico del contrato estatal conmutativo y sinalagmático y las causas de su ruptura
 - A. Causas imputables a la administración pública contratante
 - 1. Por su incumplimiento
 - a. Incumplimiento del deber de estructuración plena del negocio. Deficiente o nula planeación del mismo cuando por este hecho no se configura la nulidad del contrato
 - b. La concurrencia de culpas en la estructuración de los aspectos técnicos, económicos y financieros del contrato estatal
 - c. Incumplimiento de obligaciones debidamente pactadas
 - d. Demoras en la ejecución del objeto del contrato
 - e. Demoras en el pago de anticipos
 - f. Consecuencias del no pago oportuno del valor de las obras o servicios contratados
 - g. Reclamaciones administrativas y salvedades en otrosíes y contratos adicionales
 - 2. El hecho del príncipe
 - 3. La imprevisión
 - a. Fundamentos de la causal
 - b. Las circunstancias que pueden llevar a su configuración
 - c. En cuanto a los requisitos que deben confluir para su reconocimiento y aplicación
 - d. Posición de la justicia arbitral sobre su procedencia y aplicabilidad en relación con el contrato del Estado. Fuentes normativas en el Código de Comercio
 - B. Causas imputables al contratista por incumplimiento y otras circunstancias fácticas
 - C. El restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato
 - 1. Imputabilidad de las cargas relativas al restablecimiento del equilibrio económico del contrato
 - 2. Prueba del desequilibrio del contrato estatal
- IX. Liquidación del contrato estatal
 - A. Liquidación bilateral
 - B. Liquidación unilateral
- X. La potestad sancionadora de la administración en materia de contratación estatal
 - A. Las potestades sancionadoras en materia de contratación estatal como ruptura al principio de igualdad
 - B. Sujeción estricta al principio de la buena fe objetiva
 - C. Ruptura de la reciprocidad en el ejercicio de la potestad sancionadora
 - D. Vincularidad de los garantes al cumplimiento de las sanciones
 - E. Concreción a través de una decisión administrativa de contenido individual
- XI. El contrato y el incumplimiento de las prestaciones pactadas, presupuesto de la potestad sancionadora en materia de contratación estatal
- XII. Las sanciones en materia de contratación estatal con ocasión de los incumplimientos

- A. Multas
 - 1. Concepto
 - 2. Alcance en relación con los principios rectores
- B. Cláusula penal
 - 1. Concepto
- C. Caducidad
 - 1. Concepto

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

LAS VÍCTIMAS Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Introducción. La responsabilidad del Estado en el contexto de la base constitucional del Estado social y democrático de derecho

- I. Estructura de la responsabilidad del Estado a la luz del artículo 90 constitucional. Daño antijurídico. Imputación. Reparación integral
 - A. El daño antijurídico
 - 1. La noción de daño en su sentido general
 - 2. La noción de daño antijurídico
 - B. El juicio de imputación de la responsabilidad del Estado
 - 1. Análisis del ámbito fáctico y de la atribución jurídica (imputación objetiva, deber normativo y deber positivo)
 - a. La necesidad de distinguir entre causalidad e imputación
 - b. Análisis de las eximentes de responsabilidad: fuerza mayor, hecho del tercero, hecho exclusivo o culpa de la víctima, y el estado de conocimientos de la ciencia y de la técnica
 - c. La relación de causalidad como elemento del juicio de imputación fáctica
 - d. La concurrencia de causas o la concausalidad en el juicio de imputación fáctica
 - 2. Ámbito jurídico de la imputación. Atribución jurídica
 - a. La afirmación del principio de imputabilidad y la imputación objetiva
 - b. Fundamentos para la atribución jurídica de la responsabilidad a partir de criterios de motivación de la imputación o razonabilidad. Crisis de la concepción clásica de los títulos de imputación
 - C. La reparación integral como principio y derecho sustancial en el régimen de responsabilidad del Estado
 - 1. La reparación en el moderno Estado social, democrático y de derecho
 - 2. Aproximación conceptual a la reparación: de la *restitutio in integrum* a la *restitutio in pristinum*
 - 3. Caracterización de la reparación como principio constitucional y de desarrollo legal
 - 4. La reparación debe comprender el restablecimiento de derechos subjetivos y colectivos
 - 5. La reparación integral. Derecho y principio esencial del régimen de responsabilidad del Estado
 - 6. Los elementos básicos del perjuicio como delimitadores de la reparación
 - 7. Tipología de la reparación en el moderno derecho de víctimas
 - a. La reparación de los perjuicios materiales
 - b. La reparación de los perjuicios inmateriales
 - D. Subrégimen dentro de la responsabilidad del Estado en su construcción jurisprudencial
 - 1. Responsabilidad del Estado por prestación de servicio o actividad médica
 - 2. Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos producidos en un accidente de tránsito
 - 3. Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos con ocasión de una obra pública
 - 4. Responsabilidad del Estado cuando se trata de vulneraciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario
 - 5. Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos derivados de la actividad de la administración de justicia

6. Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador
 7. Responsabilidad del Estado por actividad urbanística
 8. Responsabilidad del Estado por daños ambientales y ecológicos
 9. Responsabilidad del Estado por limitaciones a la actividad económica
 10. Responsabilidad precontractual del Estado
 11. *Actio de in rem verso*
- E. Aproximación conceptual a la reparación: de la *restitutio in integrum* a la *restitutio in pristinum*. Alcance del artículo transitorio 18 del Acto Legislativo 01 de 2017

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

EL CONTROL JUDICIAL A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Introducción. El control y la Constitución en el Estado de derecho

- I. La conformación del control contencioso administrativo en el sistema jurídico continental o europeo de influencia francesa. “*Juger l’Administration c’est encore administrer*”
- II. El papel de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el control constitucional y de legalidad del ordenamiento jurídico conforme a lo preceptuado en la Constitución Política
- III. El papel de la jurisdicción de lo contencioso administrativo frente al control de convencionalidad
- IV. Las acciones o medios de control propiamente de la jurisdicción contencioso administrativa
 - A. El contencioso objetivo de constitucionalidad y legalidad
 1. La acción de nulidad por inconstitucionalidad (medio de control de nulidad por inconstitucionalidad)
 2. La acción de nulidad (medio de control de nulidad)
 3. La acción electoral (medio de control electoral)
 4. El control objetivo de constitucionalidad y legalidad sobre los actos departamentales y locales
 5. Acción de nulidad de cartas de naturaleza y de las autorizaciones de inscripción (medio de control de nulidad de cartas de naturaleza y de las autorizaciones de inscripción)
 - B. El contencioso subjetivo de constitucionalidad y legalidad
 1. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho (medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho)
 2. La acción de reparación directa (medio de control de reparación directa)
 - C. El contencioso mixto de constitucionalidad y legalidad
 1. La acción de lesividad
 2. Acción referente a controversias contractuales (medio de control de controversias contractuales)
 3. Las controversias contractuales ante la justicia arbitral
 - D. El control por la vía de excepción en la jurisdicción contencioso administrativa
- V. Las acciones constitucionales como instrumentos de la jurisdicción contencioso administrativa
 - A. Acciones constitucionales objetivas
 1. La acción de pérdida de investidura (medio de control de pérdida de investidura)
 2. Acción de cumplimiento (medio de control de cumplimiento)
 3. Acción de repetición (medio de control de repetición)
 4. El control inmediato de legalidad
 - B. Acciones constitucionales de protección a los intereses colectivos
 1. La acción popular (medio de control de protección de derechos e intereses colectivos)
 - C. Acciones constitucionales subjetivas
 1. La acción de tutela como instrumento complementario del control de constitucionalidad ante la jurisdicción contencioso administrativa
 2. La acción de grupo (medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo)
- VI. El control cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa

TÍTULO TERCERO

LA ORGANIZACIÓN PARA LA ACCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CUMPLIMIENTO DE SUS FINALIDADES

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

ORGANIZACIÓN TERRITORIAL Y ADMINISTRATIVA EN LOS DIFERENTES NIVELES PARA EFECTOS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

Introducción. Organización territorial y administrativa en los diferentes niveles para efectos de la acción administrativa

I. Orden territorial nacional

A. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional

1. El sector central

- a. La Presidencia de la República
- b. La Vicepresidencia de la República
- c. Los Consejos Superiores de la Administración
- d. Los ministerios y departamentos administrativos
- e. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales sin personería jurídica

2. Del sector descentralizado por servicios

- a. Los establecimientos públicos
- b. Las empresas industriales y comerciales del Estado
- c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica
- d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios
- e. Los institutos científicos y tecnológicos
- f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta
- g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público

B. Creación, fusión y supresión de organismos y entidades

II. Orden territorial departamental

III. Orden territorial municipal

A. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden departamental y municipal

IV. Orden territorial distrital

V. Orden territorial provincial

VI. Orden territorial regional

VII. Orden territorial indígena

VIII. Otras divisiones territoriales para el cumplimiento de los cometidos estatales y la prestación de servicios

A. Áreas metropolitanas

B. Asociaciones de municipios

C. Corporaciones autónomas regionales

IX. Sistema nacional de control interno

X. Funciones administrativas por particulares

TÍTULO CUARTO

LOS MEDIOS PARA LA ACCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

LA FUNCIÓN PÚBLICA

Introducción. Fundamentos de la actividad laboral del Estado

- A. Fundamento convencional
- B. Fundamento constitucional
- I. La vinculación laboral con el Estado
 - A. Servidores públicos
 - 1. Miembros de las corporaciones públicas
 - 2. Empleados públicos
 - a. Categorías y relación jurídica
 - b. Carrera administrativa
 - c. Comisión Nacional del Servicio Civil
 - d. Desvinculación del empleo público
 - 3. Trabajadores oficiales
 - B. Otras modalidades de servidores
 - 1. Contrato de prestación de servicios
 - 2. Provisionalidad
 - 3. Encargo
- II. Seguridad social

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

EL PATRIMONIO Y LOS BIENES PÚBLICOS

Introducción

- I. El patrimonio público y su integración
 - A. Dominio eminente
 - B. El territorio estatal
 - 1. Territorio continental
 - 3. El subsuelo
 - 4. El espacio aéreo
 - 5. El segmento de la órbita geoestacionaria
 - 6. El espectro electromagnético
 - C. Las potenciales afectaciones de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 19 de noviembre de 2012, “diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)”
 - 1. Delimitación de las reglas planteadas por la Corte Internacional de Justicia en la sentencia
 - 2. Implicaciones de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el ordenamiento interno colombiano
 - D. Bienes públicos
 - 1. Bienes de uso público
 - 2. Bienes fiscales
 - 3. Bienes ejidos
 - 4. Bienes baldíos
- II. El espacio público
- III. La clarificación y deslinde de las tierras de dominio de la nación. Recuperación de baldíos
- IV. Instrumentos administrativos y judiciales para la defensa de los bienes públicos
 - A. Acciones directas por las capitanías de puerto y la Dirección General Marítima y Portuaria
 - B. Acción policiva de restitución de bienes de uso público
 - C. Acciones populares
 - D. Pretensiones reivindicatorias

PARTE ESPECIAL

EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU ESPECIFICIDAD

TÍTULO ÚNICO

DESARROLLOS ESPECÍFICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO PRIMERO

INCIDENCIA DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: LA GOBERNANZA ELECTRÓNICA

Introducción. Las incidencias normativas de la sociedad de la información y el conocimiento en la administración pública

- I. La gobernanza electrónica en la estructura misma de la cláusula del Estado social y democrático de derecho
- II. Incidencias de la gobernanza electrónica en la conformación de los contenidos del derecho administrativo, en especial del derecho a la información y la comunicación
- III. Los instrumentos técnicos y jurídicos de la ordenanza electrónica en especial de Internet. El *soft law* y la normativa en relación con Internet
- IV. Los instrumentos jurídicos y administrativos de la ordenanza electrónica para la garantía del derecho a la información y la comunicación en las relaciones entre gobierno, administración y colectividad. Incidencia en los procedimientos administrativos general y especial
 - A. La ordenanza electrónica y los procedimientos administrativos
 1. La conformación del procedimiento administrativo electrónico a partir de la articulación de las disposiciones de las leyes 527 de 1999, 962 de 2005 y 1437 de 2011
 - a. Aplicación de las reglas contenidas en la Ley 527 de 1999 al procedimiento administrativo electrónico
 - b. El mensaje electrónico de datos y el documento electrónico público. Acto administrativo. Leyes 527 de 1999 y 1437 de 2011
 - c. Reglas relativas al envío y recepción de los mensajes de datos
 - d. Valor probatorio y fuerza jurídica del mensaje de datos y de los documentos electrónicos
 - e. Publicidad y notificaciones por medios electrónicos. Leyes 1437 de 2011 y 962 de 2005
 2. Firmas digitales
 3. Entidades de certificación

CAPÍTULO SEGUNDO

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU GARANTÍA SUSTANCIAL BAJO PRECEPTOS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ANÁLISIS DE CASOS PARADIGMÁTICOS

Introducción. La libertad de expresión y el compromiso de las autoridades públicas en la sociedad de la información

- I. Los fundamentos de la protección eficaz de la libertad de expresión
- II. Concepto, contenido y alcance convencional y constitucional de la libertad de expresión en sus diversas dimensiones: elementos para la articulación de un derecho complejo
- III. Estudio casuístico de la protección de la libertad de expresión como derecho complejo, en sus diferentes modalidades. Análisis casuístico de la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado de Colombia
- IV. A modo de conclusiones

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL. FUNDAMENTOS

Introducción. Los presupuestos del derecho urbanístico y territorial

- I. El derecho urbanístico y territorial en el contexto del régimen constitucional

- A. El ordenamiento urbanístico territorial bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho
- B. Los principios rectores del ordenamiento urbanístico y territorial
 - 1. Principio de la función social y ecológica de la propiedad
 - 2. El principio de interés general y el concepto de prevalencia de este sobre el particular
 - 3. El principio de participación democrática
 - 4. Principio de la función pública del urbanismo
 - 5. Principio del carácter colectivo del derecho urbanístico y territorial bajo consideraciones de respeto a los derechos e intereses subjetivos
 - 6. Principio de la distribución equitativa de las cargas y beneficios en el ordenamiento territorial y urbanístico
- II. La libertad económica y su relación con el ordenamiento urbanístico y territorial
- III. Sujeción al concepto y reglas de la planeación urbana y territorial
- IV. Sujeción a la decisión unilateral de la autoridad urbanística para la consolidación de los derechos colectivos y subjetivos. La licencia urbanística

CAPÍTULO CUARTO

INCENTIVOS Y BENEFICIOS FISCALES PARA LA INVERSIÓN AMBIENTAL. HERRAMIENTAS PARA LA COMPLEMENTACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN EL DERECHO COLOMBIANO. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Introducción. Constitución verde y Estado social de derecho

- I. Determinación de la base convencional de los incentivos y beneficios fiscales para la protección del ambiente
- II. Aproximación a los incentivos y beneficios fiscales como instrumentos económicos de protección del ambiente en el ordenamiento jurídico colombiano
- III. Incentivos y beneficios fiscales en el derecho colombiano como instrumentos económicos para la protección del ambiente
- IV. Reflexiones sobre el modelo de incentivos en Colombia
- V. Los modelos sancionadores ambientales en el derecho colombiano
- VI. Breve examen a la dosimetría de las sanciones ambientales en el ordenamiento jurídico colombiano

BIBLIOGRAFÍA

A MANERA DE PRÓLOGO: EL *COMPENDIO* DE JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Y LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

I

Prologar un libro, además de ser siempre un honor para el que lo escribe, es un compromiso que el prologuista adquiere con el autor, con su obra y con sus futuros lectores.

En este caso, es un inmerecido honor el que me ha hecho mi muy apreciado y admirado amigo, el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, al solicitarme redactar el prólogo a esta nueva obra que viene de concluir, contentiva de su *Compendio de derecho administrativo*, que como toda creación de esta naturaleza constituye, sin duda, el fruto de los más de treinta años que ha dedicado a la actividad académica y profesional, particularmente en las labores de investigación y docencia en el mundo del derecho público, e igualmente, en el mundo de la judicatura.

Indiscutiblemente, una obra de esta magnitud y contenido solo la puede preparar quien ha logrado madurez académica producto del estudio constante, como lo exigen la docencia, la investigación y la importantísima función de impartir justicia. Este es precisamente el caso del profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

II

He tenido la oportunidad de seguir la trayectoria académica del profesor Santofimio desde el día en que lo conocí, noviembre de 1986, durante la primera visita que realicé a Bogotá con ocasión de mi participación en el *Simposio Internacional sobre Modernización y Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional*, organizado por el profesor Carlos Restrepo Piedrahita –destacadísimo académico hispanoamericano recientemente fallecido–, con quien precisamente Jaime Orlando había comenzado a trabajar tres años atrás en el Departamento de Derecho Público y Ciencia Política al graduarse de abogado de la Universidad Externado de Colombia.

Para cuando lo conocí, Santofimio ya había concluido su especialización en Derecho Administrativo en su alma máter (1984), y su formación académica se consolidó a través de los años con una Especialización en Administración Municipal en el Instituto Brasileño de Administración Municipal –IBAM–, de Río de Janeiro (1988), una Maestría en Gobierno Municipal de la Universidad Externado de Colombia (2000), y un Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (2010).

III

En paralelo a su formación académica, Santofimio desarrolló una intensa actividad universitaria, siendo designado en 1985 profesor de la Universidad Externado de Colombia, e investigador, inicialmente y hasta 1992, en el Departamento de Derecho Público y Ciencia Política, en el área de Derecho Administrativo, y posteriormente, desde 1996, en el recién creado Departamento de Derecho Administrativo del cual fue Director (1996-2010); y en la misma Universidad, desde 1996 hasta octubre de 2010, fue Director de las Especializaciones en Derecho Administrativo, Contratación

Estatual, Contencioso Administrativo, Derecho Urbano, y Función Pública; además, fue investigador invitado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (1986-1987), y profesor invitado en las universidades Carlos III de Madrid, Católica de Guayaquil, Latina de Panamá, y en la Escuela de Capacitación de la Procuraduría de la Administración de Panamá.

Durante sus años de actividad docente ha sido profesor de materialmente todos los cursos posibles en la Universidad Externado de Colombia: derecho público, constitucional y administrativo, y entre ellos, régimen municipal, derecho urbano, acto administrativo, función pública, derecho electoral, contencioso administrativo, contratación pública, servicios públicos domiciliarios. En 1993 fue nombrado profesor de la Cátedra de Derecho Administrativo General, posición que actualmente ocupa. Así mismo, mediante convenios con otras universidades, durante su carrera ha sido profesor de materias de nuestra especialidad en las universidades del Cauca, de Cartagena, de Ibagué, Autónoma de Bucaramanga, y Libre de Pereira.

IV

En paralelo a su actividad académica y docente, como excelente administrativista que es, el profesor Santofimio también tuvo el buen tino de desarrollar una intensa actividad profesional de asesoría jurídica en materialmente todas las áreas de derecho administrativo en diversas instituciones: la Superintendencia de Notariado y Registro (1989), la Gobernación del Tolima (1991, 1993, 1994), el Consejo Regional de Planificación de la Costa Atlántica –CORPES– (1991-1992), el Instituto SER de Investigaciones (1991), la Beneficencia del Tolima (1992), la Consejería para la Modernización del Estado (1991), la Comisión Asesora del Estatuto Registral (1993), la Alcaldía de Ibagué (1996), la Procuraduría General de la Nación (1997-2000), la Gobernación de Cundinamarca (1998), la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (1998-2000), la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Delegada de Gas y Energía (1999-2000), la Contraloría de Bolívar (1998-2000), la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL– (2000), la Aeronáutica Civil (2001), el Instituto de Seguros Sociales (2003), el Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional–, el Banco Agrario de Colombia, el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario –FINAGRO–, el Ministerio de Comunicaciones, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR–, y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Por último, destaca su muy importante actividad judicial como Conjuez del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (1994), y árbitro de los Centros de Arbitraje y Conciliación de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Tunja y Cartagena; y particularmente en el muy prestigioso Consejo de Estado, donde fue Magistrado auxiliar (1990) y Conjuez de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo (2001-2006), desempeñándose desde 2010 como Magistrado de la Sección Tercera de dicha Sala para el período que termina en 2018.

V

Por otra parte, además de estar apoyado en la larga experiencia que deriva de sus actividades académicas, docentes, profesionales y judiciales, este *Compendio de derecho administrativo* está precedido –y no podía ser de otra forma– de una extensa producción científica y de investigación materializada en casi un centenar de artículos publicados en revistas especializadas y obras colectivas, y en numerosos libros, entre ellos su clásica obra *Actos Administrativos* (1988, 1994), su muy

importante *Tratado de derecho administrativo* (1996-2008), y su reciente y extensa obra sobre el *Control de convencionalidad* (2017).

En toda su producción, que se concentra ahora en este *Compendio*, existe un denominador común que la hace única entre las de los administrativistas colombianos que han elaborado tratados y obras generales de este tipo, y es que, salvo unos primeros artículos relacionados con el tema municipal y la organización territorial escritos a finales de los años ochenta, toda la obra de Jaime Orlando Santofimio se ha desarrollado con base en la Constitución colombiana de 1991, la cual fue en su momento, sin duda, jurídicamente hablando, una de las más ricas de América Latina, particularmente para nuestra disciplina, donde se operó un masivo proceso de constitucionalización del derecho administrativo como nunca antes había ocurrido en el país¹; proceso que en homenaje al autor, por su obra, quiero comentar en estas líneas a manera de prólogo.

VI

Es bien sabido que entre el derecho constitucional y el derecho administrativo existen todos los vínculos imaginables, caracterizándose por ser derechos estatales, estrechamente interrelacionados, que es lo que explica que el derecho administrativo tenga como bases constitucionales las del Estado contemporáneo, que en el mundo occidental corresponden a las del Estado social y democrático de derecho, terminología que aun cuando fue acuñada hace décadas en las Constituciones europeas, quedó expresamente recogida, quizás por primera vez, en Hispanoamérica en la Constitución de 1991 (art. 1.º).

Hemos dicho que el derecho administrativo es un “derecho estatal”² en el sentido de que, además de emanar del Estado, está destinado a regular una sus partes esenciales, la Administración Pública, concebida como complejo orgánico, y en particular su organización y funcionamiento; es decir, el ejercicio de la función administrativa y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados³, siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares⁴, y que en buena parte deben prevalecer sobre los mismos.

Pero por supuesto, al regular al Estado, el derecho administrativo no es, definitivamente, un derecho estático, sino por el contrario, muy dinámico, pues está en constante evolución, reflejo de los fenómenos sociales y políticos. Cada sociedad, como lo ha dicho mi querido amigo de tantos años Alejandro Nieto, “se expresa en un determinado Derecho y las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica”⁵; en otras palabras, “el derecho administrativo se asienta sobre bases que están en constante evolución y que reflejan los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado”⁶. Por ello puede decirse que el derecho administrativo sufre una permanente “crisis de crecimiento”⁷, por los cambios que constantemente le provocan las transformaciones económicas y sociales que no cesan.

Teniendo esto en cuenta, se puede entonces decir que las características fundamentales del derecho administrativo constitucionalizado en Colombia, que se reflejan en toda la obra de Santofimio, responden a lo que en el panorama jurídico contemporáneo caracteriza a esta disciplina: en primer lugar, unas bases constitucionales propias del Estado de derecho; en segundo lugar, unos condicionamientos democráticos y sociales de ese Estado, y en tercer lugar, un conjunto de principios que identifican un determinado equilibrio entre las prerrogativas y los poderes del Estado, y los

derechos y garantías de los ciudadanos. A esas bases constitucionales y principios queremos referirnos en seguida.

VII

En primer lugar están los que derivan de la relación entre el derecho administrativo y el Estado de derecho, de manera que se puede decir que no habría derecho administrativo sin Estado de derecho, entre otros factores porque nació con el mismo⁸ como consecuencia de los cinco principios esenciales que surgieron de las revoluciones francesa y americana, y que condicionaron el constitucionalismo moderno: la idea de la Constitución; la limitación y la distribución del Poder del Estado; el principio de legalidad; el reconocimiento de los derechos y garantías, y el control judicial del imperio de la ley.

A pesar de toda su novedad, la Constitución colombiana siguió respondiendo a estos cinco principios clásicos del Estado de derecho que están en la base de nuestra disciplina.

En *primer lugar*, como todas las contemporáneas, la colombiana es un ejemplo de Constitución rígida, concebida como norma suprema o, en sus propios términos, como “norma de normas” (art. 4.º), lo que implica que todos los órganos del Estado y todos los individuos están sometidos a sus disposiciones, y tienen la obligación de respetarla y obedecerla (art. 4.º). Por lo mismo, es una norma claramente aplicable a los individuos, y fuente directa del derecho administrativo, y de derechos y obligaciones.

Ese carácter de norma rígida y suprema hace que prevalezca sobre toda otra norma o acto estatal, debiendo por tanto ser aplicada con preferencia cuando exista incompatibilidad entre ella y otras normas. Así lo dice el artículo 4.º de la Constitución, pero sin aclarar si la aplicación preferente de la Constitución es un poder exclusivo de los jueces, como desde principios de siglo lo ha sido en Colombia, o podría ser extensivo a todo el que en el funcionamiento del Estado deba aplicar normas, lo que sin duda abriría el camino a la anarquía. Sin embargo, parece claro que solo la autoridad judicial podría desaplicar normas constitucionales por inconstitucionalidad (p. ej. el art. 305.10).

En *segundo lugar*, conforme al más clásico de los principios del Estado de derecho, un Estado en el cual su poder está limitado a fin de garantizar la libertad, en la Constitución colombiana también se establecen como mecanismos de organización de dicho control tanto un sistema de distribución horizontal como un sistema de distribución vertical del poder público, originando un principio de descentralización.

En primer lugar, sin duda la Constitución de 1991 estableció un sistema de separación orgánica de poderes como un mecanismo de distribución horizontal, sin que los mismos estén configurados como compartimientos estancos, y por tanto, alejado del sistema francés que tanto condicionó la evolución del derecho administrativo en ese país, habiendo dado origen incluso a la justicia administrativa separada del poder o rama judicial, y a un sistema limitado de control de constitucionalidad de las leyes, aun cuando en permanente proceso de evolución.

Nada más lejos de esa concepción que la que siempre ha adoptado Colombia, y que se refleja en la Constitución de 1991: constitucionalizar la jurisdicción contencioso-administrativa y del Concejo de Estado como formando parte de la rama judicial (arts. 116 y 236), al igual que la jurisdicción constitucional y la Corte Constitucional (arts. 116 y 239), lo cual nada tiene que ver, salvo por aproximaciones semánticas, con el sistema de dualidad jurisdiccional estilo francés donde la jurisdicción contencioso-administrativa no forma parte de la rama judicial.

Esta separación horizontal orgánica de poderes en tres ramas de un único poder público: la legislativa, la ejecutiva y la judicial (art. 13), por supuesto, no es rígida, como no lo es en ninguna parte del mundo. No solo todos los órganos que las integran colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado (art. 113), sino que el ejercicio de las funciones propias de los órganos de cada uno no es exclusivo ni excluyente, pudiendo, en dicho ejercicio, haber interferencia de los órganos de los otros poderes.

Así por ejemplo, la función jurisdiccional se puede ejercer además de por los órganos de la rama judicial, por las autoridades administrativas (art. 116), como sucede normalmente en todos los países contemporáneos no solo de nuestra familia de derechos, sino inclusive del *common law*⁹, pudiendo también el Congreso ejercer funciones judiciales, como lo señala el artículo 116 de la Constitución. Así mismo, tanto la función administrativa como la normativa son ejercidas por las diversas ramas del poder. Hay, en todo caso, funciones que cada rama realiza en forma privativa, y en estas no puede haber interferencia, pues de lo contrario habría usurpación. De allí la prohibición que el artículo 136.1 impone al Congreso de “inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades”.

Además, como sucede en todos los países del mundo, la distribución del poder en la trilogía clásica de las tres ramas (legislativa, ejecutiva y judicial) también fue rota por la Constitución de 1991, en el sentido de que el poder público es ejercido además por otros órganos que han sido progresivamente constitucionalizados y dotados de autonomía funcional, como la Contraloría General de la República (art. 267); los que forman el Ministerio Público, es decir, el Procurador General de la Nación (art. 275) y el Defensor del Pueblo (art. 281); y los propios de la administración electoral, como el Consejo Nacional Electoral (art. 264). En cuanto al Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación, que en otros países son también órganos constitucionales con autonomía, en Colombia, sin embargo, son parte de la rama judicial (arts. 116, 249 y 254).

Para el derecho administrativo tiene particular importancia, en este contexto de la separación orgánica de poderes, el tratamiento que le da la Constitución al ordenamiento de la rama ejecutiva y de la administración pública. Puede decirse que en esa materia todos los principios necesarios fueron constitucionalizados: la organización administrativa (arts. 115, 150.7, 185, 206, 208); los principios de la administración funcionalmente descentralizada (arts. 76, 210, 333, 371); la jerarquía administrativa (arts. 115, 189); el régimen de los funcionarios públicos (arts. 110, 122, 125, 189) y su responsabilidad (arts. 6.º, 91, 122, 124, 198); el régimen de los bienes públicos (arts. 63, 72, 75, 82 y 332) y el régimen de control de la gestión administrativa, tanto popular (art. 88), como político (arts. 114, 189.12), fiscal (arts. 117, 119, 267, 268, 354) y de gestión (arts. 277.5, 277.6 y 278.13).

En segundo lugar, la Constitución también establece un sistema de distribución vertical del poder que, sin abandonar la forma “unitaria” de la República, la califica, en una aparente contradicción, como descentralizada territorialmente (arts. 1.º y 123), compuesta por entidades territoriales descentralizadas, compuestas por los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas (art. 286), que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución, con derecho a gobernarse por autoridades propias, elegidas democráticamente por votación popular, y que ejercen las competencias que les corresponden: administran los recursos, establecen los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y participan en las rentas nacionales (art. 287). Además, la Constitución regula las regiones (art. 306), las áreas metropolitanas (art. 319) y los territorios con régimen especial, como el Distrito Capital (art. 322), que también forman parte de la organización territorial.

En mi criterio, lo único que tiene de “unitaria” esta organización territorial del poder que previó la Constitución colombiana es que no es una federación –y recordemos que actualmente no existen federaciones en el sentido clásico del término–, aunque, en realidad, en muchos aspectos es bastante más descentralizada políticamente que muchas federaciones contemporáneas como, por ejemplo, la venezolana, en la que, a pesar de los esfuerzos realizados por, precisamente, descentralizar¹⁰, con la Constitución de 1999 resultó más centralista¹¹.

Para ilustrar lo anterior basta con resaltar el tratamiento de las competencias que la Constitución de 1991 estableció para los órganos adscritos a los departamentos y municipios (arts. 300, 305, 313 y 315), al autorizar al legislador para que, mediante la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, las distribuyera entre la Nación y las entidades territoriales (art. 288), además de la previsión de un sistema de distribución de recursos financieros entre ellas (art. 356), incluyendo la figura del situado fiscal (art. 356), tema equivalente a lo que en Venezuela se ha denominado desde principios del siglo pasado, “situado constitucional”, y la del régimen de participación de los municipios en los ingresos de la Nación (art. 357). Sin duda, en todo ese sistema se aprecia un alto grado de descentralización, no carente, sin embargo, de algunos lunares que no encajan, como el de la tutela de los gobernadores sobre las autoridades municipales prevista en el artículo 305.10, y que les permite revisar los actos tanto de los concejos municipales como de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez.

La tercera de las notas clásicas del Estado de Derecho que justifica incluso su denominación, es la sumisión de todos los órganos del Estado al derecho o a la legalidad, integrada por la “norma de normas”, que es la Constitución (art. 4.º), y por todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico que aplican a los diversos órganos del Estado (principio de legalidad), conforme al clásico principio de la formación del derecho por grados que legó Hans Kelsen al derecho moderno, y que puede decirse que tiene plena vigencia en el marco de la Constitución¹².

En todo caso, en relación con el tema de la sumisión al derecho debo hacer una acotación respecto de una norma de la Constitución colombiana que siempre me llamó la atención, y es la que atribuye al Congreso, entre sus funciones, la de “interpretar, reformar y derogar las leyes” (art. 150.1). Siempre me he preguntado acerca del significado de la primera competencia: ¿quiere decir que solo el Congreso puede interpretar las leyes? Recordemos que eso era lo que, a comienzos del siglo XIX, en la exageración revolucionaria francesa de la separación de poderes, correspondía a la Asamblea Nacional, a la cual los jueces estaban obligados a consultar cuando tuvieran dudas respecto de la interpretación de una ley mediante el denominado *référé législatif*¹³; y ello en buena parte debido a la reticencia que había respecto de los jueces, producto de la actitud de los *Parlements* antes de la Revolución. Pero, en mi criterio, atribuir en la actualidad ese poder al Congreso no tiene mayor sentido, pues el Congreso dicta las leyes, las reforma y las deroga conforme a la interpretación que haga en cada momento de la Constitución. La única forma de “interpretar” las leyes ya sancionadas es mediante la sanción de nuevas leyes que modifiquen las anteriores.

En realidad, quien interpreta la ley es quien tiene que aplicarla y ejecutarla, el juez y el funcionario ejecutivo, dentro de sus respectivas esferas de competencia, y con los límites establecidos en la propia Constitución y sus valores, y en la Ley.

El cuarto de los principios tradicionales del Estado de derecho es la declaración constitucional de los derechos y garantías, la cual ha sido y es el signo común de todos los Estados contemporáneos. En esa materia la Constitución colombiana de 1991 se incorporó a las corrientes del constitucionalismo

universal al establecer una amplísima declaración de derechos y garantías constitucionales que sigue la línea iniciada en anteriores Constituciones latinoamericanas, como la de Brasil.

Lo primero que se debe destacar es que, conforme al artículo 2.º de la Constitución, entre los fines esenciales del Estado está el de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, precisando en forma expresa el principio de “la primacía de los derechos inalienables de la persona” (art. 5.º), y recogiendo el principio ya consagrado, por ejemplo, en la Constitución venezolana de 1961, de que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (art. 94). La única diferencia de esta cláusula abierta con la prevista en la Constitución venezolana de 1961, y ahora en la de 1999, es el agregado que esta hace de que “la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos” (art. 50).

De esa forma Colombia se incorporó a las nuevas tendencias de protección progresiva de los derechos humanos, de todas las generaciones imaginables de los mismos, precisando no solo la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que los reconoce, sino indicando además que los derechos se deben interpretar de conformidad con esos tratados internacionales (art. 93).

Ello, por supuesto, no se podía considerar algo excepcional, ni como el producto o causa de un “nuevo Derecho”, como parecían indicar algunos al sancionarse la Constitución¹⁴. Es cierto que de las normas de la Constitución colombiana se deriva que los principios relativos a los derechos humanos conducen a que en última instancia los derechos constitucionales son los que los jueces declaren que son. Pero en esa afirmación no hay nada nuevo. Basta recordar, por ejemplo, la situación en el Reino Unido donde no hay Constitución pero, por supuesto, rige el principio de la *rule of law*. Como señalaba Dicey hace bastante más de un siglo, cuando contrastaba el derecho administrativo de Europa continental con la Constitución inglesa: en el Continente “los derechos individuales resultan o aparentan resultar de los principios generales de la Constitución”, en tanto que en Inglaterra:

... los principios generales de la Constitución (como por ejemplo la libertad personal, el derecho de reunión pública) son [...] el resultado de decisiones judiciales en casos concretos son llevados ante los tribunales, determinantes de los derechos individuales de las personas.

De allí concluía diciendo que:

... las normas que en los países extranjeros forman parte de un Código Constitucional, no son la fuente sino la consecuencia de los derechos individuales, tal como han sido definidos y aplicados por los jueces¹⁵.

Por tanto, que los jueces tengan el poder-deber de aplicar la Constitución y sus principios, incluso conforme a esas cláusulas, no los hace titulares de la creación de ningún “nuevo Derecho” fuera de la propia Constitución, la cual responde a unos valores concretos, históricos y actuales de la sociedad colombiana. Los jueces nunca han sido meros autómatas, o entes pasivos ni, como decía Montesquieu, “nada más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, incapaces de moderar su fuerza y vigor”¹⁶. Por el contrario, los jueces siempre han sido los intérpretes de la Constitución, pero (como lo dice la propia Constitución) sometidos siempre “al imperio de la ley” (art. 230), a sus principios y valores, con la posibilidad de usar los criterios auxiliares de equidad y jurisprudencia, y los principios generales del derecho y la doctrina (art. 230), pero nunca convirtiéndose en legisladores.

Respecto de la consagración de derechos es preciso señalar, sin embargo, que del texto de la Constitución colombiana surgieron algunas aparentes contradicciones que los jueces rápidamente superaron. Por ejemplo, en primer lugar la utilización de la expresión “derechos fundamentales” como una categoría de los derechos constitucionales enumerados en los artículos 11 a 42, y donde no están los derechos sociales, económicos y culturales, y los derechos colectivos y del ambiente. Conforme al artículo 86 de la Constitución la acción de tutela solo está prevista para la protección de los derechos fundamentales, de donde se podría concluir, inconvenientemente, que la protección constitucional podría ser rechazada respecto de los otros derechos. Al contrario, ello ha sido totalmente superado mediante la técnica de la conexión. En segundo lugar, resultaba una aparente contradicción de la misma enumeración de los derechos fundamentales y de la previsión respecto de ellos de la acción de tutela, la precisión que hace el artículo 85 de que algunos de esos derechos fundamentales no serían de aplicación inmediata. La verdad es que no es posible imaginar algún derecho fundamental protegible que no sea de aplicación inmediata.

En quinto lugar, conforme a la orientación del derecho contemporáneo la Constitución colombiana también estableció un sistema de garantías de la misma Constitución y de los derechos constitucionales, en el que se destaca un muy completo sistema de control judicial.

En efecto, además de establecer la reserva legal como principio general, y precisar la responsabilidad de los funcionarios públicos por violaciones constitucionales (arts. 6.º y 91), la Constitución consagra, junto con la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales (art. 86), todo un completísimo sistema de control difuso y de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, tanto antes como después de su sanción y publicación (arts. 4.º, 153, 241), lo cual históricamente ha sido, junto con el sistema venezolano, uno de los grandes aportes de nuestros países al derecho constitucional comparado¹⁷.

Sin embargo, en cuanto a la potestad de la Corte Constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes nos resulta obligante una observación, y es que, al regular el derecho de propiedad (art. 58), la Constitución prohíbe que los motivos de utilidad pública o de interés social invocados por el legislador para establecer esa extraña figura de la “expropiación sin indemnización” –que no es otra cosa que una confiscación–, puedan ser “controvertibles judicialmente” (art. 58). Hay aquí, realmente, una disidencia del sistema nacional con la tendencia general en el mundo contemporáneo, que es la posibilidad del ejercicio del control de la constitucionalidad, incluso con base en los principios de razonabilidad de las leyes¹⁸.

Por otra parte, es preciso destacar que, como garantía fundamental, el artículo 93 remite a los tratados internacionales para la determinación de los casos en los cuales los derechos no se pueden limitar en estados de excepción (art. 93). Por lo tanto, en Colombia rigen plenamente las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos que excluyen la posibilidad de toda suspensión o restricción de garantías de ciertos derechos, como el derecho a la vida.

Ahora bien, con respecto al tema de la reserva legal, se debe señalar el contraste que resulta de la proclamación del artículo 22 sobre “la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, y la precisión de la atribución exclusiva del Congreso, de las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales para que, por ejemplo, sea válido imponer contribuciones fiscales o parafiscales en “tiempos de paz” (art. 338). La paz, pienso, no debería siquiera permitir vislumbrar que pueda haber “tiempos de guerra”.

En cuanto a la acción de tutela, que en nuestro criterio más que una acción aislada puede concebirse en la Constitución como un derecho ciudadano a la supremacía constitucional y a sus derechos¹⁹, y que se manifiesta en múltiples acciones, está acompañada de otras como las populares de protección (arts. 88 y 89), el *habeas corpus* (art. 30) y el *habeas data* (art. 15). En todo caso, la introducción de la tutela significó un avance importantísimo, de manera que, a pesar de los síntomas que aparecieron de esa “enfermedad” del crecimiento y desarrollo de la institución denominada la “tutelitis”, Colombia se incorporó a la vieja ruta que ya habían seguido casi todos los países del Continente, de la protección, el amparo o tutela inmediata de los derechos constitucionales, y que ha sido tan efectiva ante la justicia lenta, que siempre es injusta. La tutela es un remedio rápido frente a las violaciones de derechos constitucionales, como lo es el amparo en Venezuela.

Como lo dijo Hernando Herrera Vergara, Presidente de la Corte Constitucional de Colombia, luego de la sanción de la Constitución de 1991:

El rol del juez ha sufrido una profunda y constructiva transformación y revaloración, quizás la de mayor repercusión en la historia nacional a consecuencia principalmente de los cambios que en todos los campos de la justicia realizó la Carta Constitucional. En razón de la existencia de la acción de tutela, todos los jueces de la República se han convertido por mandato constitucional en forma efectiva y real en guardianes de la Carta de Derechos, sea cual fuere el lugar del territorio nacional en que ejerzan su jurisdicción, sin importar su especialidad o jerarquía²⁰.

Ello es cierto, pero no hay que pensar que con esas instituciones del amparo o la tutela se ha inventado algo nuevo en el mundo del derecho. No se debe olvidar que los jueces angloamericanos amparan o tutelan cotidianamente los derechos constitucionales mediante los viejos y ordinarios *writs*, como el *injunction* o el *mandamus*, al igual que los jueces franceses, con los *référés*²¹, con tanta o más efectividad que nuestra tutela o amparo, y en ello no hay ni nada asombroso ni escandaloso. Se debe exigir, eso sí, que los jueces cumplan con su deber, pues más importante que las leyes mismas, es que sean justamente administradas. Como lo decía Lord Denning:

Nada se logra teniendo leyes justas si las mismas son administradas injustamente, por malos jueces o por abogados corruptos. Un país no puede tolerar, por mucho tiempo, un sistema legal que no asegure juicios justos²².

VIII

Pero ya he dicho que el derecho administrativo en Colombia no solo es el derecho de un clásico Estado de derecho, caracterizado de acuerdo con los elementos antes analizados, sino que, conforme a la Constitución de 1991, también es el derecho de un Estado democrático y social.

Ello deriva del propio artículo 1.º de la Constitución que proclama que el Estado está organizado como una República “democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la dignidad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. He ahí los valores fundamentales de ese Estado democrático y social que, por supuesto, ha condicionado todo el derecho estatal, incluyendo el derecho administrativo, como se aprecia de lo expuesto por el profesor Santofimio en este *Compendio*. Esos valores se complementan, además, con la declaración del artículo 2.º de la Constitución, que refleja lo que expresan los preámbulos de muchas constituciones contemporáneas, y que señala:

Son fines del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes garantizados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Todos esos fines que se configuran como un valor esencial del Pacto Político, condicionan el Estado social que encuentra su concreción individual en esa riquísima cláusula igualitaria del artículo 13 de la Constitución, conforme a la cual

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

Pero sin duda el Estado Social no solo es fuente de derechos de las personas, sino ante todo, también es fuente de deberes y obligaciones para el Estado, y para darnos cuenta de ello basta acudir al artículo 366. Dice la norma:

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

Con base en ello, materialmente, al enumerarse los derechos sociales, económicos y culturales a partir del artículo 42 de la Constitución, en cada uno de los artículos se impone una obligación al Estado de proteger, apoyar, asistir, organizar, dirigir, fomentar, garantizar, promover, regular, ejercer, fortalecer, facilitar, incentivar diversas acciones, actividades o prestaciones de orden social.

Allí, sin duda, está la fuente esencial de la normativa que conforma el derecho administrativo, el cual no solo es un derecho formal relativo a los actos, contratos y recursos administrativos, sino también un derecho material que regula las actuaciones del Estado y sus relaciones con los administrados. En esa normativa, por supuesto, la orientación constitucional es fundamental en cuanto a la finalidad del Estado. No olvidemos que lo que caracteriza al derecho administrativo en el panorama jurídico contemporáneo es que regula instituciones de carácter público colocadas por encima de los intereses colectivos, superiores y generales, que no son, precisamente, la suma de intereses individuales²³.

Respecto de esos intereses, y conforme al artículo 1º, la Constitución de 1991 optó claramente por la vía de “la prevalencia del interés general” como uno de los fundamentos de la República, lo que se repite incesantemente en el texto en otras normas y formas. Por ejemplo, al regular la propiedad indica que “el interés privado deberá ceder al interés público o social”, y precisa qué es “una función social” (art. 58); al regular el espacio público, aclara que “prevalece sobre el interés particular” (art. 82); y al regular la libertad económica señala que el Estado dirige la economía (art. 334) y que la empresa tiene “una función social que implica obligaciones” (art. 333). Además, para defender los intereses colectivos y de la sociedad, se consagró la figura del Procurador General de la Nación (arts. 277.2 y 277.3).

De acuerdo con esta normativa, en todo caso, el Estado social tiene un papel ordenador y conformador de la realidad económica y social que debe cumplir con el propósito de lograr una sociedad justa y solidaria, asumiendo obligaciones prestacionales frente a los ciudadanos, y ordenando

y regulando la realidad económica y social para el logro de sus fines. Por ello, el artículo 365 insiste en que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”, siendo su deber “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”. Sin duda, en esa norma se produjo la constitucionalización de esa noción tan cara al derecho administrativo, como es la del servicio público, en una forma que al sancionarse no se encontraba en ninguna otra Constitución del mundo. En efecto, puede decirse que todo el régimen del derecho administrativo del servicio público está enunciado en esa norma:

Los Servicios Públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365).

IX

Todo ese conjunto de normas que establecen los fines del Estado, además de imponerle obligaciones de todo orden, incluyendo las prestacionales, le confieren poderes y prerrogativas para hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales, los cuales, por supuesto, no desaparecen, pues también están y deben estar protegidos y garantizados. Por ello, además de ser el derecho del Estado democrático y social de derecho, el derecho administrativo es el regulador de las relaciones entre las personas estatales y los administrados, en las cuales debe prevalecer un equilibrio entre los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los derechos e intereses individuales y privados que también debe garantizar.

No hay que olvidar que si algo ha caracterizado al derecho administrativo durante toda su historia es esa ambigüedad básica de su concepción, que lo muestra, a la vez, como un instrumento para garantizar la acción administrativa y como un instrumento para garantizar la libertad; como un medio para la manifestación de la actividad gubernamental y la prevalencia de los intereses generales y colectivos, y como un medio de protección del administrado frente a la Administración. Por eso, mi apreciado amigo de tantos años, Fernando Garrido Falla, señaló con razón que:

... el derecho administrativo encierra en su seno una oposición aparentemente irreductible que le hace ofrecerse como un hipócrita personaje de doble faz: de una parte, un conjunto de prerrogativas que sitúan a la Administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares; de otra parte, la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal²⁴.

En definitiva, el derecho administrativo siempre se ha explicado por el juego dialéctico de esos dos conceptos contrapuestos: por una parte, la prerrogativa administrativa y por otra la garantía del administrado, de manera que, como dijo Marcel Waline, mi profesor en París hace ya casi sesenta años, por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia, y por otra, la tiranía²⁵.

La Constitución de Colombia también está imbuida de esa tercera base constitucional, dando cabida a un conjunto de regulaciones para asegurar la relación Administración-administrado, sin el sacrificio o menosprecio de los intereses particulares, a pesar de la prevalencia de los intereses generales o

colectivos, regulando las normas de actuación de la Administración y protegiendo los derechos e intereses de las personas.

En ese campo se destaca, ante todo, la norma que regula la función administrativa, y que declara que:

... 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 (art. 209).

Esos principios, que se complementan con otras normas como la referida a las competencias de las entidades territoriales “conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad” (art. 288), sin duda, y ante todo, son garantía para los individuos ante el Estado, y permiten la búsqueda de ese equilibrio entre el poder y el individuo que caracteriza todo el derecho administrativo.

Además, esas garantías de las personas se concretan en otras normas constitucionales, como la que impone el debido proceso no solo a las actuaciones judiciales, sino también a las administrativas (art. 29), y la que erige a la buena fe en un principio fundamental que ha de regir la actividad administrativa. En efecto, no creo que exista en ninguna Constitución del mundo una norma como la del artículo 83 que dice:

Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.

El principio que Jesús González Pérez, mi gran amigo de tantos años, nos descubrió a los administrativistas en su bellissimo discurso de incorporación a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid sobre “El Principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo”²⁶, encuentra en la Constitución de Colombia una consagración excepcional, que ha debido contribuir a superar ese mal atávico de los funcionarios que ven en el administrado un “enemigo”, y si a este se le ocurre ejercer un recurso o queja, a veces ven un “criminal” que hay que perseguir. La buena fe también se aplica como principio a la Administración, pero no como presunción, sino como deber para evitar cargas innecesarias al administrado o malos entendidos por las ambigüedades de los actos administrativos.

Además, hacia ese objetivo de la protección de los administrados apuntan otras normas de la Constitución, como aquellas que establecen el principio de la desregulación. Así, el artículo 84 establece como principio que:

Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

Principio que se complementa con el artículo 333, que al regular la actividad económica y la iniciativa privada como “libres, dentro de los límites del bien común”, agrega que “para su ejecución nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de ley”.

Por otra parte, en ese régimen de relaciones entre la Administración y los administrados, la Constitución colombiana incorpora en su texto, imbuyendo toda su normativa, el principio de la participación, de manera que a la República se la define como “participativa” (art. 1.º), consagrándose el derecho ciudadano “a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” (art. 40), para lo cual no solo se regulan, en general, mecanismos de participación del pueblo (art. 103), y de

participación ciudadana que deben ser establecidos por ley (art. 152.d), incluso para vigilar la gestión pública (art. 230), sino, en particular, vías de participación concretas como, por ejemplo, de las comunidades educativas en la dirección de las instituciones de educación (art. 68), y de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen (art. 78).

Además, la Constitución impone al Estado la obligación de contribuir “a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de concertación, control y vigilancia de la gestión pública” (art. 103). En todo caso, al Municipio se le concibe como una entidad territorial fundamental para promover la participación ciudadana en el manejo de los asuntos públicos de carácter local (arts. 311 y 318).

Así mismo, en el artículo 88 de la Constitución se destaca, como fórmula jurídica para la participación, el establecimiento de las acciones populares que debe regular la ley para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica (art. 88).

Por último, en relación con el equilibrio entre prerrogativas de la Administración y garantías de los administrados que caracteriza nuestra disciplina, hay que destacar unas disposiciones de la Constitución que en cierta forma pueden considerarse excepcionales en el panorama jurídico contemporáneo, y son las relativas a la propiedad y su garantía.

En efecto, luego de precisar la Constitución el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado “por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (art. 90), como una garantía fundamental de los administrados frente a los privilegios de la Administración, el texto también garantiza el derecho de propiedad, precisando, sin embargo, en primer lugar, que debe cumplir una función social, y en segundo lugar, que cuando resulte un conflicto entre los derechos de los particulares y una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, “el interés privado deberá ceder al interés público o social” (art. 58). Sin embargo, dicha prevalencia no puede implicar sin más el desconocimiento del derecho de propiedad y la irresponsabilidad del Estado, pues entonces no habría equilibrio entre prerrogativas y garantías.

No obstante, en esta materia la Constitución colombiana prevé dos figuras que realmente llaman la atención: en primer lugar, la expropiación en vía administrativa, como una excepción a la garantía judicial que es la contrapartida de la potestad expropiatoria; y en segundo lugar, la “expropiación sin indemnización”, como otra excepción, esta vez a la garantía patrimonial, sin la cual no hay expropiación, sino confiscación. Estas disposiciones, dijo en su momento Rafael Nieto Navia, “permiten establecer o cohonestan la arbitrariedad del Estado”²⁷ rompiéndose el mencionado equilibrio esencial del derecho administrativo que otras normas de la Constitución establecen, entre las prerrogativas de la Administración y las garantías ciudadanas.

En esa materia también debe destacarse otra norma de la Constitución que contrasta con las nuevas tendencias del contencioso administrativo cuando está en juego la violación de derechos fundamentales, y que apuntan a la progresión de la protección jurídica de los administrados frente a la Administración. Me refiero al artículo 238 que establece:

La jurisdicción de lo contencioso-administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

En efecto, esta disposición consagra en forma absoluta el efecto no suspensivo de los recursos contencioso administrativos, que si bien es cierto fue siempre el principio general tradicional en Colombia y en el mundo jurídico contemporáneo, comenzó a encontrar fórmulas inversas como, por ejemplo, en España, a partir de la Ley 62-1978 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales que estableció, en vía contencioso-administrativa, el carácter suspensivo de los recursos, en la orientación de lo que el artículo 55 del anterior Código Contencioso Administrativo colombiano estableció en vía administrativa, y al cual han apuntado las nuevas tendencias del contencioso administrativo²⁸.

X

De lo antes expresado sobre la constitucionalización del derecho administrativo colombiano surge de inmediato una conclusión, y es que para cuando se sancionó la Constitución quizás no había otro país de habla hispana en el cual el derecho administrativo hubiera alcanzado un grado tal de constitucionalización como sucedió en Colombia, donde las orientaciones generales que hoy en día tiene en el mundo jurídico contemporáneo lo configuran como un derecho del Estado democrático y social de derecho, con las suficientes bases constitucionales, conforme a la realidad colombiana, como para mantener el equilibrio necesario entre los poderes y prerrogativas de la Administración y los derechos y garantías de los administrados.

Ese esquema de constitucionalización del derecho administrativo, que encontró cabida en la Constitución colombiana, ha sido precisamente la herramienta fundamental que Jaime Orlando Santofimio ha utilizado durante toda su labor de investigación, y que sin duda ha enriquecido este *Compendio de derecho administrativo* que ahora tengo el honor de prologar, y en el cual analiza todas sus instituciones fundamentales a partir de las regulaciones constitucionales.

Para acometer su propósito Santofimio dividió la obra en dos grandes partes, una general relativa al derecho de la administración pública, y una especial, referida al derecho de la administración pública y su especificidad.

En cuanto a la parte general del derecho de la administración pública, que conforma el grueso de la obra, el autor acometió el estudio de nuestra disciplina a partir de cuatro secciones fundamentales: el régimen general del derecho administrativo y de la administración pública; el régimen de la actividad de la administración pública; el régimen de la organización administrativa, y el régimen de los medios para la actividad administrativa.

En el Título Primero, que lo identificó como Introducción, el autor estudia los siguientes aspectos:

En el Capítulo I el concepto de derecho administrativo, haciendo referencia, entre otros aspectos, a los principales criterios doctrinales surgidos de la búsqueda histórica de sustantividad para los conceptos de administración pública y derecho administrativo, para concluir formulando una propuesta operativa para el derecho administrativo.

En el Capítulo II estudia el surgimiento de los tipos de sometimiento de la administración pública al derecho, con especial referencia histórica y actual al sometimiento de la administración pública colombiana al ordenamiento jurídico y su derecho sustancial, analizando el surgimiento y desarrollo del Consejo de Estado en Colombia.

En el Capítulo III Santofimio estudia los fundamentos del sistema del ordenamiento jurídico de la administración, con especial referencia a las fuentes del derecho administrativo, comenzando por la Constitución como norma suprema, identificando los fundamentos del sistema sobre la base de los

principios y valores que derivan de ella, algunos de los cuales hemos destacado antes en este Prólogo como insertos en la Constitución de 1991: el Estado de derecho con los principios de legalidad, de la prevalencia del interés general, de la responsabilidad, de la prevalencia y el respeto a los derechos fundamentales, de la división de poderes, del control de la actividad pública; el Estado democrático con los principios de la soberanía popular, de la participación, del pluralismo, y de la integración por la vía electoral; el Estado social de derecho, con los principios de solidaridad, y del orden económico y social justo; y el Estado unitario.

A partir de esa base constitucional, en el *Compendio* se estudian luego las otras fuentes fundamentales del derecho administrativo: la ley, el acto administrativo, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, el precedente y la costumbre.

En el Capítulo IV el autor estudia los sujetos de la relación jurídico administrativa en el ordenamiento jurídico, con énfasis en el análisis de la subjetividad de la organización administrativa, y el muy importante tema de la personalidad jurídica en el derecho público, o del Estado, y su incidencia en el derecho administrativo. En cuanto a la relación jurídica administrativa, en el *Compendio* también analiza lo que denomina “el sujeto pasivo de la relación jurídico administrativa” en referencia a la persona particular y el ciudadano, y a las personas jurídicas de derecho privado y de derecho público.

En el Título Segundo, relativo a la actividad de la administración pública y sus instrumentos jurídicos, el autor analiza los siguientes aspectos;

En el Capítulo V el régimen de la auto tutela de la administración, es decir, la administración pública y su capacidad de tutela autónoma de los bienes jurídicos atribuidos.

En el Capítulo VI las potestades materiales de la administración, con particular énfasis en los conceptos de discrecionalidad, ponderación y proporcionalidad, y la precisión necesaria en el tema de los conceptos jurídicos indeterminados, así como la razonabilidad.

En el Capítulo VII la actividad de la administración pública y sus principales manifestaciones, distinguiendo fundamentalmente entre la actividad ordenadora y la de intervención en el quehacer de los particulares (policía); la prestación de servicios públicos; la actividad de fomento; la intervención, el control y la vigilancia; las actividades normativa y reguladora; la planificación y la programación, y la actividad económica y de banca central

En el Capítulo VIII los instrumentos jurídicos vinculados a la actividad de la administración pública, es decir, los instrumentos jurídicos de acción, omisión y actividad de la administración pública.

En el Capítulo IX los procedimientos de formación de las decisiones administrativas, de tanta importancia en Colombia, identificando en su base, entre otras, las cláusulas constitucionales del Estado social de derecho y del Estado democrático; los principios generales de los procedimientos administrativos a la luz de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, tales como los principios de la prevalencia del interés general, de legalidad, y el marco sustancial vinculante de la Convencionalidad, y del debido proceso; y todos los otros clásicos principios del procedimiento administrativo: la economía, la celeridad, la eficacia, la imparcialidad, la publicidad y la transparencia, la contradicción, la presunción de buena fe o de tutela a la confianza pública, la igualdad, la participación, la moralidad y la responsabilidad.

En esa parte Santofimio analiza en detalle tanto el procedimiento administrativo de formación de las decisiones administrativas, con el estudio del derecho de las formas de su iniciación, con especial énfasis en el derecho de petición, las diversas fases de los procedimientos administrativos común y principal en la Ley 1437 de 2011, así como su fase decisoria final, con referencia al régimen del silencio administrativo, y al de los recursos administrativos de impugnación. El estudio abarca también

el régimen de los procedimientos administrativos especiales en la Ley 1437 de 2011, con particular alusión, entre otros, al procedimiento administrativo especial sancionatorio.

En el Capítulo X el régimen de los actos administrativos en el sistema del ordenamiento jurídico, partiendo del origen de la noción, y analizando tanto los de contenido individual, con sus elementos de existencia y validez (sujetos, objeto, causa o motivo, finalidad, formalidades, mérito), como los de contenido general (reglamento) y colectivo. El estudio se completa con el análisis de la presunción de legalidad de los actos administrativos y su eficacia con referencia a su firmeza y ejecutoriedad, y a los casos de pérdida de fuerza ejecutoria, y con el estudio de la revocatoria de los actos administrativos

En el Capítulo XI el régimen de los contratos estatales, partiendo de la investigación relativa al surgimiento de la teoría del contrato estatal, y analizando sucesivamente las diversas aproximaciones al concepto a partir de la interrelación del régimen jurídico de los contratos estatales, el derecho civil y comercial, y formulando una propuesta vinculada a las ideas de conmutatividad y reciprocidad negocial; además, los requisitos de existencia y los presupuestos de validez propios de todo contrato estatal, así como su finalidad, interpretación, integración, calificación y coligación, el régimen de su ineficacia e invalidez, su equilibrio económico, su liquidación, y la potestad sancionadora de la administración en la contratación.

En el Capítulo XII el tema de las víctimas y la responsabilidad del Estado en el contexto de la base constitucional del Estado social y democrático de derecho, en particular a la luz del artículo 90 Constitucional que se refiere al daño antijurídico; además, los temas de la imputación y de la reparación integral.

En el Capítulo XIII el régimen de control judicial a la actividad administrativa, haciendo particular referencia a las bases constitucionales de la conformación del control contencioso administrativo en el Estado de derecho, partiendo del impacto general que ha tenido el sistema jurídico continental o europeo de influencia francesa. En esa parte, el autor estudia, en particular, el papel de la jurisdicción contencioso administrativa en el control constitucional y de legalidad del ordenamiento jurídico conforme a lo preceptuado en la Constitución, y frente al control de convencionalidad; las acciones o medios de control propiamente de la jurisdicción contencioso administrativa (acción de nulidad, acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción de reparación directa y el contencioso mixto de constitucionalidad y legalidad); las acciones constitucionales como instrumentos de la jurisdicción contencioso administrativa (acciones constitucionales objetivas, acciones constitucionales de protección a los intereses colectivos, y acciones constitucionales subjetivas); el control cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, y la excepción de inconvencionalidad.

En el Título Tercero, relativo a la organización para la acción de la administración pública y el cumplimiento de sus finalidades, Santofimio estudia el régimen colombiano de la organización territorial y administrativa en los diferentes niveles para efectos de la acción administrativa (Capítulo XIV), distinguiendo, conforme a lo establecido en la Constitución de 1991, ante todo, un orden territorial nacional constituido por la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, integrada por un sector central conformado por la Presidencia y la Vicepresidencia de la República, los consejos superiores de la administración, los ministerios y departamentos administrativos, y las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica, además de un sector descentralizado por servicios, que incluye los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios,

los institutos científicos y tecnológicos, así como las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta.

Además del orden nacional, el autor estudia el régimen de la organización administrativa en los demás órdenes territoriales: departamental, municipal, distrital, provincial, regional e indígena, todos establecidos para el cumplimiento de los cometidos estatales y la prestación de servicios. Por último, en materia de organización, también analiza el Sistema Nacional de Control Interno y el tema de las funciones administrativas por particulares.

En el Título Cuarto, sobre los medios para la acción de la administración pública, Santofimio analiza en el Capítulo XV el régimen de la función pública junto con los fundamentos convencional y constitucional de la actividad laboral del Estado, las diversas modalidades de los servidores públicos, entre ellas, los empleados públicos (incluidos los de carrera) y los trabajadores oficiales, además del régimen de la seguridad social.

En el Capítulo XVI analiza el régimen del patrimonio, y los bienes públicos, con referencia a la integración del patrimonio público: dominio eminente, territorio estatal (continental, insular y marítimo), subsuelo, espacio aéreo, segmento de la órbita geostacionaria, espectro electromagnético, con especial mención a las potenciales afectaciones de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 19 de noviembre de 2012, *Diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)*. Examina, además, el régimen de los bienes públicos (de uso público, fiscales, ejidos, baldíos), y en ellos, la clarificación y el deslinde de las tierras de dominio de la Nación, la recuperación de baldíos, y los instrumentos administrativos y judiciales para la defensa de los bienes públicos.

Finalmente, en la llamada *Parte especial del Compendio*, relativa al derecho de la administración pública y su especificidad, el profesor Santofimio analiza los siguientes aspectos:

En el Capítulo I la incidencia de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC– en los procedimientos administrativos, es decir, en general, el tema de la gobernanza electrónica conforme a la cláusula del Estado social y democrático de derecho, y su incidencia en la conformación de los contenidos del derecho administrativo, en especial del derecho a la información y la comunicación, y en el procedimiento administrativo.

En el Capítulo II la libertad de expresión y su garantía sustancial bajo preceptos convencionales y constitucionales en el Estado democrático de derecho, con un particular análisis de los diversos casos paradigmáticos en la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado.

En el Capítulo III los fundamentos del derecho urbanístico y territorial, en el contexto del régimen constitucional del Estado social y democrático de derecho, su relación con el derecho de propiedad y la libertad económica, y la sujeción al concepto, así como las reglas de la planeación urbana y territorial.

Y en el Capítulo IV los incentivos y beneficios fiscales para la inversión ambiental, con particular referencia a las herramientas utilizadas en la complementación de la protección del ambiente en el derecho colombiano y el régimen de las sanciones administrativas.

XI

Se puede estar o no de acuerdo con la sistemática adoptada por el autor para la configuración de este Convenio, sin embargo, lo cierto es que en una forma u otra cumple a cabalidad su cometido de exponer en forma sucinta y con la extensión necesaria, todos los aspectos medulares de nuestra disciplina.

Se trata, como lo apreciará el lector, de una obra que es en cierta forma una “cosecha” que recolecta el profesor Santofimio Gamboa como fruto de su incesante siembra académica, tanto docente, como de investigación profesional y judicial, que los administrativistas del Continente, además de los colombianos, le debemos agradecer.

Obras de esta naturaleza enriquecen nuestra disciplina, y dejan testimonio hacia el futuro de su progreso.

Nueva York, julio de 2017

PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN

Después de más de catorce años de haber presentado la última edición de los tomos I a IV del *Tratado de Derecho Administrativo*, y en vista de haberse agotado todos ellos, me he propuesto la tarea de actualizar sus contenidos y desarrollar algunos nuevos, materias no tratadas en aquella obra, revisando aspectos doctrinales neurálgicos que merecían especial tratamiento con el propósito de hacerlos mucho más fáciles a los estudiosos de nuestra disciplina, en especial a los alumnos de los cursos de pregrado y posgrado de la Universidad Externado de Colombia, facilitando de esa manera la consulta y el manejo de las fuentes de un derecho que ha evolucionado de manera rápida a la luz de las transformaciones doctrinales, de la jurisprudencia convencional y nacional, de tratados y convenciones internacionales, y, sobre todo, de los acontecimientos políticos de los últimos años que han moldeado las instituciones administrativas para cumplir propósitos y finalidades vitales en la paz que nos espera.

No ha sido un trabajo fácil: he buscado condensar la temática fundamental de la materia, inicialmente en procura de elaborar un manual; sin embargo, dada la complejidad y extensión de muchos de los temas aquí tratados, el trabajo final resultó ser el compendio que se pone a consideración de todos.

El trabajo aborda en diez y seis capítulos la parte general del derecho administrativo, haciendo énfasis no solo en sus antecedentes, fuentes e instrumentos, sino también en los principales elementos de interpretación y aplicación de las normas, principios y valores del que se ha dado en llamar derecho administrativo o derecho de la administración pública, bajo un visión de Estado social de derecho, respetuoso de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y de la preceptiva propia de la economía de mercado adoptada constitucionalmente; es en esa dirección que se analizan tanto la actividad de la administración, de los diferentes sujetos que actúan en su ámbito de acción, los procedimientos administrativos, el acto administrativo, los contratos del Estado, el control administrativo y jurisdiccional, y el derecho aplicable a las víctimas bajo los designios de la responsabilidad del Estado, como las principales corrientes doctrinales, ideológicas y políticas que influyen indudablemente en toda construcción jurídica de administración pública y del derecho administrativo. En cuatro capítulos adicionales se desarrollan aspectos importantes y trascendentes de carácter especial, como el ordenamiento territorial y el derecho urbanístico, las telecomunicaciones, la libertad de expresión e información, el documento electrónico y las incidencias de las TIC en el derecho administrativo; en fin, un marco que pretende destacar lo más significativo e importante de cualquier aproximación al derecho administrativo.

Algunos de los capítulos compendiados, que ya habían sido publicados aisladamente con carácter monográfico por la Universidad Externado de Colombia, en esta ocasión se integran para un mejor análisis y entendimiento sistemático de la disciplina.

Lograr la realización de una obra de esta magnitud no fue tarea fácil, y en su concreción conté con el apoyo y colaboración irrestrictos del mejor grupo de jóvenes profesores e investigadores de que pueda disponer un catedrático colombiano: inicialmente quiero agradecer el acompañamiento y la asesoría permanente y reiterada del profesor de la Universidad Externado de Colombia, Fernando Alarcón Rojas, con quien he compartido y debatido los temas relativos a la contratación pública estatal, los bienes del Estado, y algunos otros de los abordados en el trabajo; así mismo reitero mi agradecimiento a Andrés Mauricio Briceño Chaves, joven profesor de derecho administrativo, quien, con el aporte de su inteligencia, fue baluarte en el desarrollo de los temas sobre víctimas y

responsabilidad del Estado, y en la estructuración general de este proyecto; a Bernardo Reina Parra, figura indiscutible y futuro del derecho constitucional y administrativo, quien, con sus luces y su apoyo, me permitió consolidar las ideas básicas expuestas en el capítulo primero sobre el concepto de derecho administrativo, aquellas del capítulo relativo al control jurisdiccional a la administración pública, y las referidas a la integración de los bienes del Estado, a él mi gratitud permanente; a Laurita Botero, joven estudiante de la Universidad Externado de Colombia y colaboradora, quien me apoyó en la organización del capítulo sobre función pública investigando los aspectos estructurales y jurisprudenciales de esa compleja área de la disciplina. Por último, mi profundo reconocimiento a la profesora María Juliana Santaella Cuberos, quien con su inteligencia le infundió espíritu y vida a esta obra, y con su trabajo e ideas logró organizar el compendio y estructurarlo haciendo aportes fundamentales e invaluable; a ella le correspondió desarrollar el capítulo relativo a la estructura del Estado, y algunos apartes relacionados con los bienes del Estado, además de actuar oficiosamente como editora general. A todos ellos, mi reconocimiento.

Deseo redoblar mi agradecimiento al Doctor Fernando Hinestrosa (q.e.p.d.) por el respaldo permanente e incondicional para la investigación y redacción de los textos correspondientes al *Tratado de Derecho Administrativo*, y demás obras y monografías relacionadas que fueron publicadas en su debido momento por la Universidad Externado de Colombia, y que hoy se integran en este compendio; igualmente agradezco a mi profesor y orientador de vida, Doctor Carlos Restrepo Piedrahita (q.e.p.d.), en quien me inspiro permanentemente para mantener y persistir en la disciplina académica, así como al profesor Juan Carlos Henao, Rector de la Universidad, quien me animó a comprometerme en este proyecto, y a la Universidad por asumirlo como propio; mi agradecimiento lo extiendo al Director de Departamento de Publicaciones, profesor Jorge Sánchez, quien se ha hecho responsable de concretar esta publicación, compromiso histórico con el derecho administrativo de Colombia y América Latina.

Por ultimo, no quiero pasar por alto el apoyo permanente de mi profesor Luciano Parejo Alfonso, director y guía en mis proyectos doctorales y posdoctorales en los programas apoyados por la Universidad Carlos III de Madrid, trabajos que están contenidos en gran parte de este compendio y que en esencia retoman su pensamiento social democrático en torno al deber ser de la administración pública y de su derecho, el administrativo.

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Altos de Potosí, Guasca, Colombia, julio de 2017.

A los 202 años de creación del Consejo de Estado,

“Reforma del Gobierno de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, artículos 5.º y 6.º.

Santa Fe de Bogotá, 15 de noviembre de 1815”.

CAPÍTULO PRIMERO

*El concepto del derecho administrativo**

INTRODUCCIÓN. APROXIMACIONES A LOS CONCEPTOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Retomar los conceptos de “administración pública”¹ y el de su consecuente régimen jurídico, esto es, el denominado en la evolución del derecho continental europeo como “derecho administrativo”², no es tarea fácil, ni mucho menos una labor doctrinal pacífica dada la complejidad de estas materias, la ausencia de univocidad sustancial en torno a sus formas y contenidos, y sobre todo la amplia y prolija construcción de teorías y posiciones doctrinales que se han propuesto desde el siglo XIX, con posturas radicalmente opuestas, todas ellas en búsqueda de una sustantividad propia, de un contenido material para los conceptos de administración pública y del derecho administrativo, de una explicación por lo menos razonable para estos fenómenos³, en muchos casos sin entender el carácter dinámico, esencialmente variable, y la necesaria adaptabilidad permanente de estas dos importantes nociones a partir de la dialéctica incontenible de los múltiples y variados acontecimientos que conmueven a la sociedad de los últimos años⁴.

2. Sustantividad cuya carencia se hizo ostensible para los estudiosos del derecho desde el instante mismo de la construcción de la idea de un régimen jurídico con reglas, principio propio para la nascente administración pública, en los albores mismos de la revolución francesa⁵, y cuya búsqueda incansable se ha venido haciendo históricamente a partir de argumentaciones jurídicas, todas ellas fundadas en razones filosóficas, políticas o económicas diversas, siempre pretendiendo dar una sola y única explicación en relación con los contenidos y responsabilidades propios de la administración pública y del derecho administrativo, pero sin lograr plenamente sus cometidos, siendo todas ellas, individualmente consideradas, absolutamente insatisfactorias. Configurándose de esta forma una de las más grandes dificultades para la construcción de unos conceptos sólidos y jurídicamente aceptables en relación con estas materias vitales de nuestra disciplina⁶.

3. Dificultades que se acrecientan con la pretendida tendencia doctrinal de perpetuar verdades en sociedades altamente vulnerables y sujetas a los más variados riesgos, dentro de las cuales le corresponde actuar a la administración pública configurada constitucionalmente⁷, al igual que con la persistente idea de sumir las bases de los conceptos en análisis, en las simples construcciones normativas y constitucionales producto de la revolución francesa⁸, desconociendo la magnitud de los antecedentes y desarrollos que precedieron ese hecho histórico y que influyeron de manera indudable en las cimentaciones de nuestra disciplina⁹.

4. Hago referencia a la evolución de instituciones pre-revolucionarias como la de la “ciencia de la policía”, que irradiaron con sus fuentes y predicados el derecho europeo, y que de alguna forma fueron asumidas en el nuevo orden de cosas, lo que nos permite sostener su necesario análisis como antecedente inevitable de la institucionalidad en la que surgen los conceptos de administración pública y derecho administrativo¹⁰. Y de otra parte, la necesidad de ubicar en contexto el fenómeno revolucionario francés de 1789 con el de la revolución norteamericana de 1776, reconociendo de manera clara cómo este proceso revolucionario proporcionó elementos conceptuales fundamentales para el nuevo orden de cosas en Francia, con incidencia directa en cualquier aproximación que se pretenda hacer sobre la sustantividad de la disciplina del derecho administrativo, al igual que en relación con el cabal entendimiento de la administración pública en la dirección del Estado constitucional¹¹.

I. PRINCIPALES CRITERIOS DOCTRINALES SURGIDOS DE LA BÚSQUEDA HISTÓRICA DE SUSTANTIVIDAD PARA LOS CONCEPTOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

5. El gran dilema de los estudiosos del derecho administrativo, a propósito de los legados jurídicos de la revolución francesa, ha sido en todas las épocas la búsqueda incansable de su identidad. Del encuentro argumental de la gran piedra angular que le dio cuerpo, forma y contenido a una disciplina que por acaso de la razón política surgió postulada y vio la luz sin un contenido preciso, claro y cierto, tan solo fundada en la retórica de la necesidad de un derecho propio con reglas y principios propios para la naciente administración pública, sin darle sustancia a esas reglas y a esos principios propios de manera adecuada¹².

6. Esta la razón por la que se ha forjado un inmenso campo de criterios jurídicos referidos a la administración pública como objeto del derecho administrativo, caracterizados por su inmensa variabilidad de contenidos y sustentos, que ha dejado una “pequeña historia de pequeñas frustraciones” doctrinales en el derecho administrativo. Muñoz Machado atribuye esta proliferación precisamente a la incansable búsqueda “de un elemento primario y esencial, de un criterio único que sea capaz de explicar la sustancia de la disciplina”¹³.

7. Procurando un orden sistemático de las principales concepciones de la administración pública y del derecho administrativo, tal como la doctrina las ha propuesto, encontramos las siguientes: *criterio orgánico, formal o subjetivo*, que comprende los conocidos como orgánico-funcional, orgánico-institucional y orgánico-personalista; *criterio funcional, sustancial, objetivo o material*; *criterio finalístico o teleológico*, que comprende el subjetivo finalístico y el funcional finalístico, el cual a su vez incorpora el del servicio público, el de los fines estatales y el de la procura existencial; *criterio de las prerrogativas públicas, poder público o puissance publique*; *criterios normativos*, y el *criterio ecléctico, sincrético* o de la relación necesaria entre órganos, funciones y fines. A estos podemos agregar, en cuanto han surgido en los últimos años, los criterios economicistas o de influencia neoliberal, los propios del modelo de Estado social y democrático de derecho, los derivados de la influencia del creciente neo constitucionalismo y los criterios propios de la concepción sistemática del derecho que en su conjunto constituyen una inmensa telaraña de ideas y concepciones muchas veces lejanas e irreconciliables¹⁴. Veamos los principales:

A. CRITERIO ORGÁNICO, FORMAL O SUBJETIVO

8. Tiene su origen en la concepción clásica de la división del poder que, relacionada con la acepción del término “administrar” como sede de la actividad, induce a concluir que la administración pública, como objeto del derecho administrativo, es tan solo aquella desarrollada por la rama ejecutiva del poder público, en cuanto depositaria directa de la función administrativa. Implica la existencia de un órgano o sujeto público exclusivamente habilitado para el ejercicio de la función administrativa con unas formalidades especiales y peculiares para su cumplimiento. Su radicación en un exclusivo sujeto y las características de su ejercicio permiten diferenciarla del ejercicio y de las funciones exclusivas de los órganos legislativo y judicial. En su aplicación estricta (que no es la nuestra) identifica el objeto del derecho administrativo con el órgano ejecutivo del Estado, restringiendo notablemente su ámbito de acción y provocando la descalificación como administrativas de una serie de actuaciones y actos que, conforme a otros criterios, son típicos de la naturaleza de la función administrativa pública. La doctrina

tradicional llega a este criterio por dos vías (sutiles): la de que solo los organismos del poder ejecutivo del Estado ejercen funciones administrativas, y la de que solo donde existe poder ejecutivo hay derecho administrativo. Si a esta última vía agregamos la necesidad de la existencia de personalidad jurídica de la administración, el resultado serían tres tesis diversas para un mismo problema: el del objeto del derecho administrativo, restringido a los órganos del poder ejecutivo del Estado que se concretan en las siguientes posiciones: (i) *criterio orgánico-funcional*; (ii) *criterio orgánico-institucional*, y (iii) 3. *criterio orgánico personalista*.

9. La primera. Inspirado en la concepción clásica de la división de poderes, en consecuencia del otorgamiento de materias concretas y específicas a cada uno de los poderes, defiende la existencia de una función administrativa restringida al contexto del poder ejecutivo del Estado, caracterizada por su asignación constitucional de todos los poderes necesarios para el cumplimiento de la ley. De allí que, conforme a esa tesis, el objeto del derecho administrativo consiste en todo aquello que le es propio y característico al Ejecutivo, esto es, la función administrativa de ejecución de los preceptos legales (teoría que operacionalmente la ubicamos dentro del criterio orgánico, aunque bien podría explicarse a partir del criterio material). Se trata de una formulación primaria realizada por los administrativistas europeos del siglo XIX, fundada en consideraciones de preponderancia del poder ejecutivo, razón por la cual se la considera como un rezago del Estado autoritario, matizado, dentro del Estado constitucional, en la medida en que se somete a sus restricciones y controles. Se funda, sin duda, “en el principio autoritario del régimen absoluto” que determinó, por lo menos en Francia, la existencia del *commandement*, y que dio lugar al nacimiento de un derecho administrativo caracterizado por destacar en su objeto “la autoridad del gobernante”, pero de todas maneras sujeto a la preceptiva revolucionaria, como es el caso del principio de la “libertad del pueblo”, que lo restringe y determina¹⁵.

10. Este criterio fue diseñado por pensadores jurídicos clásicos. En Francia, por ejemplo, Macarel, Cormenin y Degerando fueron sus principales exponentes. En España, Silvela, Javier de Burgos, Ortiz de Zúñiga, Oliván, Posada Herrera, Gómez de la Serna y Colmeiro. En Alemania, J. Pozl. Coinciden esos autores en las características propias de un derecho administrativo formado a partir de la función peculiar de ejecución de la ley por la administración pública¹⁶. Es precisamente esta caracterización del criterio la que constituye para sus expositores el punto más débil de sus elaboraciones. La función administrativa, desde los mismos inicios del Estado constitucional, mostró una dinámica diferente a la formulada en los trabajos doctrinales. En el derecho primario positivo le fueron asignadas responsabilidades diferentes a las de simple ejecución de la ley, lo cual rompió desde la base el planeamiento orgánico-funcional. En la misma Francia, advierten Muñoz Machado y Parejo Alfonso, ni siquiera durante el régimen de la Constitución de 1791, ni mucho menos con la vigencia de la más amplia del año VIII, esta elaboración teórica tuvo razón. La experiencia demuestra que la administración pública no se limitó a la simple ejecución de la ley. La administración poseía ya potestad normativa o reglamentaria que le otorgaba una relativa amplitud en su actuación; pero fuera de eso, en la práctica, el postulado de “simple ejecución de la ley”, en que se fundamentaban los expositores del criterio en estudio, fue siempre considerado desde una perspectiva genérica y no específica. Significaba el cumplimiento y respeto de la legalidad en general, al bloque de la legalidad, lo que permitía en concreto un cierto ejercicio, más amplio de la administración pública¹⁷.

11. La segunda. A diferencia de otros criterios, lo que determina a la administración como objeto del derecho administrativo no es la simple función calificada como administrativa, sino la existencia misma de órganos administrativos, de una institución administrativa, esto es, un cuerpo de sujetos u órganos conocidos y adjetivados como administrativos. En ese sentido, el derecho administrativo no se

define a partir de un contenido material o sustancial, sino mediante la idea de un aparato estatal. De allí que todo lo que concierna a ese conglomerado institucional constituye el objeto del derecho administrativo. Se trata, pues, de un criterio inspirado formalmente en la división de poderes del Estado, y dentro de esta concepción, en estricto sentido, en la existencia de un poder formado por órganos y sujetos administrativos. De ahí que sus seguidores afirmen que el “derecho administrativo es el derecho de la administración”. Así las cosas, el derecho administrativo implicaría una doble tipología de normatividad: la que se refiere a la organización formal de la administración pública propiamente dicha, esto es, a los órganos y sus estructuras, y, por otra parte, las que regulan las tareas que debe cumplir la administración, o sea el marco de competencias y atribuciones de cada uno de sus órganos. Aspecto que en nuestra opinión aborda necesariamente el concepto de función, tan despreciado por sus seguidores (la teoría orgánica se introduce de esta forma en un aspecto sustancial, cual es el de la competencia que se relaciona de forma directa e inevitable con el concepto de función). No obstante, como toda posición teórica, la respuesta ante esta contradicción se ha expuesto calificando dicho aspecto de meramente formal en la medida en que de todas maneras se predica (la competencia) de la administración, ubicada de modo necesario en el poder ejecutivo del Estado y bajo la dependencia del gobierno¹⁸.

12. Entre los más destacados expositores de este criterio están: en Francia, Ch. Eisemann; en Suiza, T. Fleiner; en el derecho angloamericano, S. G. Breger y R. B. Stewart; en Italia, Benvenuti y Giannini; en España constituye la doctrina dominante y determinante de los principales administrativistas, llegando incluso algunos de ellos a considerarla como unánime en derecho administrativo europeo¹⁹. No obstante, esa realidad conceptual del derecho ibérico, que corresponde a razones políticas explicables²⁰, ha comenzado a ser revaluada por algunos de sus principales defensores, en razón precisamente de la nueva situación política e institucional del país. Garrido Falla, considerado el precursor del criterio orgánico o subjetivo-institucional, y quien reiteradamente sostenía ese criterio como una realidad conceptual de la administración y del derecho administrativo, ha reconsiderado en recientes trabajos su posición, dejando abierta una ostensible crisis en la hasta ahora considerada unánime concepción española. En su conceptualización clásica sostenía este autor el profundo error de quienes pretendían ubicar doctrinalmente el derecho administrativo a partir de criterios materiales o sustanciales:

... el objeto de nuestro derecho administrativo está constituido cabalmente por el conjunto de funciones que constituye el complejo de la actividad administrativa. No hay por qué dilucidar si tales funciones son sustancialmente de carácter legislativo, ejecutivo o jurisdiccional, pues es evidente que a través de estos tres tipos de funciones se realiza la actividad administrativa, y, por otra parte, es también cierto que todos los actos impugnables a la administración son sometidos a un régimen jurídico unitario.

De allí que el derecho administrativo sea “más que tratamiento de todas las funciones ejercitadas por las autoridades administrativas que no de las funciones de índole administrativa atribuidas a cualquier autoridad”²¹.

13. El problema así abordado considera a la administración pública como un complejo o zona de actividad caracterizada precisamente por su falta de homogeneidad (produce actos de apariencia legislativos o judiciales), ausencia que es resuelta a partir de la identificación del elemento común de producción, esto es, a partir del sujeto actor de la administración. Se unifica la actividad por su origen, es decir, por derivarse del poder ejecutivo. De esta forma, el punto central de discusión no será la

función en sí misma, sino el poder del cual emana la actividad o acto. En ese sentido, será administrativo todo lo proveniente del poder ejecutivo del Estado.

14. En trabajos posteriores²², y a partir de las transformaciones constitucionales españolas, de la puesta en vigencia de algunas normas positivas (Ley orgánica 2.^a de 1979, del Tribunal Constitucional, y Ley 1.^a de 1980, del Consejo General del Poder Judicial) y de algunos pronunciamientos de la jurisdicción contencioso administrativa se admitió como de su conocimiento algunos pronunciamientos de los órganos legislativos, bajo la calificación de administrativos (Sent. de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo del 18 de febrero de 1987, en que se calificó de administrativo el acto a través del cual la mesa directiva de las Cortes de Castilla y León ubicaba provisionalmente la sede de dichas cortes en Fuensaldaña). Garrido Falla sostiene la necesidad de modificar el alcance y contenido del criterio orgánico en el derecho administrativo español, dejando abierta la posibilidad para que el criterio funcional comparta igualmente las elaboraciones doctrinales. En su opinión, la crisis del criterio orgánico proviene del nuevo estado de cosas, las que hacen imposible sostener dogmáticamente un criterio que carece de sustento positivo. En ese sentido enumera actos provenientes del poder legislativo y del judicial, que en virtud de la ley están sometidos al derecho administrativo, impidiéndose en consecuencia perpetuar el carácter unificador del criterio orgánico tal y como se proponía en sus trabajos iniciales.

15. La tercera. Está determinado por similares circunstancias históricas²³, y fundado en la idea de que el Ejecutivo moderno se formó en el recelo revolucionario hacia el poder judicial y en su crecimiento acelerado como producto de su papel de depositario del orden público y la seguridad ciudadana, acumulando posteriormente otra serie de poderes que lo colocan como el centro del Estado. Acumulación que en la práctica significó una verdadera crisis del Estado liberal clásico que se fundaba en la separación de poderes en razón de que el poder ejecutivo no solo se identifica como tal, sino que llega a identificarse con el mismo Estado. García de Enterría sostiene que, modernamente, el poder ejecutivo es un sujeto real y verdadero que actúa en el mundo jurídico materializando directamente los destinos estatales. Es una persona jurídica excepcional frente a la naturaleza de los otros poderes. Como deducción lógica, el derecho administrativo será el derecho de la administración como persona jurídica: un derecho público, estatutario, en cuanto solo referido y propio de la administración pública generalmente considerada.

16. En esencia, el punto de partida de este criterio es el mismo del orgánico-institucional expuesto por Garrido Falla en su primera etapa, adicionado con el concepto de la personalidad jurídica del órgano administrativo. Es decir, las ideas de zona de actividad y de unidad se advierten plenamente en este planteamiento, integrado con la identificación como persona jurídica. La administración será, entonces, desde esta óptica, el conjunto de órganos o sujetos del poder ejecutivo con personalidad jurídica. Personalidad exclusiva del Ejecutivo, convertido en un único sujeto al interior del Estado, con facultades para actuar en el tráfico jurídico. El Estado en sí mismo, conforme a este planteamiento, tan solo tiene relevancia jurídica para efectos internacionales, en sus relaciones con otros Estados. Desde la perspectiva de su dinámica interior la persona jurídica es la administración, la cual articula y coordina la totalidad de organismos administrativos que actúan al interior del Estado²⁴.

17. Aunque la teoría tiene entre sus elementos centrales la personalidad jurídica, el autor se aparta de sus inspiradores iniciales que la predicaban del Estado, en cuanto que dicho predicamento no es propiamente del ente estatal sino del órgano ejecutivo. En su concepción inicial la teórica alemana la atribuía al Estado, y de allí consideraba los poderes públicos como simples órganos del Estado-persona²⁵. Para García de Enterría esta elaboración es parcialmente cierta en la medida en que no se

puede comparar el papel estelar de las administraciones modernas con el que desempeñan los otros poderes estatales. Por su importancia y papel protagónico en la acción estatal se le reconoce a la administración vitalidad y capacidad jurídica, que le permitan actuar decididamente en el mundo del derecho. De allí que al interior del Estado la única persona jurídica sea la administración pública, la cual se constituye en su carácter motor permanente: “es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y funciones, y por él se hace posible el derecho administrativo”, en cuanto explica la capacidad de la administración para participar en el tráfico jurídico²⁶.

18. Además de las críticas que le puedan corresponder a esta teoría en su concepción básica y orgánica, las más profundas se le imprimen a su elemento central: la personalidad jurídica con que se pretenden determinar la administración pública y el derecho administrativo. Este aspecto es claramente perturbador: el derecho administrativo no puede descansar exclusivamente en el concepto de personalidad jurídica, que, si bien es cierto circunscribe y ratifica el Estado de derecho, le quita amplitud a cualquier elaboración teórica sobre el Estado e impide la reconducción del fenómeno estatal a sus verdaderas dimensiones históricas y socio-políticas. Es más, esta concepción no puede mantenerse frente a la realidad constitucional española, “pues dicha norma fundamental sanciona la plena limitación del poder del Estado, su total reducción al derecho”, y crea límites muy claros en el ejercicio de competencia entre los poderes. El dogma de la personalidad jurídica debe reducirse a una “mera construcción técnica auxiliar” (el Estado y su poder se justifican por su institucionalización y no por construcciones ideales superpuestas como la de la personalidad jurídica)²⁷.

B. CRITERIO FUNCIONAL, SUSTANCIAL, OBJETIVO O MATERIAL

19. Al igual que los criterios orgánicos, el funcional, sustancial, objetivo o material tiene su punto de partida en el fenómeno de la institucionalización del poder, en especial, en su reparto de responsabilidades (teoría de la división de poderes) pero no visto desde la compleja perspectiva de los sujetos como determinantes del fenómeno administrativo, sino desde la óptica de la actividad atribuida o función administrativa, esto es, desde el conjunto de acciones para ser desarrolladas por la administración.

20. En ese sentido, corresponde a la articulación de la acepción dinámica del verbo “administrar” con el concepto político-jurídico de la división de poderes, en donde lo determinante de la administración y del derecho administrativo son las características y singularidades de la función, independientemente de la condición o ubicación del sujeto agente que la tuviere atribuida. La naturaleza de la función es la que determina, para efectos de su ejecución, la naturaleza del sujeto.

21. De esta forma la administración pública estará constituida por todas aquellas funciones administrativas atribuidas a órganos o sujetos públicos o privados; en la concepción original la función administrativa se identificaba con el poder ejecutivo, caracterizado como simple ejecutor de la ley (concepción que en nuestra opinión se aproxima más a un criterio orgánico-funcional, razón por la cual la tratamos al estudiar los criterios orgánicos)²⁸. En su versión moderna carece de estas limitaciones doctrinales, lo que nos permite flexibilizar la interpretación de las funciones y el ejercicio de los poderes públicos, al igual que facilita el ejercicio del control jurisdiccional y administrativo a que están sujetas en principio las actuaciones y decisiones de naturaleza administrativa.

22. Ahora bien, la denominación del criterio recoge las anteriores características: funcional, en cuanto actividad administrativa pública; sustancial, en razón del ejercicio y ejecución del contenido de la actividad; material u objetiva, en cuanto realización concreta, parcial de la actividad, en

contraposición a lo genérico y abstracto de lo legislativo; y específica y resolutoria de conflictos de lo judicial. Como se observa, de la función se predica su sustantividad y materialidad, que estructura un criterio autónomo y didáctico en la determinación del concepto de administración y del derecho administrativo. Se concluye que es la función administrativa el objeto del derecho administrativo²⁹.

23. En estricto sentido, la función es toda actividad que bajo las anteriores características desarrolla un sujeto (que en razón de detentarlas se califica como administración). Involucrando en su acepción la idea de “acción” y de “ejecución” de una normativa general, concretizándola, la función se torna en la causa y razón de la existencia de una administración pública: la justifica. Es, si se quiere, el espíritu determinativo y director del destino de los órganos e instituciones puestos a su servicio; incluso, puede forzar la creación de otros, cuando su importancia lo exija³⁰. Desde esa perspectiva, como lo sostiene Zanobini, las funciones constituyen la vida real del Estado³¹; criterio aceptado por Cassese, para quien “un estudio del derecho administrativo como conjunto de aparatos y procedimientos, carecería, por así decir, de contenido, pues le faltaría el aspecto sustancial, constituido por las funciones desempeñadas, que son, pues, el sustento de las administraciones públicas y constituyen su razón de ser”³².

24. La trascendencia jurídica de la función se encuentra supeditada a la conjunción de algunos presupuestos, que en nuestra opinión no son más que requisitos indispensables de legalidad para la existencia del fenómeno. En ese sentido se advierte la existencia de disposiciones superiores de carácter previo que recogen “materias” básicas indispensables para ser ejecutadas, en procura del cumplimiento de los “fines estatales”, y las organiza en “reglas de competencia”, que atribuye a los organismos y sujetos aptos para su concretización en el mundo de las relaciones “jurídico-administrativas”.

25. De ese contexto fluye, como presupuesto indispensable para la existencia de la función, el principio de legalidad, en cuanto presencia de normas constitucionales, legales o incluso administrativas (cuando la Constitución o la ley lo dispongan), que dentro de un proceso de análisis y conocimiento previo de las realidades políticas, sociales y económicas, y conforme a las finalidades superiores invocadas por el constituyente, determinan algunas materias como indispensables para ser ejecutadas en beneficio del conglomerado; asuntos que dentro de la técnica jurídica hay quien traduce en reglas o normas de competencia, que luego con su poder soberano atribuye a aquellos organismos o sujetos públicos o privados que considere.

26. La atribución de la competencia no solo capacita o habilita al órgano o sujeto para su actuación en el tráfico jurídico-administrativo, sino que le determina el fin que se propone con el ejercicio de dicha función. Es decir, por una parte le otorga el poder necesario de actuación (aspecto jurídico), y por otra le diseña todo un mundo teleológico que debe ser alcanzado con el desarrollo de la función (aspecto político-finalístico o de legalidad teleológica).

C. CRITERIO FINALÍSTICO O TELEOLÓGICO

27. El criterio teleológico o finalístico se sustenta, para determinar el concepto de administración pública y derecho administrativo, en los fines supremos establecidos como directores y conductores de la actividad estatal. Si bien es cierto que, de manera tradicional, lo teleológico ha sido considerado un elemento característico del criterio funcional (aspecto que resaltamos al tratar este criterio), lo hemos individualizado, por las razones que invocamos precisamente al referirnos a los principios rectores de las finalidades administrativas, en el criterio funcional.

28. Decíamos que las finalidades no son exclusivas de la función administrativa; todo lo contrario, constituyen un amplio campo teleológico que vincula tanto el ejercicio de las funciones legislativas y judiciales como las de gobierno y los procedimientos para su ejercicio. Siendo ello así, resulta lógico aplicarlo también al criterio orgánico, en la medida que las instituciones, órganos y sujetos no pueden ser ajenos a los fines del Estado en que se edifican. Dentro de esa perspectiva cualquier fenómeno estatal debe ser dominado por la presencia de las finalidades en que se sustenta el Estado.

29. Por estas razones se ha individualizado un criterio con profundos rasgos genéricos que aporta invaluable elementos al concepto de administración pública y de derecho administrativo (teniendo en cuenta que sus fundamentos teóricos en el derecho positivo colombiano fueron tratados a propósito del criterio funcional, nos ocuparemos a continuación de las diversas concepciones que partiendo de sus argumentos se han formulado doctrinalmente), y que le sirven de sustento a diversas corrientes del pensamiento jurídico-administrativo en cuanto a la determinación de la administración pública. En esa dirección se observan dos vertientes del criterio finalístico: la primera sustentada en el criterio subjetivo, y la segunda en el funcional. Esta última corriente permite justificar teorías clásicas como la del servicio público, o modernas como la de los fines estatales y la procura existencial.

1. CRITERIO SUBJETIVO FINALÍSTICO

30. Este criterio significa la reivindicación del criterio orgánico dentro de una nueva concepción de Estado: el social de derecho. Es el producto de la reconstrucción de los sustentos jurídicos de la clásica concepción subjetiva a la luz de un nuevo derecho público, que abandona los senderos del simple Estado liberal de derecho, caracterizado por su formalismo y ausencia de principio de igualdad real, y se introduce en un Estado comprometido con la igualdad material y nutrido de relaciones sociales de poder que le permiten sustentar principios jurídicos referidos a un ordenamiento no simplemente legalista, sino también actuante y responsable frente a la comunidad. Su finalidad primordial está en ofrecer soluciones reales (sociales y económicas) a la sociedad.

31. El criterio subjetivo finalístico se funda, en lo doctrinal, en la articulación de dos postulados primordiales del Estado moderno: el del Estado social de derecho que define y entronca al Estado en una perspectiva de fines, otorgándole papel sustancial sobre el orden social en su integridad (social, político, económico, cultural), dentro del cauce del Estado de derecho, y conforme a los principios democráticos, lo que le otorga, sin duda, el carácter de principio de principios, de complejo rector de la dinámica del Estado moderno, que encauza a algunos otros postulados como los de la supremacía normativa, división de poderes, derechos fundamentales y demás propios del Estado de derecho, colocándose en situación de finalidad o compromiso teleológico.

2. CRITERIO FUNCIONAL FINALÍSTICO

32. El grupo de criterios que englobamos bajo esta denominación común se caracteriza porque conceptualiza la administración pública como objeto del derecho administrativo a partir del criterio funcional o material, explicado desde la perspectiva de su vinculación al principio del Estado social. Se trata, por lo tanto, de un criterio antagónico con el subjetivo finalístico antes explicado; sin embargo, coincide en cuanto a los razonamientos doctrinales del Estado social, pero difiere en cuanto al concepto determinante de la administración pública. En estricto sentido, el principal criterio que se podría considerar en esa dirección sería precisamente el funcional o sustancial (respecto del cual ya hemos

hecho una amplia exposición), que en su versión moderna se caracteriza como eminentemente teleológico.

a. CRITERIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

33. Aproximarse a los servicios públicos desde la perspectiva clásica del derecho público administrativo significa, sin negar su indubitable carácter dialéctico³³, abordar bajo una concepción eminentemente sociológico-jurídica uno de los aspectos más complejos de la evolución de la convivencia humana en un determinado territorio, básicamente, a los que históricamente³⁴, incluso en los ordenamientos de la antigüedad³⁵, acudió el hombre en procura de abrigo, protección, asistencia, mejoramiento de condiciones o niveles de vida y demás respuestas a sus necesidades como sujeto actuante y vital para la comunidad; respuestas que por sí solo estaría en incapacidad de obtener por sus limitaciones y la complejidad del mundo circundante; resguardo que por tradición reclama del Estado, o de la misma organización política, principalmente mediante su vinculación con la vida local, esto es, de su ubicación en un territorio –urbano o rural– que considera óptimo para alcanzar los niveles de satisfacción que le permitan sobrevivir y progresar en lo social, político, económico y cultural³⁶.

34. En ese sentido la noción de servicio público y su derecho se destaca por ser un tema vinculado de manera irremediable a la evolución de las necesidades del hombre en comunidad, sustentadoras del concepto de interés general³⁷, esto es, al hombre social como objeto de la acción efectiva de las autoridades administrativas, quienes tienen en sus manos la materialización de los propósitos y finalidades de la organización política, por lo tanto, una materia reductible al ámbito del derecho en cuanto generadora de normas, principios y reglas jurídicas tendientes a garantizar su prestación oportuna, eficiente y continua.

35. Disposiciones de evidente carácter social que en la evolución del sistema continental o europeo, por regla general, significaron un acrecimiento al derecho público administrativo³⁸, es decir, compromisos institucionales fundamentales de los órganos y servidores públicos frente a la comunidad y excepcionalmente de los particulares autorizados para estos efectos³⁹. Responsabilidades o atribuciones consideradas por su inmediatez y vinculación con los intereses del común de la naturaleza misma de la función administrativa en cualquier país civilizado⁴⁰.

36. Así las cosas, los servicios públicos fundamentaron en su momento uno de los más importantes criterios determinantes de la sustantividad del derecho administrativo que inspiró y orientó la teoría del Estado y del derecho a partir de conceptos positivistas, sociológicos, en lo que se dio en llamar un teoría social del derecho, realista y objetiva, profundamente crítica del individualismo jurídico y de toda concepción metafísica del mundo y del derecho, que buscaba básicamente, dentro de una dinámica prestacional como carga directa e inobjetable de la administración, el cumplimiento de las finalidades estatales que se concretan en la materialización de los servicios públicos, para lo cual debía destinarse el poder público y los demás instrumentos propios del Estado, el cual debía organizarse para estos propósitos y finalidades. Como construcción teórica, sus razones provienen de las elaboraciones jurisprudenciales francesas que fueron magníficamente retomadas por Léon Duguit⁴¹, dentro de una novedosa concepción del poder político, la soberanía y el Estado.

37. Desde la perspectiva doctrinal, y no obstante las profundas críticas que sobre sus trabajos se han formulado⁴², el más destacado constructor de esta teoría de los servicios públicos fue el profesor León Duguit⁴³, quien a través de su densa obra⁴⁴ avanzó cualitativa y cuantitativamente mucho más allá de una simple postulación del servicio público como objeto exclusivo de atribución y gestión

administrativa⁴⁵, desarrollando toda una concepción sociológica⁴⁶ del derecho y del Estado con amplias repercusiones en el mundo jurídico de su época; en esencia positivista⁴⁷, frentera del individualismo y subjetivismo jurídico, la economía clásica, el orden metafísico y principalmente, en su país, de las ideas inspiradoras de la teoría de las prerrogativas públicas y del concepto “poder público” como determinantes del Estado, la administración y por lo tanto del derecho público administrativo por aquellos años. Para Duguit el derecho contenía la fuerza virtual de ser el gran constructor de la vida social, encausando, en consecuencia su pensamiento, en lo que se dio en llamar la doctrina realista, objetiva y positiva del derecho⁴⁸, profundamente poseída, sobre todo, de análisis social⁴⁹, al igual que de elementos psicológicos⁵⁰ jurídicos y políticos⁵¹.

38. La teoría realista pretendía una absoluta sustitución en las bases conceptuales tradicionales del poder y del derecho, sustentando una nueva doctrina para esta fenomenológica⁵². Proponía sustancialmente una nueva visión del mundo político y jurídico: la teoría del realismo científico y social⁵³. En esencia se sustentaba y explicaba esta audaz construcción a partir de una secuencial y articulada postulación de bases doctrinales que se pueden determinar en los siguientes términos: el reproche absoluto a la fundamentación y análisis metafísico del poder, el derecho o la ciencia social en general; el imperativo de lo social; el hecho social; la solidaridad; la negación del individualismo; el servicio público como instrumento de la solidaridad, e interdependencia social; el poder y la soberanía no devienen de derecho subjetivo alguno; la reformulación del concepto de Estado en abandono a las ideas metafísicas de la soberanía y la personalidad jurídica; la noción de servicio público como deviene fundamental para el derecho público.

39. De esos postulados se deducen tres claros principios básicos en el pensamiento de Duguit con impacto directo en el derecho administrativo: el primero, de ostensible inspiración socio-jurídica, en cuanto legitima a las autoridades administrativas con el propósito de que gobiernen para la sociedad y cumplan con las finalidades que se les asignan, satisfaciendo los servicios públicos, edificando de esta forma el sustento de la legalidad dentro de su teoría; el segundo, de carácter político, reconoce la existencia de un gobierno dentro de la sociedad que requiere para su ejercicio el apoyo de la fuerza política o el poder de constreñimiento, capaz de impulsar el cumplimiento de los servicios públicos como fines esenciales en toda sociedad⁵⁴; el tercero, de profunda consistencia social pero de efectos jurídicos inimaginables, al derivarse de toda la teoría la necesidad de reconocer la función social⁵⁵ del Estado y de los asociados que se concreta en la prestación de servicios públicos bajo un contexto inevitable de derecho social, lo cual implica desconocer el fundamentalismo individualista en los análisis y aproximaciones reales en relación con la sociedad⁵⁶.

40. El punto de partida de esta concepción está dado por la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como del Tribunal de Conflictos francés, a través de diversos pronunciamientos⁵⁷, entre los que se destacan el conocido como fallo blanco del 8 de febrero de 1873^[58], piedra angular del derecho administrativo francés durante muchos años. Sin embargo, a esta providencia no se llegó por acaso. El tema había ya sido abordado con diferentes matices con anterioridad a esta histórica providencia, en los fallos *Rothschild vs. Larcher et Administration des Postes* del 6 de diciembre de 1855^[59]; *Carcassonne* del 20 de febrero de 1858^[60] y *Bandry vs. Ministre de la Guerre* del 1.º de junio de 1861^[61]. Tema retomado en pronunciamientos posteriores, hasta definitivamente consolidar la doctrina, en los fallos *Terrier* del 6 de febrero de 1903^[62] y *Thérond* del 4 de marzo de 1910^[63].

41. Correspondió, en consecuencia, al derecho francés, en especial a los trabajos del profesor León Duguit, el papel articulador y formador de la concepción jurídica de los servicios públicos como

columna básica y estelar del concepto de Estado y la soberanía, consecuencialmente del papel de la administración pública en función de los servicios públicos y por vía de ella al concepto de concesión como el instrumento idóneo para el cumplimiento y satisfacción de los mismos⁶⁴.

42. Desde la perspectiva propiamente del derecho administrativo el trabajo articulador del servicio público con las reglas especiales del régimen jurídico de la administración pública obedeció al trabajo detallado y armónico del profesor Gastón Jèze quien desplegó profundamente el pensamiento de Duguit en cada rincón de la disciplina a través de su penetrante obra jurídica, correspondiéndole de esta manera, por lo tanto, el diseño coherente y dinámico del fenómeno concesional en las entrañas mismas de la noción de servicio público⁶⁵.

43. En su conjunto las obras de Duguit y Jèze se enmarcan doctrinariamente bajo los parámetros ideológicos de la llamada escuela de Burdeos, que fundamentó, desarrolló y propagó la noción de servicio público⁶⁶ como el centro motor del Estado y, por lo tanto, de todo lo referente al derecho público en general, circunscribiendo, entonces, bajo ese concepto, el contenido material que determinó el derecho administrativo continental europeo⁶⁷ en oposición al inglés⁶⁸.

44. Esta sutil y atrayente concepción, fundada en consideraciones sociales, constituyó en su momento no solo una construcción teórica consecuente con la consolidación de la ruptura del modelo económico liberal clásico⁶⁹, sino también una de las elaboraciones jurídico-positivas y sociológicas de la mayor trascendencia en la cadena incansable de búsqueda de un criterio consolidador, definidor y justificador de la sustantividad de aquel derecho primario que los revolucionarios franceses, en clara disidencia a los postulados de los ideólogos clásicos de la revolución, predicaron para su poderosa administración pública⁷⁰.

45. La noción de servicio público se tornó, bajo la preceptiva encantadora del discurso realista, positivista, social y anti metafísico de la escuela de Burdeos, en el vértice articulador o piedra angular de la tan esperada concepción iluminadora y razonadora, de todo aquello que paradójicamente había surgido en su momento bajo consideraciones individualistas y de profundo derecho subjetivo, como una necesidad propia de la Revolución francesa: su derecho administrativo⁷¹.

46. Visto desde esa perspectiva, el derecho administrativo englobaba las reglas jurídicas, principios, normas y procedimientos del derecho público que regían la prestación de los servicios públicos por los entes públicos, en contraposición a la situación excepcional, admitida por la doctrina, de la prestación de dichos servicios públicos por los particulares, en cuyo caso se les aplicaban normas y principios propios del derecho privado, facilitando de esa forma la prestación regular y continua del servicio.

47. Ese régimen del derecho administrativo, estructurado a partir de las ideas motoras de Burdeos, revestía características propias que lo hacían indiscutiblemente especial y particular. Se le incorporaron particularidades traducidas en normas, principios y criterios diversos a los del derecho privado, destinados a regir de manera especial, tanto a los funcionarios vinculados al servicio, como los bienes y recursos utilizados para su ejecución. Igualmente se incorporan conceptos como los de la exorbitancia vinculado a la identificación de poderes superiores de la administración en la prestación del servicio⁷².

48. En general, la prédica de esa sustantividad del derecho administrativo incide significativamente en aspectos tales como los de la naturaleza de los actos expedidos por los agentes del servicio, la responsabilidad administrativa, la naturaleza de derecho aplicable a sus contratos y el reconocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa como la competente para conocer de los litigios suscitados con ocasión del servicio. Excepcionalmente, de manera prácticamente marginal, la administración acudía al derecho común⁷³.

49. No obstante esa aparente definición y claridad en torno del régimen jurídico de derecho público administrativo generado por los servicios públicos, el problema principal en los ordenamientos jurídicos influidos por la doctrina francesa en esa materia, consistió precisamente en consolidar un criterio cierto y seguro para identificar de manera concreta cada servicio público a cargo de la administración, con el fin de someterlos plenamente al régimen especial sustantivizado de derecho administrativo, que se invocaba como propio, en razón de que el concepto trabajado por la escuela de Burdeos, por su generalidad, no brindaba la suficiente solidez y certeza jurídica para saber cuándo debía o no aplicarse el derecho administrativo.

50. Para esos propósitos, se hicieron algunas aproximaciones a un criterio definidor del problema calificando algunos servicios como públicos, por la costumbre en su entendimiento como servicios públicos o por su especialidad. De esa manera, se habló de los tradicionales, como los de defensa y policía; los técnicos, como los de correos, ferrocarriles y enseñanza, y, luego, en proceso de crisis del concepto, los llamados servicios industriales y comerciales.

51. Esta metodología, sin embargo, no fue suficiente, ni mucho menos generadora de seguridad jurídica, pues, por su generalidad, dificultaba permanentemente la labor, sobre todo del juez contencioso para determinar su competencia. En consecuencia, el concepto de servicio público se hizo relativo y dominado en muchas oportunidades por el subjetivismo, lo que llevó a incursionar en el ámbito de la arbitrariedad y de profundas improvisaciones para su identificación, calificación y evidentemente, como tenía que ser para su debida prestación, esta última con el transcurrir de los años pasó a ser también, de manera principal, un atributo de los particulares.

52. Esta enorme nave en la que se embarcó la teórica de los servicios públicos, que sin lugar a dudas apasionó a los conocedores de la disciplina, y que dominó el espectro jurídico de la administración hasta la segunda posguerra mundial, mediados el siglo XX⁷⁴, no logró, sin embargo, llegar a puerto seguro y consolidarse realmente como la gran tesis sustancial del derecho público, y en especial del derecho administrativo, conforme los parámetros doctrinales que inicialmente la sustentaron. La noción, otrora pomposa y ruidosa, ha padecido desde entonces, a los pies de las que consideraba sus más sólidas predicaciones, varios y sustanciales embates políticos e ideológicos que han impactado en su conceptualización jurídica⁷⁵; es más, se puede sostener, sin lugar a mayores equívocos, que esa doctrina surgió asediada por la crisis y ha convivido con ella de manera permanente⁷⁶.

53. Su crisis deviene de las siguientes circunstancias: (i) de la ruptura de la fórmula según la cual a toda prestación de servicio público se acompañaban irremediamente procedimientos y reglas necesariamente de naturaleza pública, marginando por regla general al derecho privado y al control de la justicia ordinaria cualquier asunto relativo al servicio⁷⁷, y (ii) de su gran desvanecimiento relativamente reciente que deviene del auge y desarrollo de las teorías neoliberales y su impacto en la dinámica misma del aparato administrativo e incluso en los postulados materiales del concepto de Estado social de derecho, concepciones estas de profunda estirpe economicista e individualista, que centra, con ostensibles criterios fundamentalistas, cualquier lectura del orden social y jurídico en las reglas y principios del mercado, la competencia, la libertad económica y de iniciativa⁷⁸, llegando a postular la muerte del servicio público y el surgimiento de actividades libres para ser desarrolladas por los sectores económicamente poderosos, en una especie de actividad prestacional de responsabilidad privada bajo criterios de competencia y eficiencia económica, fundadas sobre la base de la proscripción al Estado intervencionista, acumulador de funciones y responsabilidades, monopolístico y corrupto, al que califican además como ineficiente⁷⁹.

b. CRITERIO DE LOS FINES ESTATALES

54. Identificamos en esta categoría los primeros trabajos doctrinales de carácter teleológico programado por su marco conceptual restrictivo, elaborado fundamentalmente por los pensadores jurídicos italianos del siglo XIX, influidos por la naciente dogmática jurídica alemana de Herber, Laband y Jellinek. Su principal expositor es el clásico tratadista Vittorio Emanuele Orlando⁸⁰, quien, dentro de ese proceso de adopción de los conceptos jurídicos iuspublicistas alemanes, implicó en su momento para la doctrina italiana no solo un cambio de mentalidad, sino también en el léxico e interpretación jurídica de su país⁸¹, en la medida que se propuso una completa revisión crítica de todo lo que la doctrina italiana de su tiempo había producido y escrito, con el fin de transformar el derecho público en una verdadera ciencia jurídica.

55. Como lo anota Rebuffa, no pretendió Orlando simplemente alinear el pensamiento iuspublicista italiano con las modernas corrientes de la cultura jurídica europea, sino que buscó poner en práctica una peculiar concepción del papel del derecho público fundada en un particular análisis de las características del Estado moderno, que se pueden resumir en la construcción de un derecho público científico, estructurado a partir de entender la jurisprudencia como ciencia y la posibilidad de individualizar los elementos generales y comunes en su objeto. Estos caracteres generalizados son los que concurren a la formación de los Estados modernos delineando una noción abstracta de Estado.

c. CRITERIO DE LA PROCURA EXISTENCIAL

56. El llamado criterio de la procuración de existencia vital, también conocido como el criterio de la administración pública servida bajo la idea de *Daseinsvorsorge*, o de la administración abastecedora, corresponde a los trabajos desarrollados por Ernest Forsthoff principalmente en su ya clásico artículo de 1938 en relación con “*La administración como prestadora*”, idea y concepto posteriormente reiterados, ya en vigencia de la Ley Fundamental de Bonn, en algunos de sus escritos referidos con el alcance de la cláusula del Estado social de derecho incorporada en la mencionada Ley Fundamental y que le sirvieron en 1959 para publicar “*Cuestiones jurídicas de la administración prestadora*”, con el cual pretendía afianzar su teoría en relación con el concepto de la procura existencial y el papel estelar de la administración en torno a esos propósitos precisamente como una idea vinculada al concepto de lo social desde la perspectiva constitucional⁸².

57. La procura existencial⁸³ incorpora toda una concepción sociológica y teleológica que en esencia retoma elementos interventores y prestadores propios de la concepción francesa de los servicios públicos⁸⁴, y que tras la expedición de la Ley Fundamental de Bonn, se reconduce como visible efecto de los postulados del Estado social de derecho; por lo menos, así se desprende de las diferentes exposiciones de Forsthoff, en las justificaciones a su famosa disgregación de los conceptos de Estado de derecho del propiamente social de derecho, que tantas críticas le mereció en la doctrina de su época⁸⁵.

58. Como realidad sociológica sus fundamentos se decantan de las inevitables relaciones entre Estado y sociedad, y las responsabilidades de la administración en procura del suministro de los bienes y servicios requeridos para nivelar las condiciones de vida del hombre en sociedad. En consideración de Forsthoff, el principal y más importante órgano del Estado, es decir, la administración pública, tiene en ese sentido importantes atribuciones como para hacer presencia ante la crisis del hombre en el contexto de una sociedad que lo ahoga e impide que mediante sus esfuerzos individuales satisfaga

plenamente sus necesidades vitales. De esa forma llega a sostener que, mediante la administración, el Estado debe procurar al individuo el acceso a las ventajas y beneficios de la tecnología y el desarrollo, hacerle óptima su estancia en la vida, situación que en razón de las complejidades de la vida moderna le resulta al individuo imposible conseguir de manera aislada⁸⁶.

59. El ser humano, sostiene Forsthoff, con el transcurso de los años –siglos XIX y XX– ha visto transformar de un modo decisivo su existencia individual en la dirección de un evidente deterioro de su espacio vital, tanto el individual, esto es, el que dominaba a través de sus propias fuerzas del cual era amo y señor –la casa, el taller, su pequeña huerta, el corral y sus dependencias, los animales, etc.–, como el común o efectivo, aquel que lo nominaba como un ser que estaba presente en una determinada sociedad dentro de la cual se desarrollaba y de la cual obtenía ciertas ventajas –vías, ferrocarriles, comunicaciones, servicios públicos, etc.

60. Lo que se observa desde los comienzos del siglo XIX, por lo menos en Europa, indica Forsthoff, en relación con el espacio vital individual, es una paulatina y sucesiva renuncia del mismo, no por voluntad propia, sino básicamente por el aumento desmesurado de la población que ha desplazado al hombre de esos beneficios que le proporcionaba la individualidad⁸⁷ y que a no dudarlo impactaron en el espacio vital efectivo en la medida en que provocaron su ampliación y adecuación a las nuevas necesidades⁸⁸.

61. Forsthoff ejemplifica este nuevo contexto que debe enfrentar el Estado a través de la administración, enfatizando la incidencia de la conmoción social sobre él⁸⁹. La fuerza irresistible de los acontecimientos sociales provocada por la expansión técnico industrial; el desarrollo casi sin transición al régimen de gran ciudad; el rápido aumento de la población multiplicada en el curso de un siglo; los movimientos migratorios; la aglomeración de grandes masas de población en espacios reducidos, todos esos factores han influido consecuente y necesariamente en el Estado, llevándolo a afrontar una penosa realidad sociológica: la ostensible reducción de los niveles de vida y la imposibilidad de sus ciudadanos de subsistir tanto en sus espacios vitales individuales como en los comunitarios, que se degradan cada vez más⁹⁰.

62. Este nuevo mundo trajo consigo para la administración la más radical transformación de sus responsabilidades. Del ámbito exclusivamente vigilante pasó al mucho más actuante, directo y protagonista en la prestación de servicios, en el suministro de bienes necesarios para la comunidad. De una mentalidad y formación funcional estrictamente estática se trasladó el Estado, y en consecuencia su administración, a un mundo en donde sus cometidos y su objeto están determinados por el orden social, por su formación justa y adecuada. Nos encontramos, por lo tanto, sostiene Forsthoff, “en el terreno de la justicia distributiva y conmutativa”, para un conglomerado humano que no se enfrenta a la administración de manera independiente, “sino en situación de dependencia. El individuo necesita para su vida diaria de los servicios de la administración”, necesita de su “asistencia vital”⁹¹.

63. Como se observa, bajo la construcción doctrinal de Forsthoff, el desbalance entre las necesidades que el hombre no puede satisfacerse por sí mismo y las que requieren para conformar el mínimo vital debe proveerlo el Estado a través medidas organizadas que garanticen amplios mecanismos de abastecimientos. Corresponde, por tanto, al Estado, acudir en subsidio de esas prestaciones deficientes e imposibles de consolidar individualmente por los asociados. A través de la administración el Estado suple las deficiencias de sus asociados garantizando los niveles necesarios de sus espacios vitales mediante el abastecimiento de bienes y servicios. El Estado, por lo tanto, abandona su tradicional papel de simple garante del orden y la libertad, y asume funciones importantes en

respuesta a la ruptura de los espacios vitales de los individuos, quedando, por lo tanto, el individuo, en consecuencia, literalmente en manos del Estado.

64. En ese sentido, explicada desde la perspectiva de la procura existencial, la administración va mucho más allá de las simples estructuras liberales del Estado clásico de derecho. El concepto de libertad garantizada es otro: el del hombre en comunidad, retribuido en su espacio vital. La administración y el Estado se explican mediante conceptos de participación y prestación que superan incluso el de la mera intervención. La administración no se agota en simples intervenciones, debe procurar acciones mucho más directas y decisivas en la solución de las deficiencias sociales y en el restablecimiento de los espacios vitales rotos por la complejidad del mundo moderno. La administración es así, ante esos imperativos, sustancialmente abastecedora y de servicios⁹².

65. En ese contexto Forsthoff vincula los elementos característicos del concepto de la procura existencial a las finalidades propias del Estado social. Esa modalidad de Estado, sostiene, a diferencia del estructurado a partir de ideas autoritarias, o inclusive del simple Estado de derecho, “es un Estado que garantiza la subsistencia y, por lo tanto, es Estado de prestaciones y de redistribución de riquezas [...]”, bajo condiciones sociales adecuadas; lo contrario podría desembocar en situaciones de manipulación de las necesidades públicas lo que generaría prácticamente la dependencia absoluta del individuo del Estado, senderos inaceptables de *servidumbre*, situaciones absolutamente reprochables y de imposible concepción bajo un esquema realmente democrático; en ese sentido, el disfrute de los beneficios del Estado abastecedor dependerá ante todo de un comportamiento político adecuado y ajeno a cualquier pretensión por fuera de los marcos de lo estrictamente social⁹³.

66. En cuanto el Estado social es además un Estado prestador de servicios, sus funciones sociales se traducen realmente en funciones de servicios dirigidas a materializar la actividad referida a las prestaciones que requieren los asociados y buscan ante todo lograr una existencia digna para cada uno de los individuos. En ese sentido son de imposible confusión, bajo el esquema del Estado social, los conceptos de función social con la de dominación de la sociedad propia de los sistemas absolutistas⁹⁴.

D. CRITERIO DE LAS PRERROGATIVAS PÚBLICAS: *PUISSANCE PUBLIQUE*

67. El principal opositor a las sustentaciones doctrinales de León Duguit⁹⁵, y en general a la llamada Escuela de los Servicios Públicos o de Burdeos, como mejor se le conoce en la doctrina del derecho administrativo, lo fue sin duda, el profesor de Toulouse y cabeza visible de la escuela de la *puissance publique* Maurice Hauriou. En diferentes obras Hauriou⁹⁶ expone las que vienen a ser las bases de su teoría⁹⁷. En ellas, las críticas de Hauriou, se dirigen a desvirtuar, desde la perspectiva de la teoría constitucional, la que considera fantasmagórica construcción jurídica y política de Duguit en relación con el Estado, la soberanía y el derecho público en general, elaborada tomando como base determinante del concepto teleológico de los servicios públicos, lo que significaba en su opinión, una simple y llana “[...] reversión de valores, herejía del socialismo jurídico [...]” que invirtió de manera anormal la posición correcta de las cosas, desalojando para un segundo plano lo principal, esto es, el poder mismo, sin el cual, los fines de servicio público propuestos por Duguit configurarían un imposible⁹⁸.

68. A lo largo de su obra Hauriou se encarga de desvirtuar uno a uno los argumentos de Duguit, partiendo para esos efectos de parámetros conceptuales y doctrinales fundados en concepciones metafísicas e individualistas⁹⁹, profundamente inspiradas en elementos propios del derecho natural, dando prelación en cualquier aproximación al orden constitucional, a las creencias morales, al orden, al poder “*puissance publique*”, y a la libertad, argumentos que por su origen y naturaleza se ubican

sustancialmente en clara oposición a las ideas socialistas, realistas, objetivas y positivas de Duguit, esto es, dispuestas en un plano absolutamente contrario a lo sustentado como verdad absoluta por la escuela de Burdeos durante toda su existencia. Hauriou postula un orden individualista que niega a la sociedad el papel protagónico otorgado por Duguit, y que centra en el poder absolutamente cualquier interpretación, análisis y justificación de las funciones públicas, y en especial del derecho administrativo¹⁰⁰.

69. Hauriou resume su gran teoría, destacando que “[...] Los publicistas que han organizado nuestro Derecho administrativo lo han fundado sobre las prerrogativas públicas [...]”, esto en clara oposición a los trabajos y planteamientos de la escuela de los servicios públicos y los profundos argumentos reiterados en prácticamente todas las obras de Duguit. Hauriou, al igual que sus contradictores de doctrina, también de manera radical, encuentra otro elemento motor, diferente al servicio público para justificar el carácter sustantivo del derecho administrativo; otro elemento de por sí altamente discutible, no precisamente derivado de la solidaridad social y del realismo jurídico, sino del ejercicio efectivo de poder, en lo que identifica como las “prerrogativas de poder”, al cual destaca como el medio para alcanzar los fines estatales, medio que pasa a constituirse en lo principal y determinante en contraposición a consideraciones estrictamente finalísticas¹⁰¹.

70. Para esa construcción teórica el medio es lo fundamental y los fines un aspecto secundario de la relación. En el no entendimiento de ese planteamiento y su consiguiente malformación a partir de argumentos contrarios a los valores de la cultura, radica Hauriou el gran error histórico de Duguit, al darle valor y fuerza inusitada a lo secundario, a los fines recogidos en el concepto de servicio público, en contraposición a los medios que pueden utilizarse para su logro, esto es, a las prerrogativas públicas, que siempre y bajo cualquier consideración estarán por encima de aquellos, en planos absolutamente diferentes. Los fundamentos del concepto “prerrogativas públicas” devienen, según las exposiciones de Hauriou, en primer lugar de los desarrollos del principio de la división de poderes, y en segundo lugar, de la concepción según la cual los medios y no los fines son los trascendentes en la conformación de la disciplina¹⁰².

71. Al entender a la administración pública como un fenómeno de poder, Hauriou se aparta de consideraciones materiales y hace énfasis en las características que el mismo adquiere para consolidarse como verdadera *puissance publique* (esto es, en la intensidad de sus relaciones y capacidad para lograr los cometidos estatales); de esa forma en la teoría de Hauriou se pueden focalizar algunos caracteres esenciales del poder público que lo identifican y permiten conceptualizar a la administración y al derecho administrativo: la existencia de un poder institucionalizado en cabeza del poder ejecutivo que le permite desarrollar la función administrativa mediante la actividad pública y en ejercicio de poderes exorbitantes de derecho común, al igual que la posibilidad unilateral de imposición de sus decisiones en lo que la doctrina ha llamado el fenómeno de la decisión ejecutoria¹⁰³.

72. Este contexto doctrinal nos permite afirmar la existencia de los siguientes elementos de la teoría: un poder administrativo activo, dotado por el derecho de *puissance publique*, con prerrogativas legales exorbitantes y con capacidad de decisión ejecutoria (como la principal característica diferenciadora del derecho común); y, de otro lado, y de manera complementaria, en una perspectiva dinámica, el desarrollo de la función administrativa por medio de la gestión administrativa indispensable para el cumplimiento de los intereses públicos. Estos dos elementos consolidan el gran bloque de pensamiento de Hauriou en cuanto a lo que debe ser la administración pública, y que le permite entender el derecho administrativo como el derecho de la exorbitancia o de las prerrogativas de la administración y de las decisiones emanadas en su ejercicio¹⁰⁴.

73. El primer elemento se nutre del principio de la separación de poderes y de la noción de poder público. Separación de poderes que permite identificar el poder ejecutivo en el que Hauriou radica la administración como organización con poder público, siendo precisamente esta la depositaria de todas las prerrogativas que el ordenamiento jurídico le concede para desarrollar el interés general. La prerrogativa o exorbitancia del poder público implica la existencia de poderes especiales que apartan a la administración de un régimen de derecho privado y la colocan en una situación jurídica privilegiada frente a los asociados con el fin de hacer posibles sus cometidos¹⁰⁵.

74. El segundo elemento, complementario del anterior, destaca el carácter de medio que adquiere el poder público depositado en la administración para el cumplimiento de los fines estatales. En ese sentido, el motor de la administración lo constituyen las ideas finales orientadoras del Estado, las que está llamado a impulsar mediante sus poderes y prerrogativas. Esta idea proviene de un elemento solidarista que se mantiene en la teoría de Hauriou, y que no es otro que el del servicio público. Este objetivo se satisface por medio de la gestión administrativa, esto es, de la actividad de la administración pública organizada como una empresa pública que gestiona y actúa para ese fin¹⁰⁶.

75. Ahora bien, en relación con otro de los temas neurálgicos de la teoría de los servicios públicos, como lo fue el de su régimen jurídico, Hauriou retoma, como punto de partida para sus elaboraciones, la clásica diferencia entre gestión pública y gestión privada que dio lugar en el siglo XIX a la teoría de los actos de autoridad y actos de gestión¹⁰⁷, con el fin de significar dos aspectos importantes de la teoría de la administración y del derecho administrativo:

76. El primero, que la actividad pública administrativa, como medio para satisfacer los intereses generales y atender los servicios públicos en el Estado moderno, puede sujetarse o no al derecho público. Es decir, a un poder público, con un régimen jurídico especial. En ese sentido la teoría de Hauriou no solo ratifica el contexto histórico de los actos de gestión y de poder, sino que se anticipa a lo que sería el quiebre de las elaboraciones teóricas de la escuela de los servicios públicos. Esto es, contemporáneamente a las exposiciones de Duguit, Hauriou lo advertía con una de sus principales debilidades teóricas, en cuanto a que una actividad de servicio público no necesariamente corresponde a un régimen de derecho público¹⁰⁸.

77. El segundo, de carácter universal, indicaba que no en todos los modelos jurídicos con que se caracterizan los Estados modernos la atención de las necesidades generales y de los servicios públicos implica la existencia de un poder público y de un poder especial. El modelo anglosajón se caracteriza porque las funciones administrativas se cumplen conforme a la legalidad del derecho común (por lo menos ese es su postulado general) y sometidas en caso de conflicto al conocimiento del poder judicial ordinario. El modelo continental de la influencia francesa (que pretende generalizar la teoría del servicio público) se ha estructurado sobre la base especialísima de un régimen administrativo, en donde por lo general existe una atribución importante de funciones en un órgano del Estado, con un poder jurídico especial y un régimen de derecho público, conocido como administrativo y portador de importantes prerrogativas que lo ponen, para el ejercicio de sus atribuciones, en situación de superioridad frente a los asociados. Dentro de ese contexto concluye que existe administración pública y derecho administrativo cuando se han atribuido funciones al poder ejecutivo para atender el interés general y los servicios públicos, dotadas de especiales poderes y prerrogativas a las que denomina *puissance publique*¹⁰⁹.

78. Obsérvese, entonces, cómo frente a León Duguit Hauriou estaba hablando de otra cosa muy diferente en torno a los conceptos expuestos. El pensamiento de Hauriou significó la negación de los fundamentos teóricos finalísticos de la Escuela de Burdeos. Mientras que para Duguit la administración

pública era un fenómeno de servicios, para Hauriou, edificador del criterio *puissance publique*, lo era de poder público. La concepción sociológica y solidarista de Duguit justificaba el Estado y el derecho público sobre la base del concepto de servicios públicos; la tesis de su contemporáneo Hauriou lo hacía sobre la base del poder público. Mientras la primera vinculaba el servicio público a las finalidades propias del Estado (comunidad organizada); la segunda enfatizaba que lo importante y trascendental para la administración y su derecho no era tanto el fin mismo, sino los medios utilizados para alcanzarlo (medios portadores de la *puissance publique*, que en últimas determinaban, por lo menos en derecho francés, el régimen jurídico y la jurisdicción aplicable). De ahí la gran pugna histórica en el derecho administrativo francés que se vivió igualmente en todos los países de su influencia¹¹⁰.

79. Sobre la anterior base conceptual al referirse a los vínculos de la articulación inevitable, que entre derecho administrativo y servicio público que defendía la escuela de los servicios públicos, Hauriou no desconoce la existencia, valor y significado de dicho vínculo en la conformación del derecho administrativo, pero al mismo le otorga un orden y prelación diferente a la defendida por Duguit. Difiere el planteamiento básicamente en cuanto a su ubicación material dentro del contexto de la teoría del Estado y sobre todo de la administración. El servicio es la potencialidad a cargo de la administración, el poder, el medio principal para el cumplimiento de ese propósito ineludible. He ahí la razón de que, al referirse a los servicios públicos, Hauriou los entendiera como una obra para ser realizada por la administración pública a través del medio conocido como poder público. En ese sentido deja clara su posición de que lo predominante no es el fin en sí mismo, sino el medio de que se vale el Estado para lograr sus cometidos. Lo trascendental es el poder público y su intensidad jurídica con poderes especiales, que le permiten imponerse para el logro y la satisfacción del interés general. Luego, el derecho administrativo se explica a partir del fenómeno del ejercicio del poder y no de manera exclusiva del de servicio público¹¹¹.

80. Ahora bien, el ataque de Hauriou a los trabajos de Duguit y de Jèze en relación con el papel y ubicación del concepto de servicio público en la construcción de un criterio sustancial del derecho administrativo no se agotó en los anteriores planteamientos generales; el ataque frontal contra dicha estructura la planteó Hauriou retomando las bases justificadoras del concepto mismo de servicio público que la escuela de Burdeos hacía recaer en dos ideas: el procedimiento de Derecho público y la posibilidad constante de modificaciones del servicio público. Hauriou propuso examinar esas ideas, de por sí frágiles, bajo los siguientes parámetros:

81. En relación con la idea de servicio público entronizado por Duguit y Jèze y sus profundas debilidades conceptuales: según Hauriou, el concepto mismo de servicio público expuesto por Duguit¹¹² evoca la idea del poder y de su intervención efectiva para su debida consolidación. Obsérvese que, de conformidad con el concepto mencionado, el servicio es toda actividad cuyo cumplimiento exige la intervención de la fuerza gobernante, lo que llevó a Hauriou a deducir razonablemente, que el servicio es, entonces, toda actividad que no puede ser realizada completamente si no es como efecto de la intervención del poder, realidad innegable que en consecuencia coloca al poder en un papel de medio trascendente en relación con el mismo servicio público, en cuanto este tan solo subsiste como consecuencia del ejercicio del poder. Bajo esas consideraciones, para Hauriou las prerrogativas públicas se ubican en las bases mismas de toda la gran construcción de Duguit, quien las acepta, al incorporar en la misma definición de servicio público el concepto de fuerza¹¹³.

82. En relación con los soportes doctrinales de Duguit y Jèze en cuanto a la aplicación de procedimientos del derecho público a los servicios públicos, los sustentos de la teoría de los servicios públicos expuestos por estos autores llevan implícitos el concepto de “prerrogativas públicas”. De por

sí la idea de que el servicio público conlleva el desarrollo de procedimientos de derecho público denota a simple vista, sostiene Hauriou, que la tesis de estos profesores se sustentaba, también, en el concepto de poder, en cuanto que no hay nada más significativo en la ejecución del poder que lo relativo a los procedimientos mismos, sobre todo si son de derecho público. El procedimiento en sí mismo no es otra cosa que una cierta forma de aplicación de las prerrogativas públicas, más aún cuando en las exposiciones de Duguit y Jèze se le pretende utilizar como mecanismo para imponer el interés general sobre el particular.

83. Además, las tesis de la escuela de Burdeos son así mismo débiles, en la medida en que, si se estaba acudiendo al concepto de procedimiento, de hecho no solo se estaba abordando un concepto de poder, sino también una de sus características básicas, en las relaciones de este con las decisiones propias de las autoridades administrativas, cual es su carácter ejecutivo oficioso, con mayor razón cuando se trata del cumplimiento de los propósitos mismos de los servicios públicos en los términos y condiciones expuestas en el concepto que sobre esta figura formula Duguit y aborda pacíficamente Jèze, en donde hablan del ejercicio de la fuerza, de la imposición de quienes la detentan, es decir, de los gobernantes, para la organización, aseguramiento y prestación continua de los servicios públicos. Esta afirmación implica irremediablemente que el concepto básico sustentador de la concepción de Burdeos, se basaba en el de la decisión ejecutoria ampliamente desarrollada por la doctrina de las prerrogativas públicas¹¹⁴.

84. En relación con los soportes doctrinales de Duguit y Jèze en cuanto al carácter dinámico de la organización de los servicios públicos: que la organización de los servicios públicos sea dinámica y se pueda en consecuencia modificar de conformidad con las cambiantes condiciones de una sociedad determinada, definitivamente, responde Hauriou, no es nada nuevo en el derecho y encuentra sus razones, no en consideraciones objetivas y realistas derivadas del servicio mismo, sino en el viejo dogma de la “inalienabilidad de la soberanía”, esto es, en las tan criticadas, por Duguit y sus seguidores, concepciones de los derecho subjetivo e individualismo jurídico.

85. Con esto Hauriou le salía al paso y respondía a estos distinguidos profesores que definitivamente nada nuevo estaban planteando y sosteniendo en derecho, así fuese con otra etiqueta, y que la escuela de Burdeos en esta materia no hacía más que retomar antiguas concepciones y principios jurídicos que reconducían todo el problema al concepto de soberanía; siendo ello así, resultaba a todas luces lógico que la modificación de la organización de los servicios no podía definitivamente atarse jurídicamente. Esto es, el ejercicio del poder no podía condicionarse, lo cual reconducía toda la tesis de Duguit, realmente bajo los dominios del discurso del poder de Hauriou. En palabras de Hauriou, toda esa enorme construcción de Burdeos no era más que retórica, en cuanto en el fondo, con toda la palabrería empeñada por esa escuela se pretendía negar lo innegable y ostensible: que realmente la teoría del servicio público no era más que una sencilla manifestación propia de la teoría de las prerrogativas públicas¹¹⁵.

E. CRITERIOS NORMATIVOS

86. Englobamos bajo la denominación de criterios normativos aquellas concepciones caracterizadas por conceptualizar la administración y el derecho administrativo por medio de métodos formalistas y positivos, en donde el punto central de toda elaboración lo constituye el sistema normativo en ausencia de cualquier consideración subjetiva, ética o política como determinadoras, necesariamente, de todo contenido jurídico. Como lo señala Kelsen, inspirador de la principal de esas concepciones, el objeto

de los criterios normativos lo constituyen las normas y no la realidad natural¹¹⁶, de donde las teorías normativas constituyen los prototipos de inspiración negatorios del derecho natural y de todo lo que de ellos se pueda desprender. En cuanto a su aplicación al derecho administrativo, concretamente a la determinación de los conceptos de administración pública y su consecuente derecho, en la práctica podemos reducir a dos los criterios normativos: el primero constituye la base de toda la construcción y lo hemos denominado de la teoría pura del derecho, y el segundo, de referencia específica al ordenamiento administrativo pero de inspiración netamente kelseniana, lo identificamos (por el tratamiento que imprime a sus deducciones jurídicas, al utilizar un método excluyente) como criterio de la exclusión o, como su teórico principal lo denomina, criterio de la determinación conceptual formalista y negativa.

1. CRITERIO DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

87. Esta teoría, en cuanto define su objeto de conocimiento en las normas jurídicas, se relaciona con el positivismo jurídico-estatal desarrollado en el siglo XIX, a cuya cabeza se destacó Laband. No obstante, Kelsen, que fue discípulo de los propugnadores de esta escuela, logró establecer diferencias sustanciales al introducir elementos crítico-cognoscitivos al positivismo clásico. Podría sostenerse, según los trabajos de Robert Walter, que la teoría logró desarrollarse en Viena a comienzos del siglo pasado por el ambiente crítico que reinaba por aquella época en casi todos los aspectos de las ciencias. El pensamiento jurídico de Hans Kelsen y sus consecuentes trabajos sobre la teoría pura del derecho constituyen, ante todo, un tratamiento científico del derecho positivo, característicamente objetivo y comprobable, sin origen divino o sobrenatural, es decir, elaborado por los hombres y con destino al mismo hombre, y configurador de un sistema de reglas que en su comprensión dogmática estructuran normas efectivas generales y de obligado cumplimiento¹¹⁷.

88. La teoría pura del derecho es una teoría exclusiva del derecho positivo y no de otros órdenes jurídicos. Es una teoría general y no una interpretación especial, nacional o internacional de normas jurídicas. Pretende responder a la pregunta “qué es” y “cómo es” el derecho. No busca de ninguna manera responder a los cuestionamientos de “cómo sería” o “debería ser” elaborado el derecho, preguntas estas de clara dirección política. La teoría pura es esencialmente ciencia del derecho y de ninguna forma política del derecho.

89. Bajo esta perspectiva, cuando Kelsen califica como pura a su teoría, lo hace con el claro propósito metodológico de orientarla tan solo al conocimiento del derecho positivo, excluyendo del mismo todo lo que no pertenece a ese exacto objeto jurídico. Como consecuencia, depura la ciencia del derecho de todos los elementos extraños que podrían hacer perdidizo su objeto, y en este sentido, él mismo califica su teoría como de clara tendencia antiideológica. La teoría pura presenta el derecho como es, sin legitimarlo como justo o descalificarlo como injusto. Indaga lo real y lo posible del derecho positivo y no su carácter de justo o injusto. Bien podría decirse, siguiendo la línea kelseniana, que no corresponde a la ciencia del derecho calificar sus méritos o cualidades, pues a esta solo atañe determinar los criterios metodológicos, puros, que llevan a identificar, en sus contextos estático y dinámico, el conocimiento científico del fenómeno jurídico, lo demás será política o ideología encubierta, lo que encuentra su razón de ser, además, en el pregonado relativismo ético que profesaba el autor austriaco.

90. Su proximidad con el derecho positivo se da en una esfera de evaluación científica, es decir, sin compromisos, procurando entender su existencia y, a través del análisis, comprender su estructura.

“Justamente por esta tendencia antiideológica es que la teoría pura del derecho se manifiesta como verdadera ciencia del derecho”¹¹⁸. Al desposeer la teoría de los elementos ideológicos Kelsen pretende preservar intacto el objeto del conocimiento del derecho positivo, en cuanto sostiene que toda ideología tiene sus fuentes en la voluntad y no en el conocimiento y se encuentra influida por intereses. La ideología encubre la verdad, con argumentos de preservarla, defenderla, transfigurarla, o con la intención de agredirla, destruirla, sustituirla o, sencillamente, desfigurarla¹¹⁹.

91. En relación con el carácter antiideológico de su teoría, justificaba Kelsen en la primera edición de la versión simplificada de la *Teoría Pura del Derecho*, en 1933, que,

En la realidad, estamos frente a una lucha de la política contra la ciencia, lucha en la cual también están empeñadas las más diferentes orientaciones políticas, reaccionarias o revolucionarias, socialistas o liberales, empeñados todos en no aceptar el conocimiento objetivo del Estado y del derecho, desvinculado de cualquier tipo de ideología. En esa lucha, en la realidad, la ciencia ha conservado un alto nivel y conseguido excelentes victorias más frente a la naturaleza que frente a la misma sociedad, esto en la medida en que los hombres tienen gran interés en adquirir una concepción libre del conocimiento natural, en razón de los beneficios que puede traer para la técnica. En nuestros días, esos intereses prevalecen sobre los intereses políticos...¹²⁰.

92. Se desprende de lo expuesto que la teoría pura del derecho es por esencia la concepción positiva, normativa y objetiva que pretende el análisis de los problemas jurídicos a partir de la “pureza metodológica”, que implica desprenderse de toda consideración histórica, ética y subjetiva para colocar en el centro de su construcción simplemente al ordenamiento normativo. Hans Kelsen consolida las justificaciones a su concepción de lo jurídico normativo teniendo como punto de partida los trabajos de pensadores alemanes, entre ellos, Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek, quienes a su vez se nutrieron de las sustanciales apreciaciones de la crítica kantiana a la razón¹²¹. Como posición teórica general, la teoría pura del derecho afecta de manera importante la concepción del Estado, la administración pública e incluso el mismo derecho administrativo. Significa un punto de vista novedoso y de importante trascendencia en la interpretación jurídica contemporánea. Operacionalmente podemos reducir sus fundamentos a dos: la postulación de un método específico de conocimiento jurídico que consolida a la teoría pura del derecho como una teoría general del mismo, y el reconocimiento de un objeto concreto de conocimiento para esa teoría general, constituido por las normas jurídicas (no por las normas de la naturaleza).

93. Las razones metodológicas excluyen cualquier forma de conocimiento del derecho que impida averiguar su esencia. Desde esta perspectiva somete a la ciencia del derecho a un análisis lógico de todas las proposiciones descriptivas de su objeto, despojándolo por completo de cualquier juicio adicional que no sea estrictamente necesario para lograr la identificación de lo esencial. Se trata de un método por naturaleza excluyente aplicable al derecho para lograr la universalidad de su esencia (de aquí que la doctrina, refiriéndose a esta dogmática característica de la teoría, califique su procedimiento de análisis metodológico como de “pureza metodológica”). En esa perspectiva, conceptos políticos, espirituales, naturales, subjetivos o finalísticos, si bien es cierto que no son negados, sí son excluidos para la identificación pura de la esencia de lo jurídico¹²². Este aspecto resulta fundamental dentro del método kelseniano. Así, en respuesta a uno de sus principales críticos, Julius Stone, Kelsen indica que lo que busca con sus trabajos es precisamente la pureza del método, para lo cual es indispensable separar los temas jurídicos de las cuestiones psicológicas, sociológicas o éticas, las cuales se encuentran confundidas en la literatura jurídica. Aquellas disciplinas tienen sus propios objetos y métodos, diferentes al objeto y método de la ciencia del derecho¹²³.

94. El ser y el deber ser. El análisis lógico propuesto por Kelsen obtiene sus fundamentos en el método trascendental kantiano. Se trata de una clásica aplicación de dicho método a la llamada teoría pura del derecho. No a otra conclusión se puede llegar si entendemos que Kelsen propone una especie de pureza inmaculada en la identificación de la esencia de lo jurídico, y resuelve sus interrogantes a partir de la utilización de elementos filosóficos propios de Kant, como la distinción entre el mundo del “ser” y del “deber ser”¹²⁴.

95. A través del “ser” identifica el mundo de la realidad física y natural. Lo que existe independiente de la voluntad humana. Mientras que el “deber ser” nos aproxima a un mundo artificial, creado, impuesto por la voluntad del hombre, que en la realidad natural no es, pero que la imposición y coacción espera que sea (que “debe ser”), el mundo del “ser”, como realidad de la naturaleza, se rige por postulados y consecuencias mediadas por el fenómeno de la causalidad. Significa que puede ser comprobable por los métodos científicos de la naturaleza (si un metal es calentado la consecuencia científica es su dilatación, fenómeno natural sometido a la causalidad). El “deber ser” como fenómeno de la fuerza y creación cultural está mediado, entre sus postulados y consecuencias, por el fenómeno también creado y elaborado artificialmente de la imputación. Es decir, la consecuencia no proviene de una causa probable científicamente, sino de un artificio ideado por la voluntad humana y que se espera que suceda si el hecho se configura.

96. Desde la perspectiva de sus consecuencias frente a sus postulados, la distinción básica entre el “ser” y el “deber ser” emana, según Kelsen, de la naturaleza misma de los dos fenómenos. Mientras en el primero la vinculación entre su postulado y su consecuencia es “independiente de la voluntad humana”, en el segundo la vinculación es creada por un acto “de la voluntad humana”, coactivo y determinante de una conducta cuyo “sentido es una norma”. En otras palabras, de este proceso lógico de dicotomía entre el ser y el deber ser se llega a la conclusión de que el contexto del deber ser genera el fenómeno cultural de la norma, punto básico y principio edificador de la teoría pura del derecho. En ese sentido toda norma creada por el hombre es un deber ser, y postulado de conducta con unas consecuencias inevitables que se identifican por medio de la imputación¹²⁵.

97. La norma es pues, en ese sentido, el propio objeto de la teoría pura del derecho. Se trata entonces de una teoría de lo que jurídica y positivamente “debe ser”, y no de lo que naturalmente es (ser). Su marco de acción y conocimiento se circunscribe a la norma en estricto sentido, aislada de cualquier juicio o contenido. De allí su carácter de positivo y real, rotundamente negatorio del derecho natural y de sus postulados. Lo positivo significa que lo único real y existente para la teoría pura es la norma jurídica, razón suficiente para negar cualquier fenómeno proveniente del mundo de la naturaleza en la conceptualización del derecho¹²⁶.

98. Como tal, la norma jurídica resulta en consecuencia eminentemente coactiva en la medida que pretende provocar una determinada conducta humana. Ahora bien, en el mismo sentido, para Kelsen el fenómeno de lo normativo o positivo no puede ser observado y analizado de manera aislada. Cualquier construcción teórica que pretenda hacerse con fundamento en la norma jurídica implica su ubicación dentro de un orden o conjunto normativo, que en la realidad configura al derecho como tal. Este orden normativo no es un conjunto incoherente, desorientado o acéfalo, sino que, por el contrario, cuenta con puntos vitales de referencia obligatoria, respecto de su cumplimiento y ejecución en la elaboración del orden normativo. Esos puntos vitales en la teoría pura los recoge en el concepto de norma fundamental, a partir de la cual se logra la unidad e integración del sistema normativo.

99. *Norma fundamental.* El derecho como ordenamiento jurídico es un sistema de normas jurídicas, no una simple unidad normativa. La unidad normativa en sí misma se configura por la presencia de una

pluralidad de normas, mientras que el sistema u ordenamiento se integra no solo por la pluralidad, sino también, y de manera principal, por la existencia de consideraciones de validez a partir de una norma considerada fundamento último de todas ellas. Para esos efectos, Kelsen elaboró su teoría pura e incorporó entre sus sustentos el concepto de norma fundamental o fuente común del ordenamiento, con la cual se integra o genera la unidad de la pluralidad de normas que lo conforman.

100. La determinación de si una norma pertenece a uno u otro ordenamiento depende del juicio de validez que se le haga respecto de una norma fundamental. Entonces, dentro de la teoría pura del derecho la norma fundamental se torna en el supremo principio de validez normativo, en cuanto todas aquellas normas afines con la fundamental se pueden predicar como válidas respecto de ella. Ahora bien, Kelsen diferencia entre la norma fundamental en los ordenamientos jurídicos y en los no jurídicos. En estos la norma fundamental tiene un carácter material y estático, la validez depende del contenido moral o de valores de la norma fundamental de referencia. En el ordenamiento jurídico "... una norma vale como norma jurídica apenas porque fue establecida de modo bien definido y determinado mediante una regla preestablecida y de acuerdo con un método específico..."¹²⁷.

101. Así las cosas, el derecho solo tiene validez en cuanto derecho positivo independiente de valores morales; de forma que en ese aspecto se establecen claras fronteras entre la norma fundamental en ordenamientos como el del derecho natural, en donde los referentes de la norma fundamental provienen de conceptos como la divinidad o la razón pura, y el de derecho positivo. En ese ordenamiento los actos solo pueden ser interpretados como derecho sobre los supuestos de la norma fundamental, y se juzga el contenido de las normas jurídicas. "La norma fundamental de un ordenamiento jurídico positivo no es, en compensación, nada más que una regla fundamental, conforme a la cual son producidas las normas del ordenamiento jurídico. Es el punto de partida para la producción jurídica de manera estable. Es el inicio de todo procedimiento, de aquí su carácter dinámico-formal..."¹²⁸. En el sentido jurídico, la norma fundamental no genera por sí sola las normas del sistema jurídico, se requiere la presencia indispensable de actos institucionales¹²⁹. No obstante, vale acotar que la norma fundamental que confiere poder jurídico creador no es formulada por autoridad alguna, ni dictada con arreglo a tal o cual procedimiento, sino que, ante todo, debe ser supuesta o presupuesta por cuanto ante su ausencia ningún acto podría ser considerado como creador de normas jurídicas.

102. Consecuentemente, los sustentos para la validez de las normas en la esfera del deber ser dependen de la teoría de la norma fundamental. Robert Walter define esta relación indicando que

En una consideración intrasistemática cada norma jurídica válida puede atribuirse a otra norma, que fundamenta su validez; la validez de la sentencia judicial, a la autorización del juez por medio de la ley, la validez de la ley, a la autorización del parlamento a través de la Constitución; la validez de la Constitución, a algo así como la autorización que se da a una asamblea (o consejo) constituyente para promulgar una Constitución...¹³⁰.

103. *Formación escalonada*. La formación escalonada del sistema jurídico corresponde al componente dinámico de la teoría pura del derecho, estructurada básicamente a partir de los trabajos de Adolf Merkl, discípulo de Kelsen, y recogidos como fundamentales para la elaboración del sistema normativo de carácter jerarquizado. La teoría de la conformación escalonada propiciada por Merkl, adquiere en sus obras forma y contenido a partir de la gradación normativa, en donde las gradas superiores en sus labores de construcción y producción del derecho determinan el contexto y alcance de las gradas inferiores, no solo para crear nuevo derecho, sino también para ejecutar el que le corresponde. Por otra parte, la gradación normativa puede ser evaluada en dos claras perspectivas: en cuanto a su creación y

en su relación derogatoria. En el primer caso se configura un sistema de gradación en la producción normativa determinante de su validez, en donde fácilmente se pueden identificar normas jurídicas de producción superior, generalmente en forma de Constitución, y normas jurídicas producidas o inferiores en forma de ley y reglamentos. En el segundo sentido, es superior la norma con capacidad de derogar una inferior; por ejemplo, la Constitución puede derogar la ley, pero la ley no puede tocar la Constitución.

104. El concepto de creación escalonada del derecho en la teoría pura del derecho de Kelsen guarda relación inmediata con el de norma fundamental. Para el fundador de la Escuela de Viena la norma fundamental desentraña en su dinámica un efecto importantísimo cual es que el derecho regula su propia creación, generando en consecuencia una especial dinámica para la validez normativa. La norma jurídica regula el procedimiento a través del cual otra norma jurídica es producida e, incluso, en muchos casos, el contenido de la norma jurídica que habrá de ser producida. En ese sentido la primera norma (superior) pasa a constituirse en presupuesto de validez de la segunda (inferior). Por lo tanto, en los trabajos de Kelsen el ordenamiento jurídico no es un sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado; es ante todo un ordenamiento escalonado de varias capas de normas jurídicas, cuya unidad se funda en la conexión del escalonamiento que revierte validez de una a otra hasta llegar a la norma fundamental, es decir, a la regla fundamental de validez más alta o superior que crea la unidad de esta conexión de producciones¹³¹.

105. *El Estado*. El Estado es una unidad específicamente normativa. Lo que hace a un Estado son criterios normativos de orden jurídico. Bajo esa perspectiva, para Kelsen los elementos característicos del Estado deben ser entendidos en estricto orden jurídico. Así, por ejemplo, el territorio estatal no es otra cosa que el ámbito de validez espacial del orden jurídico; el pueblo no puede ser entendido como una sumatoria de hombres, sino como el conjunto de destinatarios del orden jurídico, o, para ser más claros, el conjunto de vinculados obligacionalmente o sujetos autorizados por un orden jurídico¹³².

106. Para Kelsen Estado y derecho son un mismo asunto. “El Estado y el derecho son idénticos”. El Estado no es más que un orden normativo jurídico, es un real sistema de normas jurídicas; es, en esencia, un fenómeno del derecho. Siendo la norma por esencia coactiva y obligatoria, el Estado sería en consecuencia igualmente fuerza y coacción; determinador de conductas e impositor de las mismas. “El Estado es una autoridad dotada de fuerza para obligar”. En ese sentido es un valor; en otras palabras (más próximas a la teoría pura), “una norma o sistema de normas” que representa la unidad normativa jurídica. Como sistema normativo implica un solo orden jurídico positivo, punto de referencia para la validez dentro de la unidad normativa que contiene. No obstante la claridad descriptiva del Estado en la concepción kelseniana, el papel del Estado no se agota en la igualdad a la norma jurídica.

107. Según Kelsen, el Estado tiene otro papel importante en el diseño del sistema normativo: es persona jurídica actuante como cualquier otro “sujeto de derecho”. Desde esta concepción, el Estado desempeña un doble papel dentro de la teoría pura: es tanto objeto como sujeto del derecho. “Lo mismo se admite que el Estado es, por naturaleza, una persona, que se le imagina como cosa, es decir, lo mismo se le considera como sujeto que como objeto de una función”¹³³. En ese sentido el Estado no solo es titular del poder, de la fuerza, de la coacción, es decir, del orden jurídico normativo, sino también sujeto de deberes y derechos similares a los de cualquier persona. Sometido al derecho, el Estado, en esta perspectiva, adopta las dos posibilidades en la medida que no puede ser un poder extrajurídico, debe ser necesariamente derecho¹³⁴.

108. *La Constitución*. Dentro del concepto de norma fundamental predicado por la teoría pura del derecho, la Constitución materialmente considerada, sostiene Kelsen, se ubica en la camada jurídico-positiva más alta, con la función de regular los órganos y el procedimiento de la producción jurídica general, es decir, la legislación, e incluso determinar el contenido de las leyes, incluyendo o excluyendo algunos¹³⁵. Dentro de la concepción de la teoría general del derecho positivo de Kelsen la norma básica tiene dos importantes connotaciones con efectos jurídicos. Kelsen distingue entre Constitución en sentido “lógico jurídico” y en sentido “jurídico positivo”. En el primero, su rasgo característico es no pertenecer ni constituir la esfera de lo positivo, sino de lo jurídico. Constitución en sentido “lógico jurídico” es la que instituye el orden jurídico estatal, determinando su unidad y cabeza de todo el sistema jurídico. La Constitución en ese sentido se refiere a todo el ordenamiento jurídico. No está determinada por ninguna otra norma de carácter superior. Ella es la norma suprema o fundamental¹³⁶. Con esas características se aproxima a la doctrina del derecho natural; el mismo Kelsen lo señala al contestar las críticas de su contradictor, Stone, y al responder a sus afirmaciones de que su teoría sobre la norma básica es ambigua, Kelsen reafirma con mayor profundidad las diferencias entre Constitución “lógico jurídica” y “jurídico positiva”. Sostiene que en el sentido “lógico jurídico” la Constitución no es un fenómeno constituido sino constituyente del orden jurídico. Es una norma presupuesta en el pensamiento jurídico, no una norma puesta; de ahí que no sea positiva, sino metajurídica. Esa es la razón para que se ubique en la cúspide de la pirámide de normas de cada orden jurídico. El no pertenecer a lo positivo no le niega su naturaleza jurídica: como norma suprema, fundamenta la validez de todo el ordenamiento; de allí su innegable valor jurídico, que no le puede ser desconocido por su pertenencia al ámbito de lo extrapositivo¹³⁷.

109. En opinión de Kelsen, la concepción lógico jurídica de la Constitución responde a su correspondiente teoría en la concepción iusnaturalista del derecho estatal. Esto es, da respuesta al concepto de “contrato social”. En ambas se encuentra la fuente y fundamento de la teoría del Estado; la postulación de la concepción lógico jurídica de Constitución corresponde a una necesidad similar en la teoría iusnaturalista: partir de un supuesto unitario que fundamente la unidad del orden jurídico estatal y permita entender todo el sistema que se desarrolla en su interior. Por eso, mientras que los positivistas desarrollan como punto básico la idea de una “norma fundamental”, los iusnaturalistas estructuran la del “contrato social” (criterio este totalmente primitivo en opinión de Kelsen: no se puede imaginar cómo un contrato sea el supuesto normativo en el que se basa el carácter jurídico de las relaciones y vinculaciones del Estado)¹³⁸.

110. La Constitución en sentido jurídico positivo es la Constitución dinámica, es el grado inferior que se desprende de la Constitución en sentido lógico jurídico, es el ordenamiento constituido que establece normas, que crea derecho. Se trata de un momento posterior del mismo fenómeno. Mientras en un momento anterior se constituye un orden normativo que se ubica sobre la totalidad del sistema, en el instante posterior se le observa dinamizado, produciendo los efectos que su “deber ser” imputa. No se trata de dos constituciones diferentes, sino de dos perspectivas del mismo fenómeno: el uno que instituye y el otro que legisla. El uno metajurídico y el otro positivo¹³⁹.

111. *Legislación*. En cuanto normas generales producto del proceso legislativo las leyes constituyen el grado normativo más próximo a la Constitución. En la visión kelseniana de legislación, a través de ese tipo normativo se cumple el importante papel no solo de determinar los órganos y el proceso de formación, sino también, y de manera principal, el contenido de las normas individuales a ser dictadas por los tribunales y las autoridades administrativas. La legislación adquiere, según la concepción de la producción escalonada, el carácter de escalón o grado superior a las decisiones judiciales y

administrativas. Resulta interesante destacar que los trabajos de los estudiosos de la teoría pura del derecho establecen claras diferencias entre lo que es la legislación en sentido formal y en sentido material, esto para establecer límites entre la norma general dictada por los parlamentos o congresos electos popularmente a través de los procedimientos establecidos constitucionalmente (formal), y las normas generales, es decir, con fuerza similar a la de la ley (material) expedida por los órganos ejecutivos del poder público con el propósito de cumplir la ley. En el primer caso nos encontramos ante típicas y unívocas normas de carácter legal, en el segundo, ante disposiciones que materialmente comparten características de la ley por su generalidad, pero en estricto sentido se trata de disposiciones carentes de la forma de ley a las que la teoría resuelve denominar, acudiendo a las denominaciones tradicionales de la doctrina iuspublicista, reglamentos “... con fuerza de ley...”¹⁴⁰.

112. *Separación de poderes, administración, derecho administrativo, derecho público y derecho privado*. La teoría pura del derecho elabora su propia concepción de la separación de poderes a partir de la distribución de funciones en el proceso de producción de normatividad estatal. Desde esa concepción la división de poderes no es otra cosa que la identificación de grados de producción normativa jerarquizada dentro del Estado. Los llamados por la doctrina tradicional poderes o funciones distintas y separadas (yuxtapuestas) como sistema de pesos y contra-pesos, para Kelsen resultan instancias normativas creadas por el ordenamiento positivo con el fin de apoyar el proceso de creación jurídica del Estado (para la doctrina tradicional la separación de poderes es un postulado originalmente político). De esa forma, en la instancia siguiente a la Constitución encontramos la función legislativa, que desarrolla la norma fundamental a través de normas generales; y en un subsiguiente plano inferior la administración y la justicia que ejecutan las normas superiores (no obstante, Kelsen acepta la posibilidad de que ciertos procesos normativos generales no estén en poder del legislativo sino de la administración, como es el caso de la potestad reglamentaria).

113. La administración y la justicia individualizan el derecho, lo concretan a los casos especiales. A ese nivel encontramos los actos administrativos y las sentencias:

Toda norma de grado superior es una regla –formal o material– de creación de normas de carácter inferior. Si la creación de las normas de ambos grados está concentrada en unas solas manos, existe la posibilidad de que el órgano no se atenga estrictamente a la norma general por él mismo creada al resolver el caso concreto, y piense que puede modificarla en todo tiempo a su arbitrio. De este modo peligran la legalidad de la ejecución y, con relación a la seguridad jurídica, la previsibilidad de la misma.

Así, Kelsen distingue el nivel de producción normativo general (legislación) del individual (administración y jurisdicción)¹⁴¹.

114. En concreto, la función administrativa, como cualquiera otra de las funciones estatales, solo se puede entender para la teoría pura del derecho como contenido de normas de derecho, y su producción normativa (como instancia o grado jerarquizado del sistema) simplemente como actos jurídicos: actos generales e individuales. Si bien es cierto que para efectos de su conceptualización Kelsen rechaza el elemento finalístico, no niega que exista en el análisis jurídico. Es decir, para la conceptualización de la administración pública desde la perspectiva de la “pureza normativa jurídica” no se requieren los fines estatales (en este sentido la administración es simplemente un nivel positivo de creación normativa). Sin embargo, admitiendo la existencia de finalidades estatales, estas se colocan en un plano extranormativo, se valen del derecho para su consolidación, y en ese sentido la administración pública, como ejecutora, sería un medio para dichos fines. “El derecho es la forma o el medio específico de afirmar el poder o impulsar la cultura (fines)”.

115. De esa conceptualización normativa de administración como parte integrante del proceso productor normativo se desprende que el derecho aplicable sería uno solo: simplemente el derecho; porque uno solo es el concepto de lo jurídico para la teoría pura del derecho: la unidad no permitiría distinción de ramas del derecho en su interior. En ese sentido se pondría en duda la existencia de un derecho administrativo como disciplina independiente y autónoma, y de igual forma las distinciones entre derecho público y derecho privado. Por ello, elaboraciones como las de Duguit o de Hauriou resultan incompatibles con el pensamiento de Kelsen¹⁴². Esa situación se rompe posteriormente en los trabajos de algunos otros positivistas, fundamentalmente de Adolf Merkl, que decantan lo administrativo dentro de la teoría pura, pretendiendo darle cierta individualidad. De ahí la posibilidad de conceptualizar un derecho administrativo para la administración.

116. Las críticas a la teoría pura del derecho fluyen permanentemente. Sus detractores la encuentran carente de espíritu y apegada al formalismo dogmático de la norma, y desposeída y alejada del contexto social, político y económico en que el derecho se desenvuelve. Incluso se ha llegado a catalogarla como ecléctica, justificadora de sistemas antagónicos como la democracia y el absolutismo. Bobbio llega incluso a considerarla como una teoría que, por mediación de sus intérpretes dogmáticos, sirvió tanto para justificar el Estado liberal italiano como el dictatorial de Benito Mussolini¹⁴³.

117. Sin embargo, Bobbio no adopta una posición de crítica estricta respecto de esa modalidad de positivismo jurídico, y por el contrario encuentra en ella aspectos fundamentales para la concepción del Estado y del derecho que deben ser respetados (así como también los encuentra en el iusnaturalismo), tales como el principio de legalidad, el orden y la certeza jurídicos. Lo importante, indica, es que esos valores deben ser considerados como relativos si se pretende no caer en la dogmática.

118. Por otra parte, el positivismo de Kelsen en la forma expuesta por él (no en las deformaciones que a partir de él se han hecho de la teoría pura del derecho) es completamente compatible con la concepción democrática de Estado; en su sentido inicial, ha estado unida a dicha forma de pensamiento político. El problema grave de la teoría pura es su propensión natural a la desfiguración, en razón al facilismo interpretativo de sus deformadores, que la convierten en una técnica del “codicismo o legalismo” y del fetichismo desmesurado, en un extraño amor a la forma normativa (de allí que haya servido para justificar sistemas no democráticos y dictatoriales: la Alemania nazi, la Italia fascista, el absolutismo soviético o la legalidad del proletariado, el Chile de Pinochet, el Brasil de los generales, etc.).

119. No obstante las profundas críticas que se le formulan a los trabajos teóricos de Kelsen, en especial en relación con su *Teoría pura del derecho*, el profesor Villar Borda sale en su defensa, argumentando que sus detractores lo fueron más por prejuicios políticos y racistas que por inconsistencias materiales de los planteamientos. Su doctrina significó un aporte trascendental para la democracia en momentos en que los nacionalismos y los autoritarismos dominaban la mayor parte de Europa: “Al carácter democrático de las concepciones kelsenianas se sumaba la condición de judío de su autor [...] Al margen de la discutible ‘pureza’ del derecho, es irrefutable que el relativismo, la tolerancia, el social-democratismo preconizados por Kelsen no tenían cabida en ese universo de arbitrariedad, intransigencia y fanatismo”. El control jurisdiccional de la Constitución o el respeto al derecho y a la normatividad legal resultaban exóticos frente a un contexto político e ideológico en donde la palabra del dictador predominaba sobre las leyes¹⁴⁴.

120. Defiende Villar Borda los trabajos de Kelsen, en especial su profundo positivismo jurídico, de las acusaciones efectuadas en la post-guerra por sus detractores, en el sentido de haber constituido sus trabajos la base doctrinal de la justicia nacionalsocialista. Para Villar Borda la realidad histórica

permite visualizar mayores grados de responsabilidad en las concepciones iusnaturalistas e, incluso, en la llamada escuela histórica del derecho, en cuanto que con sus postulados realmente justificaron las profundas violaciones a los derechos fundamentales y a la humanidad por el nazismo. Los iusnaturalistas, con sus prédicas de un supuesto derecho natural de la nación alemana, y los históricos del derecho, con las banderas del espíritu del pueblo, o de la raza alemana, para ser más exactos, constituyeron factores determinantes del derecho nacionalsocialista y justificaron decisiones atroces e inimaginables¹⁴⁵.

121. En esta línea, trabajos de positivistas reconocidos como Gustav Radbruch proponen el aminoramiento de la rigidez positivista permitiendo márgenes de análisis e interpretación que eviten los desbordes normativos. En su ensayo sobre el derecho supralegal y la arbitrariedad legal este autor propone una regla general de interpretación sujeta a la lógica normativa, y una regla de excepción incurso en el mundo del iusnaturalismo, que evitarían la aplicación normativa cuando esta fuere injusta, es decir, contraria a principios no positivos, como la moral, la ética, etc. Se trata de la calificación de injusticia para una norma, o lo que es más, de la teorización de un orden jurídico injusto, ante el cual el intérprete y el juzgador deben reaccionar. La legalidad se respeta y aplica conforme a la teoría pura del derecho, mientras que, de acuerdo con elementos extrajurídicos como los de justicia o moralidad, no sea considerada injusta o negatoria de esos valores. Tesis intermedia que dio sustento a muchos pronunciamientos posteriores a la Segunda Guerra Mundial¹⁴⁶.

2. CRITERIO DE LA EXCLUSIÓN O DE LA DETERMINACIÓN CONCEPTUAL FORMALISTA Y NEGATIVA

122. Adolf Merkl, el teórico administrativista más importante de la escuela de la teoría pura del derecho, aborda la concepción kelseniana desde la perspectiva de los niveles de producción normativa y decanta toda una teoría general del derecho administrativo a partir de la identificación de su objeto por vía de la exclusión. Esto es, concluye la existencia de una función administrativa dentro del proceso de producción normativa que deviene de la exclusión de las otras funciones estatales. Para llegar a ese postulado Merkl parte de conceptos generales de administración para encontrar conceptualizaciones individuales que le permiten identificar lo administrativo. En ese sentido, y dentro de una concepción amplia, entiende por administración “toda actividad humana planificada para alcanzar determinados fines humanos”. De esa forma, la administración es un fenómeno genérico y aplicable a cualquier tipo de actividad. Sin embargo, al referirse a la actividad estatal, este simple hecho le otorga de inmediato carácter jurídico normativo a la administración. Así, en un sentido restringido, el Estado administrador sería “Toda la actividad estatal del Estado para alcanzar sus fines”.

123. Hasta aquí, en la aplicación del concepto genérico de administración de lo estatal, sostiene Merkl, no es mucho el avance respecto de la teoría del derecho administrativo, porque se está caracterizando la generalidad de funciones, en un sentido que la liga más a la teoría del Estado o del derecho. Tratándose del derecho administrativo Merkl propone un método de aproximación a lo que de manera especial es la administración, método que se compromete con un proceso de separación o aislamiento, dentro del campo total de la actividad estatal, de aquello que es concretamente lo administrativo. El objeto del derecho administrativo no es el carácter administrativo del Estado en general, sino el específico o fisio-administrativo que se produce en su interior, en contraposición a lo legislativo y judicial.

124. Corresponde, por lo tanto, al intérprete todo un complejo trabajo de reducción de funciones públicas, lo que se obtiene apartando inicialmente la actividad legislativa del total de las funciones estatales. En ese sentido, al igual que lo expone Kelsen, Merkl llega a la conclusión de que lo administrativo sería, por exclusión de lo legislativo, un nivel de ejecución en donde coincide con la actividad judicial. Sin embargo, esta primera reducción no es suficiente para la consolidación de un verdadero objeto del derecho administrativo. Se requiere un concepto más estrecho, más puro y dominante, que solo se identifica excluyendo ampliamente a la administración de cualquiera otra función; es decir, llegando a un punto tal en el que encontremos que la administración es “Todo aquello de lo que se ocupa el Estado fuera de lo legislativo y de la justicia”. Con mayor exactitud, “el concepto de administración sería el resultado de una sustracción, en la que el minuendo lo constituye la suma de las actividades del Estado y el sustraendo la suma de legislación y justicia”¹⁴⁷.

125. Justifica Merkl este procedimiento a la luz de la imposibilidad de acudir a otro método como el material o el subjetivo.

La actividad del Estado que cobijamos bajo el nombre de administración es tan abigarrada, tan diversa por su forma y contenido; más todavía, se halla en una contradicción tan patente en el sentido usual de la palabra administración –piénsese en la guerra como acción administrativa– que lo único común y aceptable no puede ser algo positivo, sino negativo, a saber: el hecho de no ser legislación y de no ser justicia [de donde] la administración es aquella actividad del Estado que no es legislación ni justicia¹⁴⁸.

Esta es la razón para que se utilice el criterio denominado por Merkl de la determinación conceptual formalista y negativa, como único cierto para identificar la administración.

126. Ahora bien, según la visión teórica de Merkl el concepto negativo de administración se nutre de positivismo: de ahí su calificación de formalista, que el mismo autor le otorga a dicha determinación; esto en la coherencia que guarda con la teoría pura del derecho. Sin embargo, la teoría de la exclusión también fue defendida por teóricos finalistas, que no solo caracterizaban la administración por la vía de la negación de la legislación y la justicia, sino por su carácter activo en procura del cumplimiento de las finalidades estatales.

Frente a esas posturas teleológicas que incluyen valores al concepto de administración, Merkl reacciona argumentando la imposibilidad práctica de determinar un contenido preciso de la función administrativa como para indicar las finalidades que le puedan corresponder a la administración; o, lo que es lo mismo, identificar el interés público que debe materializar. Definiciones como las de Fleiner y Mayer son rechazadas por estas razones. Mayer, exponente de esa corriente “negativa teleológica”, entendía precisamente que la administración resultaba del proceso de excluir lo legislativo y judicial de las funciones estatales, pero agregaba que el resultado, o sea la administración, se caracterizaba a sí misma por realizar los fines estatales. “La actividad que no sea ni justicia ni legislación es administración”, que como auxiliar de la Constitución cumple las finalidades estatales¹⁴⁹.

F. CRITERIO NEO-ECONOMICISTA O DE LA EXPLICACIÓN ECONÓMICA DE LO PÚBLICO

127. El criterio neo-economicista, o de la explicación económica del Estado, corresponde a los desarrollos de las concepciones económicas de carácter individualista y liberal que han construido toda una teoría que pretende retomar las base conceptuales de la sociedad y del Estado, y por lo tanto del derecho, con incidencia directa en la configuración de los conceptos de administración pública, función administrativa y del derecho administrativo mismo, en la medida en que su fundamentación y

razonamiento se ubica en contenidos tradicionalmente considerados distantes de lo público como son los de la libre competencia y el mercado¹⁵⁰.

128. Se trata de una concepción del mundo, la economía y el derecho que llama a la destitución de las actividades públicas, mediante figuras privatizadoras o simplemente liberalizadoras, reduciendo el espacio de actuación prestacional del Estado, es decir, disminuyendo materialmente su campo de acción directa o indirecta en la prestación y reconduciéndolo a otras esferas de actuación administrativa. Sin lugar a dudas, se trata de un resurgir de las teorías individualistas clásicas, otrora fundamentadas en los trabajos de Adam Smith y ahora retomadas por los modernos seguidores de sus postulados básicos, que proclaman la libertad como la base de la coexistencia y el desarrollo político y económico, en lo que se ha dado en llamar la concepción neoliberal¹⁵¹ del Estado y la economía¹⁵².

129. El Estado social, sostienen sus ideólogos, llevó al crecimiento desmesurado de su aparato administrativo, con ostensible invasión en la economía y en la libertad individual, adquiriendo títulos en actividades que por su naturaleza concurría la economía y por lo tanto sus reglas de competencia, generando en su entorno una odiosa e improductiva dependencia ciudadana, por lo tanto, convirtiéndose en fenómeno de dominación y manipulación. El hombre ahora no solo vive en un Estado, sino que también vive y subsiste de sus bondades y ventajas paternalistas, en detrimento de su autonomía personal y de sus capacidades productivas¹⁵³.

130. Desde la perspectiva de los servicios públicos, el modelo social de derecho propició las condiciones para su consolidación como un sistema burocrático, monopolístico y corrupto a partir de una arbitraria titularidad pública de actividades que impiden la competencia, la oferta plural, la gestión privada, la eficiencia y la libertad de elección por los usuarios y consolida la oscura cultura de la dependencia hacia el Estado y no soluciona los niveles de pobreza y abandono de los sectores de la población menos favorecida¹⁵⁴, razón por la cual el modelo debe ser revisado y remplazado por otro en donde la iniciativa privada y la competencia¹⁵⁵⁻¹⁵⁶ cumplan sus funciones y deberes frente a la sociedad¹⁵⁷⁻¹⁵⁸, reconduciendo la actividad pública y sus monopolios de titularidades a condiciones mínimas.

131. Se sustenta esta nueva concepción en los trabajos del liberalismo económico, que a partir de la negación del colectivismo¹⁵⁹, pretenden fortalecer la moderna concepción capitalista en la libertad y seguridad económica¹⁶⁰, y la prosperidad, en contraposición a la esclavitud y miseria de los sistemas intervencionistas¹⁶¹⁻¹⁶², y en la responsabilidad social de la iniciativa privada en relación con la comunidad, no desbordada¹⁶³, como ha sido desarrollada en Inglaterra, Europa Occidental y Estados Unidos principalmente, y que han propugnado el abandono radical de cualquier posibilidad de que la administración pública continúe cumpliendo con sus responsabilidades vitales frente a la comunidad y al interés general prestando servicios públicos, acumulando titularidades en actividades que por su naturaleza, son fenómenos más del mercado y de la libre competencia, lo que lleva en consecuencia a que todo sujeto que se encuentre en capacidad y condiciones para prestarlos u operarlos pueda incursionar por el tráfico jurídico, compitiendo y ofreciendo sus bienes o servicios en esa materia¹⁶⁴⁻¹⁶⁵, debiendo en consecuencia plantearse una reforma sustancial del Estado y del papel de la administración pública, con el ánimo de romper la columna vertebral de ese caduco sistema, liberando las actividades de contenido económico de manos del Estado y dejándolas a la libertad y las fuerzas impulsoras del mercado¹⁶⁶.

132. Esta postura doctrinal, fundada en criterios materiales de libertad individual¹⁶⁷, en especial de la empresa, y de competencia como elementos esenciales del mercado, plantea la necesidad de reevaluar, en cuanto obsoletas e ineficaces, las bases sustentadoras de la prestación de los servicios públicos como función estatal y de los mecanismos jurídicos para su gestión, esto es, de la concesión administrativa como negocio e incluso la de la habilitación para el uso de bienes públicos. El fondo material de la concepción neoliberal expuesta, implica, palabras más, palabras menos, una ruptura profunda a la idea de la concesión administrativa, en la medida en que le sustrae la base material sobre la cual se ha edificado históricamente, como es la de la titularidad pública de actividades, bienes, obras o servicios.

133. Como alternativa, defiende la libertad contractual¹⁶⁸, el papel principal de la empresa privada en la prestación de los servicios que requiera la comunidad, bajo criterios económicos de competencia y libre acceso¹⁶⁹, sujetos a la regla de la libertad propia del mercado, por lo tanto, sustraídos de un estricto derecho público y del concepto mismo de servicio público, partiendo de la base de la destitularización de los bienes y servicios públicos y, por lo tanto, de la ampliación del espectro de bienes, servicios y obras disponibles en el mercado para su prestación o ejecución por los particulares sin necesidad de título habilitante o con la presencia de estos estrictamente de manera excepcional¹⁷⁰⁻¹⁷¹.

134. La concepción tradicional de los servicios públicos, sostienen los propugnadores de esta nueva concepción, se fundamentaba en un absurdo monopolio de titularidad y prestación por el Estado¹⁷², lo que llevó a un crecimiento desmedido del sector público en detrimento de los recursos públicos, de la eficacia, eficiencia y continuidad de los servicios e, incluso, de espaldas a los adelantos tecnológicos, la competitividad, la globalización y mundialización de la economía. El Estado fue incapaz históricamente de cumplir con esas responsabilidades, desfigurando sus compromisos básicos para con la comunidad y generando circuitos económicos cerrados e inmóviles¹⁷³.

135. Frente a esa problemática política, jurídica, institucional y económica, se propone un “Estado mínimo”, con una función administrativa reducida a lo fundamental, y con un papel protagónico de la iniciativa privada sobre la pública en aspectos tan trascendentales para la vida comunitaria como la prestación de los servicios públicos¹⁷⁴.

136. Para los mentores del modelo, la iniciativa privada tiene las fortalezas necesarias a través del mercado y la competencia para brindarle alternativas al interés general. “[...] La competencia y el mercado serían el lugar donde la sociedad autoabastecería sus necesidades de cualquier orden [...]”. Bajo esos presupuestos se hace indispensable abrirle senderos jurídicos ciertos a las realidades y bondades de la competencia económica, que garanticen un servicio básico universal dentro de una economía globalizada y abierta, lo cual implica aceptar un nuevo modelo de Estado de derecho e incluso de concepción de la soberanía¹⁷⁵, que brinde las garantías indispensables para el libre mercado de los servicios públicos¹⁷⁶.

137. El gran compromiso de las autoridades nacionales es ofrecer las condiciones internas con el fin de que los actores de ese nuevo modelo puedan desarrollar sus actividades en un entorno de competitividad y libertad, esto es, crear las condiciones indispensables para que la economía fluya naturalmente de manera tal que en tratándose de los servicios públicos su prestación no se haga imposible a las empresas y particulares que estén dispuestos a ofrecerlos.

138. Para esos propósitos, es decir, con el fin de facilitar el acceso de los particulares al mercado de los servicios públicos, en muchos casos inexistentes por el monopolio Estatal en su prestación, se diseñaron en los diferentes ordenamientos nacionales regulaciones sustentadas sobre las ideas de

privatización¹⁷⁷, liberalización¹⁷⁸ y cultura de la igualdad como presupuestos de la participación en el mercado, esto es, de la consolidación de la libre empresa y la libertad de competencia como elementos ideológicos articuladores indispensables¹⁷⁹, en contraposición a las nacionalizaciones, la intervención administrativa del Estado tradicional, prestatario y administrador de servicios públicos y en consecuencia de las figuras concesionales bilaterales o unilaterales como mecanismos idóneos para la ejecución de actividades de titularidad pública¹⁸⁰.

139. Así mismo, dentro de la lógica de la libertad individual y de la responsabilidad social de la iniciativa privada, el sistema diseñó los mecanismos y principios suficientes para estructurar la base conceptual sustentadora a partir de la postulación de principios, reglas y presupuestos normativos que caracterizan en concreto todo ese pensamiento ideológico del neocapitalismo o del renaciente liberalismo. Conceptos y principios con repercusiones profundas en la órbita de lo público administrativo e incluso en el funcionamiento material del Estado y en las mismas actitudes cotidianas de los sujetos privados. Así como el intervencionismo estatal y el Estado benefactor transformaron las sociedades en que floreció, el neoliberalismo y la globalización económica significan para la hora actual de la humanidad una revolución cuyos rumbos son aún imprevisibles para el interés general y la vida comunitaria, a pesar de las profundas críticas que en torno a sus caracteres mezquinos, utilitarios, individualistas y falaces le han hecho algunos sectores de la sociedad y la doctrina¹⁸¹.

140. Indudablemente el punto de partida para esta nueva consolidación del individualismo está dado por el concepto de libertad, el cual es desarrollado ampliamente en los diferentes trabajos sustentadores de la concepción, en contraposición a los de coacción e intromisión del poder público, en aras de consolidar la iniciativa privada y los derechos individuales de los seres humanos, lo cual incide de manera directa en las relaciones económicas y el ejercicio mismo de los poderes públicos.

141. Respecto de los anteriores presupuestos el modelo estructura unas bases conceptuales y de principios dirigidas a decantar el ámbito de la competencia económica de los servicios públicos y la esfera de acción del Estado que, no obstante las profundas críticas que en torno a su papel en el sistema tradicional o clásico se le formulan, se admite en el nuevo modelo cumpliendo otro tipo de funciones relacionadas con ellos, principalmente en los temas regulatorio, de inspección y de control¹⁸². Esto es, la dinámica del denominado “nuevo servicio público” no se despoja totalmente de la presencia estatal, más bien modula el papel de los agentes públicos en su tráfico jurídico¹⁸³. En la práctica se produce una especie de transformación de las funciones administrativas frente a esa actividad primordial para la vida comunitaria, quedando ahora el Estado desposeído de titularidades, sujeto a otra realidad muy diferente, en donde la libertad y la iniciativa privada ocupan el papel que otrora protagonizó de sujeto actuante y prestacional. En consecuencia, en la realidad de las cosas, el nuevo esquema traslada a un segundo y excepcional lugar la figura de la concesión pública¹⁸⁴.

142. Con fundamento en las inspiraciones y elaboraciones, entre otros de Hayek¹⁸⁵⁻¹⁸⁶, y al concretar las características generales de ese novedoso sistema prestacional de servicios, la doctrina neo individualista diseña un marco de principios aplicables, por regla general, a todos aquellos ordenamientos donde ha sido adoptado, a partir de la identificación de actividades estrictamente competitivas y no competitivas.

143. Para esos efectos, y como punto indudable de partida para decantar y llevar a postulados básicos los caracteres esenciales de los servicios como fenómeno del mercado, los neo individualistas proponen el de la necesaria desagregación o desintegración vertical de cada uno de los sectores, con el propósito de identificar de manera separada las actividades que fueron englobadas dentro del sistema

clásico administrativo, pero que ahora se necesita estudiar y analizar por separado con el propósito de determinar su incidencia en el mercado.

144. Lo más importante para el nuevo modelo es agrupar las actividades con incidencia en el mercado para sujetarse a un régimen de libertad; por lo tanto, desde la perspectiva económica de mercado, y de la jurídica de desregulación, acudiendo para el efecto a un estricto derecho privado, y las otras, es decir, las no competitivas, hacerlas depender de un régimen de regulación, en parte de clara naturaleza administrativa.

145. Frente a las actividades desagregadas como de naturaleza competitiva se proponen, a partir de un claro desarrollo de las doctrinas económicas sustentadoras de esa construcción¹⁸⁷, cuatro postulados básicos fundados en estricto sentido en el concepto de libertad como fuente de juridicidad: libertad de entrada (iniciativa privada y de empresa); libertad de acceso al mercado (redes e infraestructura); libertad de contratación y formación competitiva de precios, y libertad de inversión¹⁸⁸. No obstante, en el intento de caracterizar el sistema a partir de las libertades fundamentales en que se sustenta, se destaca en la doctrina cómo la desagregación también identifica un régimen de excepción para actividades no competitivas, básicamente en dos aspectos: la instalación y gestión de infraestructuras y el denominado servicio universal.

G. CRITERIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA

146. El criterio del derecho administrativo como sistema o del derecho administrativo general como idea ordenadora con fuerza suficiente para articular un sistema, también entendida como la explicación sustancial del derecho administrativo general como disciplina sistemática¹⁸⁹, surge de los trabajos del profesor alemán Eberhard Schmidt-Assmann, en concreto de su obra *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* que en su edición en lengua castellana fue traducida con el título de *Teoría general del derecho administrativo como sistema, objeto y fundamentos de la construcción sistemática*¹⁹⁰.

147. La gran preocupación del profesor Schmidt-Assmann se centra en la identificación de un método de construcción adecuado que haga de la parte general del derecho administrativo una idea ordenadora que le permita a la disciplina tres importantes acciones sustanciales: su entendimiento en un contexto progresivamente amplio, la garantía de su evolución dogmática, y la de generar la capacidad de adaptación de cada una de los elementos del sistema de manera interdisciplinaria, esto es, articulados, lo cual significa, para el autor, ir más allá de un simple concepto de relación de elementos o piezas de la disciplina individualmente consideradas. Con esta tercera acción lo que se pretende, en esencia, es que todas las categorías y formas jurídicas (la ley, el acto administrativo, el plan, el contrato, etc.), los procedimientos, los órganos administrativos, la responsabilidad, etc., se integren con la parte general del derecho administrativo.

148. Para el impulso de la anterior pluralidad de acciones Schmidt-Assmann propone un método mixto deductivo-inductivo¹⁹¹, consistente en la construcción de una teoría general del derecho administrativo de connotaciones sistemáticas, retomando las peculiaridades de cada uno de los componentes de los sectores del derecho administrativo especial y reconduciendo las partes del mismo y las soluciones singulares que dentro de ellos se hubieren dado, "... hacia principios generales del derecho, entendidos ambos como procesos de interacción recíproca..."¹⁹². Por lo tanto, "... solo si se construye sistemáticamente el derecho administrativo se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento..."¹⁹³.

149. La visión sistemática del derecho administrativo cumple a su vez una función propedéutica en la medida en que proporciona los elementos necesarios y suficientes que fortalecen a la administración y la preparan para enfrentar de manera adecuada los nuevos retos que ya se vislumbran en la sociedad, sobre ella misma –administración pública– y por lo tanto en torno a la disciplina –derecho administrativo–. La sistemática en esa dirección es ante todo fortaleza frente a claros desafíos como los derivados del progreso técnico y científico; la privatización y su incidencia en las relaciones entre el Estado y la sociedad; las crisis presupuestal, y las que considera se generarán a propósito de la problemática y vicisitudes propias de los fenómenos de la integración¹⁹⁴.

150. Pero, adicionalmente, el entendimiento sistemático de la disciplina implica también una función dialéctica, en la medida en que el método no tiende a perpetuar un estado de cosas en el derecho administrativo sino que, por el contrario, lo dota de pleno movimiento y reconoce su transformación y adaptabilidad frente a las cambiantes circunstancias que rodean al Estado, a la sociedad, y que inevitablemente comprometen a la administración pública. Esa es la razón por la cual la sistemática propuesta no configura en manera alguna un estadio de derecho tradicional, sino, más bien, un contexto de “... reflexión constante y de la construcción sistemática ...”¹⁹⁵.

151. Bajo esos designios conceptuales, y sobre todo entendiéndola como un fenómeno dialéctico, la teoría sistemática está comprometida con varios propósitos misionales: el apoyo y auxilio de la práctica judicial y administrativa; el de los instrumentos de la política legislativa que dan vía a los cambios y adaptaciones que requiera el régimen normativo, “... permitiendo así un razonable progreso del derecho...”; el soporte doctrinal a los conflictos jurídico administrativos, y la recepción del derecho proveniente de los procesos de integración¹⁹⁶.

152. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho positivo la teoría adquiere consistencia y se soporta en el entendimiento de la existencia de una parte general y una especial del derecho administrativo. La primera contentiva en la realidad de las cosas de una teoría general y la segunda de los segmentos o sectores de características propias, ambas irremediamente llamadas a la “recíproca interacción e interrelación” que genera, a no dudarlo, dentro de la disciplina un “complejo entramado interno” en donde indudablemente la teoría general cumple un papel trascendental en la medida en que “racionaliza y sujeta” los intereses especiales inmanentes en cada sector, haciendo de esa manera coherentes entre sí y legítimas cada una de las partes especiales del derecho administrativo¹⁹⁷, facilitando de esa manera la comprensión unitaria del derecho administrativo.

153. En ese sentido, partiendo de la articulación propuesta, la visión sistemática del derecho administrativo permite que la parte especial de la disciplina se incorpore a la satisfacción de los intereses generales bajo unos principios y parámetros generales que en realidad no son más que guías y contrapesos que impiden la visión fragmentada, aislada y parcial de la parte especial, pero, sobre todo, que unifican y le generan senderos claros y uniformes a la acción de la administración pública¹⁹⁸, a la vez que facilitan un importante mecanismo de retroalimentación en el seno de la ciencia del derecho administrativo, a través de la adecuada selección de “ámbitos de referencia” o de sectores del derecho administrativo especial que proporcionan elementos sustanciales a la teoría general, que lo enriquecen haciéndolo en consecuencia dinámico, y con capacidad de adaptación a la constante evolución del derecho¹⁹⁹, configurando de esa manera la disciplina como un todo material, con sustancia, funciones y finalidades propias.

154. El método propuesto por Schmidt-Assmann va mucho más allá de un simple contexto normativo que involucra en la construcción del sistema del derecho administrativo la “práctica cotidiana”, esto es, la realidad administrativa que hace al método mayormente integral y no

exclusivamente deductivo o inductivo. La práctica administrativa, aquella de todos los días en la administración pública, constituye un elemento de invaluable valor en la medida en que “... conforma e impregna...” el derecho al que se encuentra vinculada la administración pública²⁰⁰.

155. Ese aspecto de la teoría resulta de importancia vital en la medida en que se reivindica el papel motor de la administración pública en la cimentación de su sistema jurídico, reconociéndole a la “práctica cotidiana” la virtud de alimentar sustancialmente el derecho administrativo en aspectos complejos y de la esencia misma de la administración pública que la proyectan de manera integral sobre el espectro de la sociedad: “... contextos, programas, estructuras organizativas, más amplias en las que hoy se desenvuelve la acción y cooperación administrativa...”. Rincones a los cuales resulta difícil acercarse por otras vías, incluso por la jurisprudencial, la cual se torna en esto casos en absolutamente insuficiente, dado su papel definidor de hipótesis litigiosas, específicas y concretas, por lo tanto, carente de la magnitud y visión integral que implica la construcción sistemática propuesta²⁰¹.

156. En líneas generales, Schmidt-Assmann retoma las bases del pensamiento sistemático desarrolladas por la teoría del derecho, en especial por los trabajos de Karl Larenz en dirección a la solución de los problemas de integración ordenada y coordinada de la disciplina, entendiéndola en conjunto, y permitiendo de esa forma explicar integralmente su contenido sustancial. Recordemos cómo para Larenz las normas no están desconectadas unas de otras, todo lo contrario, se encuentran en situación permanente de conexión de diversos modos, luego para su aplicación, y sobre todo para su interpretación, están sujetas a toda una cadena de significado, incluso a ideas jurídicas directivas, principios, pautas generales, circunstancias todas que las coloca bajo un contexto²⁰².

H. CRITERIO DE LA ESCUELA DE PENSAMIENTO NEO-CONSTITUCIONALISTA

157. Renovadas interpretaciones que preponderantemente datan de la segunda mitad del siglo XX, apalancadas en los desarrollos constitucionales de la posguerra, en tesis jurisprudenciales y en un vasto cuerpo doctrinario no exento de posiciones encontradas o ambiguas, proponen una evolución progresiva de las banderas más preciadas del constitucionalismo liberal en orden a reubicar a la Constitución, como discurso jurídico vinculante, en el centro de la vida jurídica, política y social del Estado. Cabe adscribir entre otros referentes de este pensamiento a autores como Ronald Dworkin²⁰³, Robert Alexy²⁰⁴, Carlos Santiago Nino²⁰⁵, Gustavo Zagrebelsky²⁰⁶, Luigi Ferrajoli²⁰⁷, Manuel Atienza²⁰⁸, Luis Prieto Sanchís²⁰⁹, Carlos Bernal Pulido²¹⁰, entre otros, los cuales, a su modo, defienden de diversas maneras algunos de los planteamientos que se califican como afines al neoconstitucionalismo.

158. Bien puede decirse, siguiendo las líneas maestras de ese planteamiento, que una correcta lectura de los principios constitucionales que rigen los sistemas jurídicos contemporáneos, así como la práctica jurídica, lleva a considerar como necesaria la asunción del neoconstitucionalismo²¹¹, como aquella doctrina que es propia a los ordenamientos jurídicos que se distinguen por contar i) con una Constitución erigida como *lex superior* del sistema jurídico, lo que supone que está garantizada²¹² por vía de procedimientos especiales y agravados de reforma constitucional, y por la institucionalización de una jurisdicción constitucional²¹³ a la que se le ha encomendado la misión de velar por la sujeción del legislador y todos los poderes públicos a los preceptos jurídicos de la Constitución (en el marco de los controles abstractos y concretos de constitucionalidad); además de esa superioridad formal, ii) hacen parte de la *lex superior* un catálogo sustantivo²¹⁴ de derechos fundamentales, aquellos que se consideran como de alta valía política y jurídica en la sociedad de modo tal que no pueden quedar en

manos de una mayoría política ordinaria²¹⁵ en tanto derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos²¹⁶, y que se reconocen como materialización de las exigencias morales que debe satisfacer todo ordenamiento jurídico, conforme a la pretensión de corrección²¹⁷.

159. Los anteriores elementos, que deben su fundamento al constitucionalismo liberal²¹⁸, vienen a enriquecerse con la postulación de una teoría que iii) concibe a la Constitución como un cuerpo normativo axiológico valioso donde los principios recogidos, explícita o implícitamente, en la Constitución tienen carácter normativo, vinculante (que no meramente programático) y justiciable imponiendo prevalentemente su contenido por sobre los preceptos legislativos ordinarios y las disposiciones reglamentarias, en el evento de existir pugna entre unas y otras fuentes.

160. Se trata, entonces, también de una especificidad que se impone a la interpretación constitucional, comoquiera que, además de las reglas jurídicas (entendidas como enunciados que consagran un supuesto de hecho y una sanción jurídica específica, que opera bajo la lógica de un “todo o nada”), se encuentran los principios jurídicos²¹⁹, los cuales participan de la categoría de normas jurídicas, pero, a diferencia de las reglas, tienen un peso o importancia mayor en el ordenamiento jurídico o, visto desde otra perspectiva, se les considera como mandato de optimización, que implica que lo prescrito en ellos debe ser observado en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles²²⁰.

161. En todo caso, se trata de un cierto tipo de normas que no llevan aparejada dentro de su estructura normativa un claro supuesto de hecho, así como tampoco la indicación de una consecuencia jurídica precisa, por lo tanto, se trata de normas jurídicas con un espectro de aplicación fáctico y jurídico ciertamente más amplio que las reglas, siendo esto una cuestión de grado.

162. Bien sea entendido como norma de mayor peso o importancia o como un mandato de optimización, es claro que el rol que desempeña un principio consiste en servir de criterio de interpretación adecuada de las reglas que lo desarrollan²²¹, lo que implica que el Juez debe tomar partido, en el ejercicio interpretativo, por la norma jurídica²²² que en mayor medida desarrolle el principio que le sirve de base y, en dado caso, imponer su prescripción sobre las demás, de manera que se atienda de manera preferente al mandato de acción u omisión que se derive del principio frente a la regla; de esa manera se garantiza la vigencia del principio a través del resto de las normas producidas en el sistema jurídico.

163. Fruto de esa consideración es que iv) se impone, también, dar cuenta de la existencia de un mecanismo propio y particular para la aplicación de los principios, pues, contrario a lo que ocurre en el marco de las reglas, que tienen aplicación por vía de un razonamiento de subsunción, tiene lugar un razonamiento jurídico de ponderación, esto es, una operación básica en cuya virtud se pretende resolver las incompatibilidades que *prima facie* pueden surgir a raíz de la colisión de dos principios que, *ab initio*, estarían llamados a gobernar la solución de un mismo asunto²²³; fórmula que está determinada por el postulado de la ‘ley de la ponderación’ que establece: “Cuánto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”²²⁴, y que cuenta con tres pasos específicos: la definición del grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, la importancia de la satisfacción del derecho contrapuesto y la determinación de si la importancia de la satisfacción de uno de los principios justifica la afectación o no satisfacción del otro²²⁵.

164. Por consiguiente, estas apreciaciones hacen énfasis en la transformación de la interpretación jurídica, toda vez que en el marco del neoconstitucionalismo el operador los percibe como procesos

continuos e inacabados que tienen lugar en el marco de una cadena interpretativa que parte del momento mismo de la promulgación de un determinado cuerpo normativo y se extiende durante todo el tiempo en que los partícipes de la práctica jurídica han hecho uso de diversos recursos argumentativos para cumplir con su deber de extraer de dichas normas la mejor lectura posible, conforme a los principios constitucionales que fundamentan un sistema jurídico²²⁶, en tanto labor constructiva y no de simple aprehensión y adscripción de significados previamente dados.

165. Muestra excelsa de esas transformaciones y discusiones en torno al concepto de derecho que pretende perfilar la teoría del neoconstitucionalismo puede verse reflejada en el conocido debate angloamericano entre los profesores Herbert Hart y Ronald Dworkin, el primero, que defendía una postura descriptiva, propia del positivismo analítico apático a admitir referentes de la moral como integrantes de la regla de reconocimiento de un ordenamiento, sostenía, entre otras ideas, que el derecho estaba compuesto por reglas (con un modelo de aplicación “todo-o-nada”) derivándose de allí la existencia de zonas de penumbra en la interpretación y de casos difíciles en los cuales el juez quedaba en plena discrecionalidad, sin derecho a aplicar, debiendo decidir como un legislador prudente; por el contrario Dworkin propone ideas abiertamente opuestas y críticas al profesor inglés, planteando una lectura del derecho desde el liberalismo político donde defiende una conexión necesaria entre derecho, moral y política, para lo cual *re-descubre* en la práctica de los jueces la existencia de principios, que también hacen parte del ordenamiento y en virtud de los cuales siempre podrán decidir un caso, aun difícil, con arreglo al derecho vigente, lo que da pie, de modo coherente, a negar la existencia de ámbitos de discrecionalidad del juez pues este, de la mano de los principios, siempre puede llegar a la respuesta correcta del caso vía interpretativa²²⁷.

166. Es por las anteriores razones que voces partidarias de esa línea de pensamiento sostienen la inconsistencia del positivismo jurídico frente a las tendencias de los sistemas jurídicos contemporáneos, dotados de constituciones formalmente rígidas, enriquecidas con sus contenidos sustantivos garantes de los derechos individuales y que buscan, como una de sus finalidades, fortalecer la vigencia cotidiana de los principios y valores constitucionales, con especial referencia a las cláusulas democráticas, y de los derechos fundamentales, en todas y cada una de las instancias del Estado e, inclusive, frente a particulares. Por lo tanto, una situación descrita en los anteriores términos no puede ser explicada a partir de la teoría positivista para la cual es absolutamente irrelevante el contenido del derecho²²⁸ que no presta mayor atención a la necesidad de garantizar de manera efectiva la vigencia de los postulados sustantivos de la Constitución por vía de un método de interpretación dirigido a los operadores jurídicos en tal sentido²²⁹⁻²³⁰.

167. De conformidad con lo expuesto, ya se puede advertir una fuerte incidencia de los postulados centrales del neoconstitucionalismo en el derecho administrativo, toda vez que plantean una re-lectura (no de ruptura sino de evolución) de sus ejes, instituciones y conceptos fundamentales a la luz de los principios jurídicos, su identificación, relevancia, fuerza gravitacional y aplicación a los asuntos que cabe adscribir dentro del objeto del derecho administrativo. Ello, inclusive, ha sido reconocido expresamente en el derecho positivo colombiano en el sentido de identificar principios que operan como directivas interpretativas y de aplicación del ordenamiento, esto es, reconociéndosele un rango o carácter superior llamado a ser observado y concretado por los operadores jurídicos que tengan a su cargo la aplicación del derecho administrativo; no se trata, entonces, de meros referentes programáticos, políticos o aspiracionales, sino de derecho vinculante en estricto sentido, lo que constituye una auténtica ampliación principialística y sustantiva del principio de legalidad que rige a la administración.

168. Así, el artículo 209 constitucional reconoce: “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 [...]”; y en el ámbito de la normativa de la contratación estatal se puede ver cómo el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 instruye que las actuaciones en ese escenario se desarrollarán “con arreglo a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa [...]”, lo que se complementa, en un todo armónico, con el artículo 28 ibídem que manda realizar una interpretación conforme a esos principios de toda la normativa contractual y las cláusulas e interpretaciones de los contratos públicos; además, recientemente el legislador ha reafirmado esa línea de pensamiento en el artículo 3.º de la Ley 1437 de 2011: “Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales”, donde el legislador concreta la fórmula “interpretación” y “aplicación” como el escenario de presencia obligada de la principialística en las actuaciones administrativas vinculando a la administración a la realización, en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas, de los bienes tutelados por esos mandatos de optimización en el escenario administrativo.

169. Nótese, entonces, la huella directa y la permeabilidad que esa línea de pensamiento, vinculada con la garantía sustancial de los principios y valores constitucionales, la democracia y la realización de los derechos fundamentales, está llamada a impactar en los trabajos de interpretación y aplicación del derecho administrativo, cuestión de suma importancia por cuanto la corrección material de las actuaciones y decisiones administrativas debe ser concreción y realización ponderada de principios y no, simplemente, ejercicio de mera legalidad invidente.

I. CRITERIO FUNDADO EN LA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

170. El Estado social, que puede haber alcanzado o no los estadios óptimos del bienestar²³¹, constituye un concepto general de reciente conformación en la doctrina constitucional a partir de una particular convergencia ideológica liderada por las ideas socialistas²³², y adoptado en importantes ordenamientos jurídicos, que irradia la plenitud de las decisiones y actuaciones de los poderes públicos, en todos aquellos ordenamientos jurídico políticos que lo hubieren adoptado; por lo tanto, de sus elementos y contenidos materiales se pueden deducir, sin mayores dificultades, los principios, reglas y valores que dan razón y sustento a los diferentes instrumentos jurídicos a los que debe acudir la administración pública, en cuanto ordenadora de la configuración constitucional y legal de ese modelo Estado, para hacer realidad sus postulados, enmarcados tanto en la regla general que el postulado involucra como en las múltiples hipótesis constitucionales que le dan contenido²³³.

171. El concepto de Estado social de derecho surge de los trabajos del profesor Hermann Heller²³⁴, principalmente del artículo publicado en 1929, “¿Estado de derecho o dictadura?”²³⁵, en donde plantea la necesidad, para el viejo y simple Estado de derecho²³⁶ moldeado conforme los parámetros del liberalismo económico clásico, de asumir un papel central y principalísimo en la atención de los conflictos sociales, so pena de generar la ruptura total del sistema y la caída del Estado de derecho y democrático por los senderos de las dictaduras despóticas²³⁷. Predicaba la necesidad de que el Estado de derecho se trasformara en un Estado social de derecho, que procurara la consolidación de la igualdad en un sentido material, que abarcara la totalidad de la “cuestión social”, y no se agotara en

una simple igualdad formal. La igualdad material implicaba reconocer derechos y adoptar decisiones con incidencia directa en la vida social de los ciudadanos más allá del ámbito estricto del individualismo y de los simples derechos subjetivos²³⁸.

172. Para Heller estaba absolutamente clara la necesidad del cambio cualitativo en el papel del Estado en relación con la sociedad, abandonando su esencia estrictamente individualista derivada de los razonamientos propios de una revolución agotada como la francesa. Las nuevas circunstancias sociopolíticas y económicas de la sociedad, circundadas por la lucha y enfrentamiento entre las clases burguesa y trabajadora, en consecuencia, con presencia de nudos insalvables de intereses de naturaleza diversa, llamaban de manera perentoria a generar instancias de concertación política con el propósito ineludible de evitar la radicalización de las contradicciones que permitiera el auge y fortalecimiento de las ideas absolutistas²³⁹.

173. La idea de lo social interrelacionado con el derecho en la base del Estado, que llevó a Heller a proponer precisamente el concepto de función social del Estado, no ha sido por lo tanto, en su concepción fundante, un simple producto de la arbitrariedad del pensamiento político. La evolución del concepto corresponde a una respuesta doctrinal a la evolución anormal y crítica del capitalismo dominante en Europa entre los siglos XIX y XX, que alteró radicalmente las condiciones sociales de los pobladores del viejo continente. La industrialización, el crecimiento desmedido y desordenado de los centros de producción, la ruptura de la capacidad de subsistencia autónoma de los individuos y el crecimiento demográfico, aunados al rompimiento de las reglas económicas del liberalismo puro, hicieron inevitable el apresurado despertar de la intervención estatal, en procura de nivelar las profundas desigualdades generadas por el sistema en sus pobladores²⁴⁰, haciendo del Estado un concepto vinculado inevitablemente con una función social que debía asegurar la convivencia y la cooperación entre los hombres²⁴¹.

II. PROPUESTA OPERATIVA DE UN CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

174. En consecuencia, como se ha dejado plasmado en los numerales anteriores, abordar el concepto de derecho administrativo ha sido uno de los más complejos problemas de la doctrina en todos los tiempos. Los grandes puntos de divergencia de la teoría del derecho administrativo se centran precisamente en las múltiples y variadas sustentaciones y concepciones ideológicas en que se fundan los conceptos que se adoptan de la disciplina, en cuanto disciplina circunscrita al ámbito de la administración pública y de la función administrativa que de ella se desprende.

175. Esta calamitosa situación, calificada como de *crux iuris* para los estudiosos del derecho administrativo, obedece no solo a las circunstancias en que surge la disciplina en los fogosos momentos cruciales del triunfo de los revolucionarios franceses, sino también al carácter dialéctico y cambiante de los contenidos y las materias propios de cada momento de la historia del Estado, la administración y el derecho administrativo, asunto que los hace heterogéneos y mutables, de imposible conceptualización única.

176. El derecho administrativo no ha sido el mismo en todos los tiempos y lugares. En cada país, y según los parámetros constitutivos del objeto utilizado, adquiere connotaciones diversas e incluso tendencias divergentes. Por esa razón nuestro estudio parte de una presentación sistemática de los más importantes criterios de conceptualización de la materia, todos ellos devenidos en la búsqueda de un criterio sustancial, único, adecuado y perfecto.

177. De ese estudio concluimos la imposibilidad del monismo conceptual, y la aceptación del pluralismo como criterio sincrético en donde se conjugan los criterios orgánicos, funcionales y teleológicos, y los demás que en los últimos años han surgido en procura de la tan anhelada noción sustancial, no solo de administración pública y función pública administrativa, sino también, del derecho administrativo

178. Este juego simultáneo de los criterios tradicionales de conceptualización del derecho administrativo están irremediamente determinados por los elementos sustanciales con que la Constitución Política compromete a la administración pública, lo que lleva a la configuración de una función pública administrativa material, y por lo tanto, a entender ambos fenómenos, vinculados a los propósitos y finalidades del ordenamiento jurídico superior. En ese sentido, el concepto de derecho administrativo debe comprender, como parte de su descripción, el cumplimiento de los cometidos propios del Estado Constitucional soportados en sus bases estructuradoras y en los principios y valores que de la misma se desprenden; de allí que resulte imposible un concepto que no se nutra de esta constante ideológica y filosófica.

179. Es así como, operativamente y dentro de esa concepción, entendemos el derecho administrativo como el subsistema del ordenamiento jurídico que tiene por objeto el conocimiento y la regulación jurídica de los órganos (públicos o particulares), sujetos (sujetos públicos o particulares) y funciones públicas administrativas de la administración pública (función administrativa por órganos y sujetos públicos y privados), y de sus relaciones con los asociados y la comunidad, bajo el contexto de propósitos, finalidades, principios y valores fundantes y sustentadores del Estado Constitucional (adecuado a parámetros y estándares convencionales), tendiente a la consolidación de la buena administración.

180. Del concepto propuesto se deducen seis claros elementos temáticos que ameritan ser considerados individualmente en procura de mayor claridad: (i) el ser un derecho de la administración pública y de la función administrativa ejercida por órganos y sujetos públicos y privados, (ii) el constituir un subsistema del ordenamiento jurídico, (iii) lo que genera inevitables discusiones acerca de la naturaleza de las normas y principios aplicables (derecho público o derecho privado), (iv) sus relaciones con los asociados, los ciudadanos y la comunidad en general, (v) su vinculación con el elemento teleológico del Estado Constitucional (adecuado a parámetros y estándares convencionales), que determina los contenidos y finalidades de la administración pública y de la función administrativa forjando materialmente el derecho administrativo, en consonancia con sus principios sustentadores y valores fundantes, y por último, (vi) su sujeción a la consolidación de la buena administración.

A. DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EJERCIDA POR ÓRGANOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

181. El derecho administrativo no es el derecho exclusivo del poder ejecutivo como algunos tratadistas pretenden entenderlo. Desde una perspectiva material, teleológica y de realidad configurativa del ejercicio de los poderes públicos, esa idea resulta extraña al modelo de Estado Constitucional. No es tampoco un derecho formal dirigido exclusivamente al estudio de la administración pública, entendida como un simple fenómeno orgánico. El moderno derecho administrativo va mucho más allá de los clásicos criterios doctrinales y acepta, como ya se expuso ampliamente, la conjugación de elementos funcionales y finalísticos vinculados al orden constitucional y convencional que permiten amplificar en forma notoria el ámbito de acción de la disciplina.

182. Es que el derecho administrativo tiene también en su objeto la función administrativa que, como veíamos, está conformada por todo el espectro material de atribuciones propias, no de un poder específico del Estado, sino de todos ellos, y de los particulares cuando ejerzan funciones públicas administrativas, funciones que se traducen en el ejercicio o acción finalística y material de atribuciones tendientes a la satisfacción de los intereses públicos y generales.

183. En esa perspectiva no solo estudia los órganos típicamente administrativos, sino también las funciones administrativas ejercidas por cualquier otro órgano o poder del Estado en la dirección indicada, o por los particulares como forma de participación en la gestión administrativa con similares propósitos finalísticos. Como consecuencia, es inevitable que aborde las múltiples relaciones que se puedan suscitar con los asociados, los ciudadanos y la comunidad en general en el ejercicio de las funciones administrativas²⁴².

184. Una función pública administrativa dotada de la virtud de lo teleológico en el contexto de los fines constitucionales del Estado y la sociedad, que la obligan y vinculan a la acción permanente, y que se extiende más allá de los simples marcos formales de las estructuras del poder ejecutivo; que hace presencia inevitable en todos los rincones de los diversos poderes públicos y que incluso puede ser ejercida por sujetos no incursos en las rígidas estructuras de los poderes públicos, sino también, por particulares en los casos en que se configure esta hipótesis por el constituyente o el legislador (visión funcional, material o sustancial).

185. Función que, como se destaca, debe ser en esencia material, obviamente que soportada en el ordenamiento jurídico, que comprenda todo el ámbito de posibilidades de acción de la administración en la dirección de la satisfacción de los intereses públicos y generales²⁴³. Ahora bien, en cuanto régimen jurídico de esa administración pública, el derecho administrativo lo es de ella integralmente, tanto en sus aspectos orgánicos como funcionales. Se trata en consecuencia de un derecho pleno configurador sustancial de todos los elementos conceptuales, de principios y valores derivados del ordenamiento jurídico constitucional, no solo con el propósito de estructurar formalmente a la administración pública, sino también, para la consolidación de la función administrativa en la línea de propósitos y finalidades del ordenamiento superior.

186. Así las cosas, no sería el derecho de aquellas actividades propias de los particulares asumidas por los órganos o dependencias públicas, ni tampoco, el derecho predicable de las actividades liberalizadas, ni mucho menos de todo aquello que se desprenda de la destitución pública. O las actividades sujetas al mercado, casos en los cuales opera el derecho privado.

B. SUBSISTEMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

187. En los términos expuestos, y dada la profunda discusión en relación con la sustantividad de la disciplina, y en vista de que bajo un contexto eclíptico hemos aceptado un concepto que nos puede acercar a la aceptación de determinadas características del derecho administrativo; bajo las finalidades y propósitos del Estado constitucional, consideramos el derecho administrativo como un subsistema del ordenamiento jurídico, en la medida en que constituye en gran parte, y no de manera exclusiva, un conjunto de normas, principios y valores para la administración pública dentro del universo del derecho, con características propias que permiten distinguirlo de otros sectores normativos, deducir reglas y formular rasgos peculiares a su contenido, sin perder de vista que se encuentra, de manera armónica en permanente interacción con los demás subsistemas (civil, penal, laboral, etc.) de los cuales

se nutre y alimenta en procura de la satisfacción de los intereses que le corresponde tutelar a la administración pública.

188. El ordenamiento jurídico entendido de manera sistemática permite todo tipo de interrelaciones de manera dialéctica entre los diferentes subsistemas que lo integran, con el fin de procurar el cumplimiento de los propósitos y finalidades que justifican la existencia del Estado y en especial de la administración pública. En la medida en que interaccionan dentro del sistema, esto es, se sujetan al devenir de las normas, principios, reglas, interpretaciones y finalidades, de unos y otros en virtud de sus necesidades, se nos tornan en fenómenos cambiantes, en cotidiano movimiento y transformación. Es más: podría pensarse que están en permanente construcción en razón de su incuestionable relación con lo político y lo social, que de por sí implican movilidad y cambio, configurando en muchos casos el marco del derecho aplicable a la administración²⁴⁴.

189. La principal consecuencia del derecho administrativo, entendido como subsistema jurídico, frente a su objeto, esto es, ante la administración pública, es la de hacer de esta un fenómeno ligado a lo jurídico, vinculado necesariamente al ordenamiento jurídico, sometido al derecho. Esta consecuencia corresponde a las formulaciones doctrinales del Estado de derecho y a los postulados de la institucionalización del poder, que generan el moderno principio de legalidad o de sujeción, respeto y acatamiento de la legalidad; pero no solo a la legalidad en sentido general, esto es, a la totalidad del ordenamiento positivo, sino también, en concreto, a las normas y principios específicos que le dan razón y orientan su acción dentro del conglomerado estatal y a las que la misma administración pública profiera²⁴⁵.

190. Sin embargo, como se ha advertido, esta legalidad no deviene de manera exclusiva del subsistema del derecho administrativo, sino que es peculiar de la administración la coexistencia de una pluralidad de componentes de otros subsistemas que le son aplicables. Esta situación es claramente reconocida en la doctrina:

191. Santamaría Pastor sostiene precisamente que “hoy es un hecho notorio que la administración pública no se rige solo, en su organización y actividad, por el derecho administrativo, y como tal este hecho debe ser tranquilamente asumido”²⁴⁶. Garrido Falla comparte estas apreciaciones e indica al respecto que “es un hecho –y de la máxima actualidad– que la totalidad de la actividad administrativa no está sometida al derecho público administrativo; antes bien, hay actos de la administración que están sometidos al régimen jurídico privado”²⁴⁷.

192. Según Parada, la solución al interrogante es similar:

... las normas administrativas, en efecto, tienen como sujeto o destinatario a una administración pública, de forma tal que no se entienden o no son tales sin esa presencia. Pero esto no supone que las administraciones públicas no puedan utilizar o formar parte de relaciones jurídicas reguladas por normas no administrativas, puesto que una cosa es utilizar una determinada normativa y otra, muy distinta, que la normativa se halle destinada o presuponga, en todo caso, su aplicación a un determinado sujeto²⁴⁸.

En esos entendidos queda clara la tesis de la no univocidad del derecho administrativo y su carácter de subsistema jurídico predominante, pero no exclusivo, frente a la administración pública.

C. INTERACCIÓN DE CONTENIDOS DE LOS SUBSISTEMAS PROPIOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO SISTEMA: EL DERECHO PÚBLICO Y EL PRIVADO EN LA LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

193. Es de advertir, que bajo la óptica no sistemática del ordenamiento jurídico, el derecho público y el privado corresponden a dos visiones del mundo de lo jurídico absolutamente distantes e incompatibles. Esta visión no científica del derecho corresponde a deformaciones históricas sin un fundamento jurídico material válido²⁴⁹. La distinción entre derecho público y derecho privado es propia de los países continentales europeos. Ni el derecho inglés, ni el estadounidense, ni el de los países escandinavos reconocen la división del derecho en público y privado.

194. En líneas generales, a través del derecho público se pretende englobar aspectos como la reglamentación de intereses públicos, la reglamentación de las relaciones jurídicas que tienen en primer lugar un interés público, las normas para las relaciones jurídicas que conciernen a la autoridad pública como tal, y la organización de los poderes públicos y las relaciones de esos poderes con los particulares; de otra parte, las normas de derecho público son aplicadas y puestas en práctica por los órganos de la autoridad pública que deben hacerlas valer de oficio, y tienen en su mayoría un carácter imperativo²⁵⁰.

195. No obstante, un gran sector doctrinal insiste en preferir la conceptualización del derecho administrativo a partir de su carácter de derecho público, y el civil o comercial como fenómeno diferente de estricto derecho privado. Se trata de posiciones y concepciones que recibimos pacíficamente, y consideramos intrascendente si la clasificación de lo público o privado se predica dentro del sistema del ordenamiento jurídico, esto es, como subsistemas integrados dentro de los marcos superiores del derecho positivo.

196. Quienes reducen el concepto a esos extremos plantean como tema de discusión, este sí significativo e importante, cuáles serían los límites del derecho administrativo y del derecho privado. Se trata de medir hasta dónde va el derecho administrativo y dónde empiezan otros subsistemas jurídicos, como es el caso del derecho privado. Es quizá este un dilema al cual ya le dimos respuesta en el numeral anterior, partiendo del punto de vista de la unidad en el sistema del derecho positivo. Es decir, en el reconocimiento de la interacción permanente entre los subsistemas, integrantes del sistema del derecho positivo, en donde el derecho administrativo, en razón de su individualidad, agrupa teóricamente la normatividad predominante para la administración pública, reconociendo que otros subsistemas también constituyen legalidad para la misma.

197. En tratándose del conflicto específico, quienes lo observan desde la perspectiva de la distinción entre derecho público y derecho privado se encuentran frente al permanente dilema del acrecimiento recíproco de las dos distinciones. En la ocupación de espacios tradicionalmente reservados a la una, por la otra.

198. Sin embargo, como lo advertimos, entendido de manera sistemática el ordenamiento jurídico permite la permanente interrelación de contenidos de los diferentes subsistemas que lo conforman, lo cual es una de sus principales características, configurando siempre un complejo principio de legalidad que combina normas y principios del derecho privado con los propios del derecho público y el interés general.

199. En relación con la administración pública esta situación de aparente contradicción no puede en manera alguna constituirse en una talanquera para su funcionamiento y el cumplimiento de sus funciones, esto, en cuanto que el derecho realmente es uno solo y la pugna en relación con los contenidos normativos del denominado derecho público y el privado, es un dogma sofisticado de incalculable subjetivismo, en cuanto es una realidad de bulto la mixtura de contenidos normativos que acuden de manera sistemática y por previsión del ordenamiento jurídico a regular el ejercicio de

funciones típicamente administrativas²⁵¹. Lo cierto es que la administración no siempre se ha regido por un derecho puramente administrativo²⁵².

200. En cuanto dialécticos, los subsistemas del ordenamiento jurídico, tanto el del derecho administrativo como el del privado, se relacionan y nutren a su vez con la totalidad de los subsistemas del derecho positivo, están en permanente comunicación con estos, haciendo del ordenamiento jurídico un todo o unidad homogénea o inseparable. El derecho en sí mismo es uno solo, parcelado en varios para efectos científicos y académicos, pero que en su práctica, cotidianidad y dinámica funcionan sincronizados, haciendo que cada una de sus partes actúe armónicamente en favor del universo jurídico.

D. RELACIONES CON LOS ASOCIADOS Y LA COMUNIDAD

201. Al formular nuestra definición de derecho administrativo advertíamos que el mismo no se justifica en cuanto regulador y normativizador de los sujetos y funciones de la administración pública, sino que detenta en su concepción moderna un carácter finalístico que se proyecta en el ámbito de lo social, concretamente respecto de los asociados individualmente considerados y de la comunidad o colectivo, como un todo objeto de atención y realizaciones directas por la administración pública.

202. Es posiblemente ese carácter de piedra angular de la construcción jurídico administrativa moderna el que pretende sustentarse dentro del Estado social y democrático de derecho, y es en ese contexto que se justifica la existencia del aparato administrativo y del sistema funcional y de finalidades, diseñado por el ordenamiento con esa naturaleza.

203. Razón por la cual desde el inicio de este trabajo advertimos que no estamos frente a un derecho administrativo de corte estrictamente liberal, simple defensor de intereses subjetivos e individuales, sino frente a una realidad sustancial más profunda, que emana del contexto de lo social, en donde la comunidad y el colectivo con sus intereses también son objeto de su observancia y regulación, haciendo viables sus aspiraciones y necesidades; es decir, estamos ante una realidad normativa que se ocupa no solo del individuo y de sus relaciones con el Estado, sino también y principalmente de los intereses colectivos y de su tráfico jurídico, en especial el relacionado con los entes públicos, procurando cumplir de manera amplia las finalidades sociales del Estado.

204. Bajo estos presupuestos la ejecución de las funciones públicas por la administración no puede entenderse sin una acción directa sobre la esfera jurídica de los asociados, y de la comunidad en general. Cualquier actividad administrativa (excepto las simplemente instrumentales) se concreta en ese contexto. Cualquier regulación, limitación de derechos, fomento, ejercicio de un servicio público, etc., se concreta con la creación, modificación, extinción o alteración de situaciones jurídicas para los individuos y para el colectivo. Las tradicionales formas de la actividad administrativa se materializan en los derechos de los sujetos y en la vida de la comunidad.

205. Ahora bien, las relaciones entre la administración pública, los asociados y la comunidad no se desarrollan sobre la base de la omnipotencia o del exceso de poder público que caracterizó en otras épocas esas situaciones jurídicas. En el Estado social y democrático de derecho el punto de partida, la razón sustancial de ese marco generador de derechos, está determinado por el respeto mutuo a los derechos fundamentales, no solo los reconocidos constitucionalmente, sino también aquellos aceptados por la comunidad internacional.

E. BAJO EL CONTEXTO DE PROPÓSITOS Y FINALIDADES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EN PERSPECTIVA FINALISTA, Y DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS (ADECUADO A PARÁMETROS Y ESTÁNDARES CONVENCIONALES). LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COMO MARCO REFERENCIAL PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

206. La tensión suscitada por las carencias sustanciales de la administración pública, y por lo tanto de su derecho, el administrativo, adquiere nuevas connotaciones y, si se quiere, encuentra posibles canales de desahogo, si entendemos que ambos fenómenos deben ser analizados y conceptualizados, por lo menos, en todo Estado que se califique materialmente de constitucional, precisamente de frente a ese ordenamiento jurídico superior, es decir, con sujeción y sumisión a su preceptiva y principios fundamentales, con amplia sustentación en sus bases edificadoras del orden constitucional²⁵³, visto y entendido siempre en sentido dinámico, teleológico, acorde con las crisis, conflictos y riesgos de toda índole que le corresponde enfrentar al Estado a través de la administración pública, propiciando para esos efectos precisamente fórmulas de discreción administrativa.

207. Esto bajo el entendido de que la Constitución Política configura el marco de sujeción, organización y ejercicio de todas las funciones propias de los poderes públicos, con mayor razón del poder administrativo en cuyas entrañas se consolida el ejercicio de la función pública administrativa que le es propia y connatural a la administración pública, y por lo tanto, irradia y determina sustancialmente al régimen jurídico que se predica de ella, es decir, el derecho administrativo²⁵⁴.

208. Aproximarse entonces a los conceptos de “administración pública” en su dinámica funcional y al de “derecho administrativo” en cuanto sistemática jurídica de aquella, implica ante todo abordar, como premisa básica, la teórica del Estado constitucional en general, y sumirse de manera concreta en sus bases constructivas (Estado de derecho, Estado social, Estado democrático, Estado unitario, integración y convencionalidad), al igual que en los principios y valores que se soportan cada uno de ellos en el marco constitucional, lo que nos proporciona un agregado importante de elementos que al ser analizados en conjunto nos permiten visualizar unas claras líneas materiales que facilitan una aproximación a la verificación de un contenido sustancial de los conceptos que nos ocupan²⁵⁵.

209. Esto es, a la aceptación por lo menos como premisa de trabajo frente a las dificultades advertidas, de la existencia real material y concreta de un marco funcional propio de la administración pública derivado de la Constitución Política que le da realidad sustancial a la misma y demarca los contenidos del régimen jurídico que pretenda aplicársele en cualquier momento y lugar.

210. Así las cosas, podemos afirmar entonces que cualquier aproximación a los elementos definidores de los conceptos de “administración pública”, y por lo tanto de “derecho administrativo”, deben estar, en cuanto tiene que ver con sus contenidos, de manera irremediable referidos, entre otros, a los siguientes asuntos materiales:

– Al reconocimiento del poder instituido, y en consecuencia a la aceptación de la distribución más o menos homogénea de las funciones propias de los asuntos públicos en autoridades diferentes (división del poder)²⁵⁶.

– Al respeto connatural al hombre y sus derechos (subjettivos fundamentales y constitucionales) y con igual y magnitud y trascendencia los del conjunto social (derechos colectivos) que implican el desarrollo y eficacia de todos los instrumentos tendientes a su reconocimiento y garantías²⁵⁷.

– A la sumisión del poder en todos sus aspectos al ordenamiento jurídico en cuya cúspide se reconoce la Constitución Política (principio de legalidad en sentido amplio)²⁵⁸ y el ordenamiento supra constitucional (principio de convencionalidad y de respeto a los tratados y pactos internacionales), a lo que se aúna la sujeción de la administración pública no solo al conjunto de reglas propias de una legalidad formal y de clásica subsunción (programación condicional), sino también a los principios y valores inmersos en las bases de construcción del orden jurídico, que se hacen acompañar de atribuciones discrecionales (programas finales en forma de directrices y cláusulas generales de apoderamiento) que llaman a la proporcionalidad y ponderación para su concreción (ponderación)²⁵⁹⁻²⁶⁰.

– Al desarrollo con sujeción al ordenamiento jurídico, y dentro de los marcos conformadores del constituyente y del legislador, de las atribuciones de reglamentación, regulación y ordenación, en procura de satisfacción y cumplimiento de los grandes propósitos y cometidos constitucionales.

– Al desarrollo efectivo de un régimen de responsabilidad que no se agote en la simple responsabilidad personal de los servidores públicos sino que, en una perspectiva superior, retome el concepto de víctimas, y en relación con ellas instrumente mecanismos de reparación plena con ocasión de los daños antijurídicos que le sean imputables al Estado.

– A la consolidación del control como mecanismo de convivencia y balance.

– Al reconocimiento del conflicto social y, por lo tanto, al compromiso, por regla general, en cada una de sus manifestaciones, de la satisfacción de los fines propios del Estado para con la sociedad dentro de marcos materiales de solidaridad (el bien común y el interés general y colectivo –carácter finalístico y teleológico social–).

– Al respeto del orden económico del Estado fundado sobre la base de la libertad económica y de empresa con sujeción al interés general en aras de la consolidación de un orden económico y social justo.

– A la creencia en la presencia dinámica del hombre y del colectivo social en la integración del poder y la construcción de las decisiones públicas (carácter democrático representativo y participativo).

– Al respeto permanente al pluralismo, la aceptación de la diferencia y la edificación de unas bases consolidadas de tolerancia social e individual.

– A la búsqueda permanente del afianzamiento de una clara y sólida distribución del poder sobre el territorio, haciendo que realmente el mismo llegue a la periferia descentralizado.

– A la búsqueda permanente de canales de integración económica, social y política con las demás naciones y pueblos.

– A la solución directa de las controversias con los asociados o en su defecto el agotamiento de las instancias judiciales o arbitrales pertinentes.

211. Son estas algunas materias claramente provenientes del marco normativo y principios constitucionales que nos abren las puertas a un régimen sustancial, tanto de lo que es propiamente el papel de la administración pública dentro de los marcos del Estado Constitucional, como lo que debe ser igualmente el régimen jurídico que ordene sus funciones, le determina a este precisamente una base clara e indiscutible de materia y sobre todo de horizonte para determinar de manera concreta el accionar de la administración pública.

212. Podemos afirmar entonces, sin lugar a dudas, que la administración pública así vista se torna en un complejo conceptual dinámico y sustancial, esencialmente finalístico en aras de los propósitos constitucionales²⁶¹, dotada no solo de una estructura formal, derivada de la necesidad de una demarcación objetiva (visión meramente orgánica), que comprende todo un complicado aparato de

servidores (personas que materializan, desarrollan, ejecutan sus contenidos inmanentes en la norma que estructura el aparato administrativo), bienes, recursos y presupuestos públicos, sino también, y esto es lo más importante en la construcción de un contenido sustancial del concepto de administración pública: la presencia de una especial y particular función pública materialmente ligada a la esencia mismo de las bases y principios constitucionales enunciados.

F. TENDIENTE A LA CONSOLIDACIÓN DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

213. Se sabe que la administración está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1.º, esto es, que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República [...] fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” y el artículo 2.º a cuyo tenor se lee que “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...] y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

214. Pero, además, existe una cláusula de competencia especial para la administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional²⁶², siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración. Resulta claro que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1.º, 2.º y 3.º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional: estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción²⁶³.

215. Por lo anterior, y a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores, se tiene que las actuaciones de la administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado social y democrático de derecho los procedimientos a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la

... profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad²⁶⁴.

216. Súmese a lo dicho que el concepto del principio de legalidad, inmanente al derecho administrativo, ha de ser entendido no como una mera correspondencia con las formas legales, sin más, sino que necesariamente se encuentra nutrido de los principios y valores del ordenamiento constitucional y convencional, por vía del bloque de convencionalidad y constitucionalidad. Es por ello que le es exigible a la administración concretar dichos principios y valores supralegales y supraconstitucionales en la toma de sus decisiones, teniendo como eje paradigmático la garantía plena y efectiva de los derechos fundamentales. Cuanto precede permite ver, entonces, que el ordenamiento constitucional fija los principios y valores fundamentales para la acción administrativa la cual no tiene

otra finalidad que realizar, en cada actuación, los postulados convencionales y constitucionales que le dan sentido a la organización estatal.

217. Tal cuestión encuentra un pertinente desarrollo legal en preceptos tales como el artículo 3.º de la Ley 489 de 1998^[265] y los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 y 3.º de la Ley 1437 de 2011^[266], lo que permite afirmar que a este entramado normativo subyace el principio jurídico de la Buena Administración²⁶⁷, entendido como un postulado normativo que ordena, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, que la administración garantice los derechos de los administrados cuando entran en interacción con ella, ejecute de buena fe y bajo el estándar de la debida diligencia los deberes funcionales que el ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal le ha confiado y adopte las decisiones que correspondan de manera razonable y ponderada conforme a los valores, principios y reglas que se desprenden del marco jurídico legal, constitucional y convencional²⁶⁸.

218. Así afirmado, resulta que no se trata de un enunciado meramente programático o aspiracional, pues el mismo trata, antes que nada, de la adscripción de un verdadero derecho²⁶⁹ fundamental a la Buena Administración o, lo que es lo mismo, la manifestación de una suerte de posiciones jurídicas, protegidas por el ordenamiento, de defensa, prestación positiva e igualdad cuya titularidad recae sobre los administrados.

219. Por consiguiente, los contornos de este derecho no implican cosa diferente a la garantía material o efectiva de ejercer una función administrativa volcada, de manera decidida, hacia la satisfacción de los derechos e intereses de los administrados, a la concreción de los principios convencionales y constitucionales en el proceder de la administración acorde con el estándar de la debida diligencia, en la revaloración del principio de legalidad comprendido desde una perspectiva sustancial y garantística por oposición a estrechas lecturas formalistas, en la ponderada y suficiente motivación de las decisiones que se adopten, en el despliegue de una gestión oportuna y eficaz, en la realización del principio de economía como criterio rector de la acción administrativa, en la transparencia de su obrar, y todas aquellas otras circunstancias que se tornan esenciales para satisfacer un postulado básico y axial en el marco del Estado social y democrático de derecho cual es el de reconocer el empoderamiento de los ciudadanos como titulares de derechos y, por consiguiente, merecedores de una gestión administrativa de calidad. En suma, este principio guarda relación directa con la concreción del impacto de la gestión administrativa garante de derechos, reconocida por el ordenamiento jurídico, en la realidad social transformando, tutelando y protegiendo esos bienes e intereses jurídicos de los ciudadanos y/o de los colectivos que interactúan ante ella.

Surgimiento de los tipos de sometimiento de la administración pública al derecho *

INTRODUCCIÓN

SURGIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

220. La principal consecuencia del entendimiento del derecho administrativo como un subsistema del ordenamiento jurídico es su sometimiento al derecho. Históricamente se distinguen dos grandes e importantes tipos de sometimiento de la administración al derecho: el sistema administrativo o continental, desarrollado en el centro de Europa y expandido a gran cantidad de ordenamientos jurídicos de su área de influencia; y el sistema anglosajón, que corresponde a las características propias y autónomas que lograron en Inglaterra la evolución de su derecho, y que al surgir el fenómeno de la administración le fue aplicado de manera similar al de otros sujetos de derecho. En la actualidad estos son los dos más importantes modelos de sometimiento que se han decantado a través de los siglos y que permiten entender la administración pública y el derecho administrativo desde ópticas diferentes; eso sí, de todas maneras los identifica y une el hecho de que ambos constituyen formas de sometimiento de la administración al derecho: son, en esencia, dos sistemas de legalidad de la administración pública²⁷⁰.

Tanto el sistema continental como el anglosajón son el producto de la evolución histórica de las instituciones jurídicas y políticas, ante todo del desarrollo y consolidación de la organización político-institucional que conocemos modernamente como Estado.

221. Tanto la administración pública como el derecho administrativo son fenómenos que encuentran sus formas y contenidos en la dialéctica misma de las instituciones, producidas como consecuencia de la formación y consolidación del Estado; de ahí que tanto la administración como su derecho solo puedan ser entendidos como un producto histórico, formado a partir del devenir de las complejas relaciones políticas, sociales y jurídicas que se dieron en los orígenes, y en la posterior consolidación y actual caracterización del Estado. Solo bajo esa perspectiva, esencialmente dialéctica, pueden ser explicados y comprendidos los diferentes componentes de las modernas administraciones públicas y del derecho administrativo.

222. El derecho administrativo, más que lógico o de simple sentido común, como ocurre con algunos otros subsistemas e instituciones jurídicas, es eminentemente histórico: no se puede entender sino en la medida en que se conozcan sus orígenes y la trayectoria de sus instituciones en los diferentes instantes de la evolución del Estado. De ahí que la teoría del Estado y la historia de las instituciones políticas sea indispensable para cualquier aproximación a la administración pública y al derecho administrativo. Esa caracterización de nuestra disciplina lleva a situar en un lugar preponderante y significativo el criterio histórico, sin desconocer, como es obvio, los otros criterios tradicionales sobre la materia. El criterio histórico debe desempeñar un papel preeminente en cualquier proceso de interpretación de nuestra materia.

223. El carácter histórico de la administración pública y del derecho administrativo es un asunto de recibo pacífico por la doctrina administrativista. Lo que no resulta de recibo pacífico es el punto de partida para el mismo. Al respecto se observa una radical separación conceptual entre quienes (i) encuentran la totalidad de las explicaciones posibles de la disciplina en la Revolución Francesa y sus consecuentes elaboraciones doctrinales y jurídicas y, la opinión de quienes (ii) predicán su surgimiento paralelo a la formación del Estado en un largo proceso esencialmente dialéctico sujeto a inmensas vicisitudes.

I. SURGIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO BAJO LA VISIÓN CONTINENTAL O EUROPEA DE INFLUENCIA FRANCESA. TRASCENDENCIA E IMPORTANCIA SUSTANCIAL DE “*JUGER L’ADMINISTRATION C’EST ENCORE ADMINISTRER*”

224. El sector del pensamiento iuspublicista que defiende esta idea sostiene que fue a partir de ese hecho histórico que verdaderamente se institucionalizó el poder, se le establecieron límites a su ejercicio y se organizó mediante su división. La revolución y sus instituciones generaron un evidente y necesario sometimiento de los poderes al derecho, en lo que modernamente denominamos Estado Constitucional, emanando de esa novedosa estructura la administración pública, y su régimen jurídico, esto es, el conocido en la evolución de los últimos años como derecho administrativo.

225. Solo bajo los presupuestos y principios de la revolución es factible hablar de esos fenómenos, pues la situación del Estado anterior a la Revolución era la contraria: el absolutismo, la ausencia de sujeción a la legalidad, la inexistencia de división de poderes y, en consecuencia, la imposibilidad de predicar un subsistema normativo específico a una actividad difícilmente decantable en la promiscuidad con que se ejercía el poder político en el Estado. En consecuencia, el absolutismo reñía radicalmente con el derecho administrativo y su objeto. Esta tesis, que podría denominarse clásica o dominante en el pensamiento iusadministrativista, obtiene sus fuentes doctrinales básicamente en los trabajos de autores franceses y de quienes obedecen a su influencia.

226. En España, García de Enterría, en múltiples trabajos, defiende esta línea de pensamiento jurídico. En el más reciente de ellos, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, sostiene el carácter mesiánico de ese acontecimiento que prácticamente dividió en dos la historia de la humanidad, entre el *ancien régime* y el nuevo orden político y social:

... se abrió así una época en la historia de la humanidad que aún, puede decirse con el mayor rigor, continúa en su fase expansiva, tanto geográfica como respecto a la profundización de sus postulados básicos.

En cuanto al derecho administrativo se refiere, es sin duda la legalidad, la sujeción permanente y natural del Estado y de las autoridades a la ley, la que inspira y proyecta el derecho administrativo:

... la técnica del “reino de la ley”, de la descomposición del magma ingente e imponente del poder en una serie de competencias legales específicas, que hace de quien manda o ejerce cualquier clase de autoridad un simple agente de la ley, y no un hombre superior al ciudadano llamado a la obediencia, encontrará un campo especialmente fértil en el funcionamiento de la administración²⁷¹.

227. Sin embargo, García de Enterría destaca que de manera concreta y específica el derecho administrativo surgió en Francia a partir de la deserción de los revolucionarios a la ortodoxia de uno de los dogmas más preciosos de la revolución como era el de la división de poderes. El nuevo Estado, el surgido de la revolución, desató institucionalmente un imponente y poderoso aparato administrativo que relegó y supeditó el poder judicial e, incluso, afectó al legislativo, en detrimento del balance y los contrapesos que la doctrina revolucionaria predicaba antes del acceso al poder, haciéndose acompañar para estos efectos de la prédica de un derecho propio para sus órganos y funciones, con principios y reglas propias, derecho que con el transcurso de los días se conoció como derecho administrativo.

... El derecho administrativo, en conclusión, se nos aparece como el precio de una disidencia, como un árbitro con el que la revolución contrarresta el apartamiento sustancial que de su doctrina efectuaron los mismos

poderes revolucionarios. Es, en este sentido, un subproducto más que un producto directamente procurado...

272.

228. La idealista construcción de un legislativo depositario de la voluntad general, y un ejecutivo simple ejecutor de la ley con la fuerza necesaria para imponer el orden, haciendo respetar la voluntad del legislador y de los jueces, y asegurando la independencia exterior, no fue de recibo en la realidad y dinámica de la revolución. El rumbo que en Francia los revolucionarios le imprimieron al concepto de la división de poderes rompió su ortodoxia por razones propias (de la historia de Francia) que hacían inevitable la idea de un ejecutivo fuerte y omnipresente respecto de los otros poderes, en especial del poder judicial.

229. Esta preponderancia se fundó en el recelo frente a los antiguos parlamentos judiciales, que constituían reductos de la nobleza dispuesta a defender sus intereses. Los revolucionarios no podían aceptar que en dichos cuerpos fueran a quedar controles que impidieran sus propósitos, sobre todo si, con fundamento en el pensamiento de Montesquieu, los parlamentos debían ser cuerpos independientes investidos del poder de defensa de la Constitución o de leyes fundamentales, y guardianes y defensores del sagrado depósito de las leyes. Funciones que habían comenzado a ejercer durante la última parte del *ancien régime* y que, como se recordará, significaron prácticamente el detonante de la revolución ante el entorpecimiento constante de la actividad del Estado por los jueces²⁷³.

230. De esta forma se justifica la disidencia de los principios teóricos, en especial al pensamiento de Montesquieu, y se logran fundar los principios de una supremacía del poder ejecutivo, desde los inicios mismos de la revolución, y que se materializaron en la Ley 16 del 24 de agosto de 1790, que estableció la independencia definitiva entre el ejecutivo y el judicial, prohibiendo expresamente a los jueces inmiscuirse en los asuntos del poder ejecutivo e incluso estableciendo penas para quienes lo intentaran:

... las funciones judiciales son distintas y permanecen siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricato, perturbar, de modo alguno, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones.

El Código Penal de 1791 tipificó esas conductas como delito. Delito que posteriormente fue recogido en la Constitución de 1791 y consolidado en la napoleónica del año VIII. Esos hechos son considerados por la doctrina como los determinantes del nacimiento de la concepción continental o de régimen administrativo, que habría de influir profundamente en la justicia administrativa continental²⁷⁴.

231. En cuanto a la independencia del poder ejecutivo respecto del poder legislativo, esta se formula, aunque no en la misma intensidad de lo expuesto respecto del poder judicial. La separación se señala en cuanto a la potestad reglamentaria. Partiendo del postulado teórico según el cual la función primordial del ejecutivo consistía en la ejecución de la ley, se justifica inicialmente que su cumplimiento proceda mediante reglamentos ejecutivos. Así se reconoce en la Constitución de 1791, pero solo la Constitución napoleónica del año VIII lo plasma de modo contundente: "... el gobierno propone las leyes y dicta los reglamentos necesarios para asegurar su ejecución". Esta idea, como se puede observar, resulta rigurosamente contraria a la ortodoxia teórica revolucionaria de la división de poderes; sin embargo, constituyó la salida práctica no solo a la ejecución simple de la ley, sino al inmenso cúmulo de responsabilidades que se trasladaban al poder ejecutivo con ocasión de la revolución.

232. En consecuencia, bajo ese contexto surgió el derecho administrativo como el derecho de la más poderosa administración pública jamás vista por aquella época, fundado en claras razones políticas

pero que aún en nuestro días busca su identidad y sustantividad ante la precariedad de los principios y reglas en que pretendía sustentarse.

233. Consecuencia de lo anterior, es entender, entonces, que inherente al surgimiento del concepto de derecho administrativo está el de lo contencioso administrativo o del control a la actividad y decisiones de la administración. El llamado contencioso administrativo surgió como consecuencia de los especiales antecedentes históricos y circunstancias que rodearon el acceso al poder de los revolucionarios franceses²⁷⁵, y se consolidó como efecto de la marcada desconfianza en las relaciones de los poderes públicos franceses, específicamente entre el ejecutivo y el judicial, que dieron lugar a la ruptura del control judicial ordinario a la actividad gubernativa, y el surgimiento de un mecanismo propio, alterno y especializado de resolución de conflictos para la administración, en un comienzo de carácter estrictamente administrativo y con posterioridad de naturaleza judicial, aunque separado de la justicia ordinaria, en lo que se llamó por la doctrina la dualidad de jurisdicción²⁷⁶⁻²⁷⁷. Como lo sostiene Rivero, la jurisdicción administrativa nació de un principio interpretado a la luz de una tradición política francesa²⁷⁸ que llevó a la configuración de un sistema de control a la administración *sui generis*, justificando entre otras cosas el surgimiento de la figura del Consejo de Estado como un tribunal eminentemente contencioso y no propiamente asesor del gobierno.

234. La razón de toda esa construcción desde la perspectiva conceptual está dada en el convencimiento forjado a través de la experiencia histórica de que *juger l'Administration c'est encore administrer* (juzgar a la administración es también administrar)²⁷⁹, razón suficiente para prohibir a los tribunales juzgar la actividad administrativa, creando sobre esa base el primer gran sistema de lo contencioso administrativo, inicialmente de naturaleza administrativa en la modalidad de justicia retenida, posteriormente reconducido al de justicia delegada, y por último consolidado con los años, por razones prácticas, en una verdadera jurisdicción paralela a la justicia ordinaria, en lo que se ha dado en llamar por la doctrina el sistema de dualidad de jurisdicción²⁸⁰.

235. Bajo esas circunstancias surgió en la historia jurídica de Occidente la denominada jurisdicción contencioso administrativa que se proyectó de manera magnífica sobre los países de influencia continental o europea, constituyendo, así mismo, el sistema de justicia especializada para la administración pública que proclamaba también un derecho sustancial propio y diferente del derecho privado, con principios y características diversas²⁸¹.

236. La importancia de la Revolución Francesa para sus sustentadores como punto de partida para el conocimiento del derecho administrativo es tan significativa que incluso, como lo anotábamos al inicio del presente trabajo, significó la introducción al léxico jurídico y a los idiomas modernos de los términos administración pública y derecho administrativo. Antes, sostiene Giannini, no era posible su utilización, por corresponder a un momento histórico y a unas concretas razones políticas²⁸² (no obstante lo perentorio de las afirmaciones de Giannini, este deja muy en claro que su referencia es a la utilización de las palabras indicadas, por cuanto todo lo que tiene que ver con el concepto llega a la Revolución Francesa después de un largo proceso de evolución que se ha detectado desde la Edad Media).

237. De todas formas, sus defensores advierten que si bien es cierto que el derecho administrativo tiene su origen concreto en la Revolución Francesa, ello no implica que con anterioridad no se hubieran perfeccionado ciertas “técnicas administrativas” que, según estos expositores, no pueden bajo ningún punto de vista considerarse como institucionalizadoras de la administración, ni mucho menos antecedentes del derecho administrativo. El gran aporte de la Revolución fue precisamente organizar esas técnicas como formas de división del poder, jerarquizarlas y dotarlas de un referente jurídico.

Históricamente la traducción práctica de esos postulados se dio por primera vez en Francia con la expedición de la ley de organización administrativa del 17 de febrero de 1800, en donde se estableció un sistema de administración jurídicamente organizado.

238. Desde el punto de vista del control, el aporte revolucionario a la creación de la jurisdicción contencioso administrativa se produjo por la desconfianza de que los jueces ordinarios conocieran de los litigios y conflictos de la administración. Esa circunstancia determinó precisamente la generación de un necesario sustituto al interior de la administración, que con el tiempo vino a constituir la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo. De esa forma, como lo señala Chinchilla, “empieza a cobrar sustantividad un *corpus* normativo aplicable a la administración pública que, bajo los principios del Estado de derecho, se conocerá más tarde con el nombre de derecho administrativo.

239. El nuevo ordenamiento de la administración surgirá como un intento de encauzar a este sujeto privilegiado y poderoso que asume el encargo de gestionar los intereses colectivos de la moderna sociedad dentro de unos modelos jurídicos”. Es decir, institucionalizando el poder, sujetándolo al derecho, dividiéndolo para su ejercicio, se identifica una función administrativa para la cual se generan unas especiales normas y unas especiales funciones y finalidades a las que se les denomina derecho administrativo. Según sus defensores este aporte es quizá el más importante de la Revolución Francesa a nuestra disciplina²⁸³.

II. SURGIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO BAJO LA IDEA DE SU VINCULARIDAD A LA FORMACIÓN DEL ESTADO

240. No obstante la aparente claridad de la teoría clásica dominante, sus planteamientos no transitan pacíficamente por la doctrina. En especial un importante sector de la doctrina española y alemana discrepa profundamente de la universalidad de los postulados de la Revolución Francesa, los cuales califica de particulares para la historia de Francia. Por el contrario, sostiene el carácter eminentemente dialéctico de la administración pública, del derecho administrativo y de desarrollos concretos de los mismos al interior de cada una de sus realidades políticas y jurídicas.

241. No hay que negar que en posteriores instantes históricos los trabajos legislativos y doctrinales franceses tuvieron y ejercieron importante influencia en la legislación y jurisprudencia de muchas naciones de Europa y América; lo que no se puede desconocer es que estas naciones también tienen su propia historia que permite detectar la evolución de interesantes instituciones, que bien o mal son antecedentes de lo jurídico-administrativo moderno. Desde esa perspectiva se puede refutar la pretendida universalidad del pensamiento francés y su carácter de inspirador de la administración y su derecho.

242. Si bien es cierto que quienes defienden la tesis contraria a la dominante no niegan la importancia de la Revolución Francesa, la ubican como un instante en el proceso evolutivo de las instituciones; de ahí que entiendan la ruptura de la tiranía y del absolutismo, al igual que el ejercicio reglado del poder, como un proceso que se inició con anterioridad. En la práctica, la Revolución adecuó algunas de las instituciones que ya se habían generado en el proceso de consolidación del Estado. En España, autores como Parejo Alfonso, Gallego Anabitarte y Nieto, son defensores de esta concepción.

243. Al tratar el tema Parejo Alfonso es perentorio en señalar que el derecho administrativo no surge “como consecuencia inevitable” de los valores de la Revolución Francesa. El derecho administrativo es un fenómeno histórico, y como tal, en él se mezclan o sintetizan tanto los valores revolucionarios como

... los heredados del régimen anterior caducado [...] El sentido de la historia del derecho administrativo en sentido contemporáneo no puede fecharse sin más en 1789 (por tomar como punto de referencia convencional la fecha histórica de la Revolución Francesa), sino que ha de remontarse cuando menos a los siglos XVII y XVIII en que se desarrolla el formidable aparato administrativo del absolutismo.

Aparato que en opinión de Parejo Alfonso generó la llamada “ciencia de la policía”, la cual no es más que el inmediato antecedente del derecho administrativo. La policía constituía la legalidad a la que se sujetaba la administración del Estado absolutista: según los teóricos de la época reunía los principios y reglas establecidos con el fin de procurar el “interés general y el bienestar de la comunidad”. La ciencia de la policía no fue otra cosa que “la doctrina científica del gobierno y administración interiores del Estado”, fenómeno que no fue exclusivo del desarrollo jurídico germánico, sino que también fue notorio tanto en Francia como en España²⁸⁴.

244. Gallego Anabitarte centra sus trabajos principalmente en la evolución de las instituciones españolas anteriores a la Revolución Francesa, para concluir que la administración y el derecho español tuvieron su propia identidad y un desarrollo peculiar que permiten sostener que en el antiguo régimen español se vislumbraba el principio de la división de poderes, en donde resultaba claro el ejercicio de una función gubernativa o administrativa por una parte, y por otra una contenciosa o judicial; igualmente, un evidente principio de legalidad que evidenciaba un claro sometimiento, en muchas materias, del poder al derecho. Así mismo, la posibilidad de resolver sus conflictos por la misma administración, en una especie de jurisdicción contencioso administrativa.

245. De esa forma, es fácil refutar los planteamientos de los partidarios de la tesis tradicional, demostrando con argumentos históricos cómo los emblemas básicos de la Revolución Francesa, sobre los cuales se sustentaba el surgimiento de la administración y del derecho administrativo, ya se podían observar en la evolución del régimen español. Las instituciones constitucionales españolas, agrega, en muchos casos no son más que la continuidad de instituciones forjadas con anterioridad. Para esos efectos expone las características de instituciones organizativas, y también del régimen jurídico vigente en la España absolutista. La conclusión que se obtiene del trabajo de Gallego Anabitarte es de profunda discrepancia doctrinal con García de Enterría, al que parece refutar sus trabajos históricos, bajo el argumento general de que la Revolución Francesa y todas sus elaboraciones pueden ser ciertas para Francia, pero no para España²⁸⁵.

246. Alejandro Nieto es de esa misma línea de pensamiento. El derecho no es el producto de momentos inconexos; corresponde a un progresivo proceso de evolución,

... que no suele ser demasiado rápido [...] Las llamadas revoluciones –sean políticas, sociales o técnicas– precisan indefectiblemente de una maduración lenta y cuando estallan terminan limitándose a reordenar los parámetros constantes de la organización pública; pero estos parámetros –estos problemas– siguen siendo los mismos. Con lo cual se confirma el viejo aforismo de que cada momento histórico es hijo del anterior.

247. Bajo esta concepción enfoca todo un proceso evolutivo del derecho administrativo y de la administración en España que le permite llegar a la conclusión de que algunas de las instituciones no son más que la adecuación de las que existían a las nuevas necesidades y concepciones. Incluso, demuestra cómo principios como el de la legalidad ya dominaban los contornos del ejercicio del poder político, correspondiendo a los jueces incluso condenar al soberano ante la violación de la legalidad. Esta legalidad, tal como lo señala Parejo Alfonso, partía en el anterior régimen de la llamada “ciencia

de la policía”, que autores como Nieto ubican como un antecedente necesario e importante de nuestra disciplina²⁸⁶.

248. Para los defensores de esa postura la formación de la administración pública y del derecho administrativo está irremediabilmente vinculada al proceso evolutivo de surgimiento y consolidación del Estado moderno, en donde esas figuras, dada su vincularidad con el accionar estatal, devienen y obtienen su materialización en las intimidades del Estado en cada uno de sus estancos formativos. Así las cosas, una aproximación a este complejo y simultáneo proceso de formación, nos permite visualizar tres importantes períodos: (i) El de la caída del imperio romano y del fraccionamiento del poder (medievo alto); (ii) El de la reconstrucción del poder político y el surgimiento del Estado (medievo bajo y edad moderna), y (iii) El período del Estado constitucional o institucionalizado, despersonalizado, que sirve de marco al Estado liberal de derecho:

249. *El primer periodo.* La caída del imperio romano, esto es, la ruptura de las relaciones de poder típicas del ordenamiento romano (“ordenamiento general romano” como llama Giannini a la organización política de Roma para diferenciarla del concepto moderno de Estado), con la consecuente dispersión y fraccionamiento del poder político, etapa conocida comúnmente como de la alta Edad Media, caracterizada por la ausencia material de un Estado y por lo tanto ausente de figuras o instituciones similares a las propias de una administración pública organizada, en consecuencia, sin presencia, en manera alguna, de un régimen jurídico de carácter administrativo o similar²⁸⁷⁻²⁸⁸.

250. *El segundo periodo.* La reconstrucción del poder político mediante su centralización unificadora, con el consecuente surgimiento y posterior consolidación del Estado moderno, período que comprende las denominadas baja Edad Media y Edad Moderna, en el cual se vivió todo el proceso de aparición del Estado y de sus formas monárquicas y absolutistas de gobierno; etapa de la humanidad que se hizo acompañar por la presencia de una organización pública con funciones por lo menos aproximadas a las propias de la administración, y el surgimiento de un derecho particular del príncipe²⁸⁹, y con posterioridad, ya entrada la edad moderna, un derecho más complejo y vinculado a las actividades públicas del Estado, como lo fue la “ciencia de la policía”.

A. EL DERECHO DEL PRÍNCIPE

251. El derecho del príncipe era entendido como un derecho diferente al derecho privado o derecho común del cual partió (y en el cual se formaron muchas de las técnicas e instituciones conceptuales que en el siglo XVII se incorporarían al derecho de policía y en el siglo XIX al derecho administrativo). Este cambio de posición del derecho común frente al derecho del príncipe se inició en el mismo siglo XIII, cuando se consolidaron en el príncipe importantes prerrogativas de poder que comenzaron a ser interpretadas como un *ius singulare*, como un derecho excepcional, como un conjunto de reglas exorbitantes del derecho común. Desde el momento de su formulación esta concepción inició el largo período de lucha con el derecho común, que permitió, a finales del medievo, encontrar un derecho del príncipe como *ius proprium*, que relegó al *ius* común a un derecho supletorio del derecho del príncipe. Se trataba de un derecho paralelo a la concentración y unificación del poder, e incluso a la consolidación del llamado Estado nacional, que tenía en el plano jurídico sus fundamentos doctrinales en el principio de la paz y tranquilidad públicas, que desde entrada la baja Edad Media justificaba permanentemente la actuación del rey y la caracterización de lo público y lo privado.

B. LA CIENCIA DE LA POLICÍA

252. Concentrándose el poder o la soberanía en el monarca, como fundamento del Estado, y asumiéndose todo un complejo funcional ante la estatización de múltiples actividades, el Estado se tornó en un procurador del bienestar público, un ejecutor claro de la *politeia*; de allí que a partir del siglo XVII comenzó a denominársele Estado-policía. El poder se ejercitaba como realización de la *polis*. El concepto de *pax* pública era acentuado al máximo ante al carácter amplio y de gestión que implicaba la *politeia*. Nació de esa manera, en reemplazo del derecho regio y como característico del Estado moderno, la llamada ciencia de la policía. Como lo señala Parejo Alfonso, el carácter jurídico de las relaciones generadas a partir de la *politeia*, esto es, de la concepción del Estado-policía, hacía que el absolutismo puro no fuera más que una construcción teórica. Francia, España, Alemania y Austria se caracterizaron por incursionar los caminos del absolutismo jurídico del derecho de policía. En ellos la significación y el alcance que se le dio a ese derecho fue en realidad trascendental, pues se podía advertir un elemento finalístico y de proyección que los regímenes jurídicos del medievo nunca dejaron plasmado claramente.

253. La policía²⁹⁰, en su concepción más elemental, se entendía como la gestión de la cosa pública. Abordaba el sentido mismo de lo político. De ahí que su régimen jurídico comprendiera materias directamente relacionadas con el bienestar de las ciudades y de los ciudadanos. Esto es, equivalía inicialmente a los conceptos de gobierno, administración y orden interior del Estado. Era, en últimas, según estas opiniones iniciales, “el buen gobierno público de la ciudad y del Estado” (salubridad y orden públicos); a esa significación se le sumó otra acepción también importante y definidora de “buen orden de la colectividad, de lo público, y también la del bien público mismo”. Posteriormente se adicionó, entendiéndola también como “educación, respeto e inteligencia”. De esa forma se logró consolidar una idea amplia y peculiar de la policía, muy próxima y semejante al fenómeno de la administración pública del siglo XIX y al consecuente derecho que de ella se desprende.

254. Teniendo como punto de partida esos agregados de conceptos, Parejo Alfonso propone como objeto de la policía los siguientes: 1.º “La procura del bienestar o la felicidad de los súbditos como fin esencial”; 2.º La sistematización, organización y universalización de las dispersas disposiciones en la materia, que permiten contar con un régimen normativo garantizador de la actividad estatal y de los derechos de los asociados; 3.º La responsabilidad de reforma social asumida por el Estado moderno absoluto e ilustrado, que lo ha convertido en interventor. Con esos claros objetos, el derecho de policía constituye “un antecedente inmediato de la administración y del derecho administrativo en sentido contemporáneo”²⁹¹.

255. El derecho de policía así entendido, como antecedente inmediato de la administración y del derecho administrativo, solo fue posible a partir del fenómeno histórico que se consolidó entre los siglos XVI y XVIII, y que significó la progresiva separación conceptual de administración, derecho de policía, juzgamiento, y derecho ordinario y judicial. El derecho de policía, que en sus inicios comprendió tanto la administración como la justicia, se nos presenta al momento de la transición revolucionaria exclusivamente como regulador de la actividad pública de carácter administrativo.

256. *El tercer periodo.* El período del Estado constitucional o institucionalizado, despersonalizado, que sirvió de marco al Estado liberal de derecho y su consecuente evolución hasta la plena consolidación del Estado social y democrático de derecho, configura el escenario de surgimiento del poder administrativo del Estado como instrumento para el ejercicio de la función pública administrativa, en toda su magnitud, y por lo tanto, el ámbito histórico de surgimiento del concepto de derecho administrativo incipiente, tal como se explicó en los primeros numerales del presente trabajo, que ha evolucionado a la par de sus propósitos y finalidades. Ese estadio de la vida institucional de

occidente se produjo a partir de las profundas transformaciones que caracterizaron la vida de los Estados europeos continentales y americanos entre finales del siglo XVIII y gran parte del siglo XIX, y que llevaron a la mayoría de los países a consolidar un régimen liberal constitucional, con división de poderes y florecimiento en la mayoría de ellos de una administración pública con un derecho propio. Coincidiendo en ese aspecto con la tesis de la revolución francesa, pero distanciándose de ella en cuanto a sus antecedentes.

III. SURGIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS TERRITORIOS AMERICANOS DE INFLUENCIA HISPANA: EL DERECHO INDIANO

257. Por obvias razones, el proceso de formación de la administración pública iberoamericana y de su derecho administrativo no puede considerarse paralelo o simultáneo con los procesos históricos europeos. Nuestros países formaron sus instituciones a partir de la experiencia heredada de las potencias coloniales que dominaron nuestros territorios, y del influjo principalmente de las revoluciones norteamericana y francesa. De esa forma cualquier aproximación al estudio de la administración y del derecho administrativo en Iberoamérica debe fundarse en los aportes primarios a nuestras instituciones provenientes del régimen público español en América.

258. Desde el mismo momento del descubrimiento la mayor preocupación de los reyes de Castilla fue dotar a los territorios incorporados a la Corona de un régimen jurídico que les permitiera administrar, gobernar, ejercer justicia y garantizar la seguridad y la hacienda de esas enormes comarcas. Al efecto se hicieron extensivas al nuevo continente las leyes e instituciones del reino de Castilla, y se implementaron, con el transcurso del tiempo y las necesidades que creaba la conquista y la colonia, normas especiales e instituciones novedosas que en su conjunto son conocidas como el derecho indiano, verdadero derecho público implantado por España en América²⁹².

259. Desde esa perspectiva la organización española nos señala que la división territorial y el gobierno de los territorios españoles en América correspondió a una proyección de la concepción absolutista del ejercicio del poder que decantaba responsabilidades según afinidades. De esa forma identificaba como funciones básicas del soberano que ameritaban el auxilio de órganos y servidores especiales las conocidas como gubernativa, de justicia, militar y de hacienda, a las que posteriormente se agregaría la política en cuanto acercamiento del rey a los súbditos americanos²⁹³.

260. El nivel político de la organización española en América implicaba para su ejercicio un estricto orden jerárquico a cuya cabeza se encontraba el rey con la colaboración inmediata del denominado Consejo de Indias. En América la función estaba a cargo del virrey, lugarteniente general del rey, a cuyo cargo estaba, en el territorio asignado (el virreinato), la alta dirección de la política real; la función gubernativa (administrativa) se vinculaba desde el punto de vista de la organización territorial al concepto de provincia, y desde la perspectiva del oficio al cargo de gobernador. Se trataba, en síntesis, de la actividad cotidiana de la cosa pública, en lo que se dio en llamar en términos castellanos “las cosas menudas de la administración”²⁹⁴; las funciones de justicia estaban a cargo de las reales audiencias, y las militares a cargo de las capitanías generales. Se caracterizaban desde el punto de vista territorial porque tenían asignado un territorio o jurisdicción para el ejercicio de sus competencias, que no necesariamente debía corresponder con los límites territoriales de una provincia.

261. Desde el punto de vista del control el recurso de agravios fue la forma procesal que adoptó esa garantía que el rey reconocía a sus súbditos para defenderse de los excesos de la administración. García Gallo destaca esa importante característica de la justicia americana anterior a la independencia. Las

audiencias, sostiene, no solo tenían competencias en los asuntos de carácter civil o criminal, “sino también en aquellos otros en los que una actuación que versa sobre una cuestión de orden o gobierno ha de ajustarse a preceptos legales, así como en los de gracia”; de ahí que los particulares que se sientan violentados puedan acudir ante la audiencia a reclamar sus derechos, “por ser cosa o negocio de justicia”²⁹⁵.

IV. SURGIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA. LA RECEPCIÓN DEL SISTEMA CONTINENTAL O EUROPEO DE INFLUENCIA FRANCESA

262. La ruptura que implicó la independencia americana no significó un abandono inmediato de las instituciones y los principios que eran básicos en el funcionamiento de determinados aspectos del gobierno y de la justicia en los territorios americanos sometidos al imperio español. Integrados los Estados independientes y soberanos de Iberoamérica, las instituciones indianas, surgidas con profunda influencia de la *ciencia de la policía* ²⁹⁶, se incorporaron a los nuevos ordenamientos o sirvieron incluso de orientadoras de las nuevas figuras normativas que se desarrollaron como consecuencia de la Independencia. Por otra parte, la experiencia constitucional norteamericana y el proceso revolucionario francés aportaron de igual manera elementos importantes en la trayectoria del derecho público americano.

263. En el caso colombiano, las marcas de estas tres corrientes de influencia resultan innegables al momento de analizar nuestras instituciones. El viejo derecho español se perpetuó otorgando impulso a gran parte de la actividad cotidiana de la que vino a ser, en el marco de nuestro novísimo constitucionalismo, como el poder administrativo o ejecutivo del Estado, depositario original de la administración pública.

A. SURGIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

264. En cuanto al proceso de formación de la administración pública bajo las influencias advertidas, tenemos que esa evolución comprende diferentes momentos de nuestra vida institucional y constitucional que podemos concretar en los siguientes términos:

1. PERÍODO DE LA INDEPENDENCIA (1810-1821)

265. Se caracterizó por la proliferación de declaraciones de independencia al estilo norteamericano, inspiradas en principios de carácter iusnaturalista que invocaban derechos superiores y connaturales del hombre para efectos de justificar las decisiones de independencia respecto del Estado español y la consecuente formación de Estados o repúblicas soberanas. A la par de las declaraciones, y fundamentalmente en el caso colombiano, la adopción de un buen número de constituciones políticas por las principales provincias integrantes del entonces virreinato de la Nueva Granada, en donde se recogían no solo los postulados clásicos del Estado liberal profesado por Locke, Montesquieu y Rousseau, sino también instituciones, órganos, funciones y principios que veinte años atrás habían adoptado y desarrollado los revolucionarios norteamericanos y franceses.

2. PERÍODO UNITARIO: DE LA GRAN COLOMBIA A LA NUEVA GRANADA (1821-1858)

266. Este lapso de nuestra historia, que hemos puntualizado cronológicamente entre la entrada en vigencia de la Constitución Política para la República de Colombia –por entonces integrada en un solo Estado que incluía además las actuales repúblicas de Panamá, Ecuador y Venezuela, en lo que se llamó “La Gran Colombia”– y la promulgación de la primera Constitución federal del país, estuvo determinado por el signo de los conflictos propios de toda sociedad en vía de consolidación: por el debate permanente acerca de las instituciones aptas, según las concepciones predominantes, y por las luchas sociales y de clase entre los estamentos formados a partir de las relaciones económicas.

3. PERÍODO FEDERAL: DE LA CONFEDERACIÓN GRANADINA A LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA (1858-1885)

267. La vigencia de la Constitución de 1853 no fue muy larga. El deseo cada vez mayor de autonomía de las poblaciones dispersas por el territorio nacional, y las coyunturas políticas y partidistas motivaron que el esquema centro federal de 1853 fuera revisado bajo la preceptiva definitivamente federalista. Los mecanismos propiciados por la Constitución de 1853 permitieron que el concepto de provincia como depositaria de todo el poder municipal, esto es, de la autonomía suficiente para constituir su organización legislativa y administrativa, se rompiera dentro de un proceso de reagrupación interna en entidades comprensivas de grupos de provincias. Entidades con altos niveles de autonomía que lindaban, en opinión de sus constructores, con la soberanía misma. Aparecieron de esa forma en la historia política y constitucional colombiana los llamados Estados soberanos, siendo el primero de ellos Panamá al que siguieron en muy corto tiempo siete más. Así, el mapa político colombiano pasó de cuarenta y cuatro provincias a ocho Estados soberanos (Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander), cada uno de ellos con el deseo de autodeterminación suficiente para la organización política de sus instituciones.

268. Bajo esas circunstancias se inició en la Nueva Granada un interesante proceso federalista que naufragó en 1885 con el triunfo militar de los partidarios del unitarismo. Un período de experiencias autonómicas y de desarrollo acelerado de la administración territorial. Incluso de profundos desarrollos legislativos, tanto a nivel estatal como local. Fue de tanta importancia esta época para la historia de la administración pública colombiana que cualquiera que se atreva a profundizar en ella debe necesariamente disponerse a estudiar dos constituciones políticas generales: la de la Confederación Granadina del 2 de mayo de 1858, y la del 8 de mayo de 1863 para los Estados Unidos de Colombia, y un buen número de constituciones políticas locales, entre las que podemos destacar las de Bucaramanga, del 8 de febrero de 1858; Floridablanca, del 8 de febrero de 1858; Piedecuesta, del 26 de febrero de 1858; Zapatoca, del 1.º de febrero de 1858; Riohacha, del 14 de febrero de 1859; y Tabio, del 28 de diciembre de 1862. La concepción política e ideológica instituida permitía que la organización administrativa tanto de Estados como de municipios partiera de sus mismas necesidades locales y territoriales²⁹⁷.

4. PERÍODO DE LA RECONSTRUCCIÓN UNITARIA (1885-1991)

269. El federalismo radical entró en evidente crisis. Fortalecidas las fuerzas conservadoras y unitaristas lograron romper definitivamente el respeto y acatamiento a la Constitución Política de 1863, declarando solemnemente su muerte. De hecho, el poder central desconoció la autoridad de los Estados y se impuso de manera autoritaria y despótica por las armas en 1885, al mando del autodenominado

jefe de la Regeneración, Rafael Núñez. El 10 de septiembre de 1885 se convocó a un consejo nacional de delegatarios que dictó las bases de una Constitución unitaria y centralista, y procedió a elaborar una nueva Carta para el país, sustancialmente unitaria, centralista, de ejecutivo predominante, católica y conservadora, que se promulgó el 5 de agosto de 1886. El Estado formado en ese texto constitucional revivía la organización unitaria como punto de partida para la totalidad de elaboraciones de las instituciones en ella establecidas. Precisamente en su artículo 1.º disponía que “la nación colombiana se reconstituye en forma de república unitaria”, y en cuanto a la soberanía, se hacía residir esencial y exclusivamente en la nación, de donde emanaban los poderes públicos.

270. Durante su vigencia, que se prolongó por más de cien años, fueron más de setenta las reformas que se le introdujeron al viejo texto de 1886. Sin embargo, las más importantes y con efectos directos en la administración pública hasta antes de su desaparición en 1991 fueron las reformas introducidas por los actos legislativos 3.º de 1910, 1.º de 1936, 1.º de 1945, 1.º de 1968, y 1.º de 1986. Sin transformar el carácter unitario y centralista del Estado, dispusieron de alguna manera modificaciones respecto de la administración pública. La más profunda reforma a la Constitución Política de 1886 se produjo en 1936, en una época de turbulencia ideológica en la cual el pensamiento de autores como Duguit, y experiencias constitucionales como la española de 1931, proporcionaron elementos importantes para darle un rumbo diferente a las instituciones, en especial a las finalidades que el Estado debía cumplir y la administración ejecutar.

271. El Acto Legislativo 1 de 1986 complementó la reforma de 1968; dieciocho años después de la reforma más grande a la Carta de 1886, el constituyente se pronunció respecto de las reformas políticas al régimen local colombiano. Se introdujeron figuras tales como la elección popular de alcaldes, la consulta popular y, en fin, todo un nuevo régimen municipal que dio inicio a un interesante proceso de autonomía local dentro de la unitaria Constitución de 1886, caracterizada por la atribución de funciones y el traslado de decisiones básicas a las entidades territoriales colombianas.

5. PERÍODO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO (DESDE 1991)

272. Se inició plenamente con la expedición de la Constitución de 1991 que define precisamente al Estado con esas importantes características finalísticas. Como lo indicábamos al inicio de este trabajo, el carácter social del Estado colombiano implica tanto para sus autoridades como para la administración la obligación de proyectar el contenido de sus decisiones y la realización de sus labores en procura del bienestar general. Sobre este aspecto volveremos al tratar los fundamentos constitucionales de la administración pública y del derecho administrativo.

B. SURGIMIENTO DEL RÉGIMEN DE SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SU DERECHO SUSTANCIAL

273. De manera paralela a la institucionalización del poder y del desarrollo de la administración pública, se proyectó igualmente todo un régimen jurídico de sometimiento de esta al ordenamiento, y un consecuente sistema de control jurisdiccional encargado de dirimir los conflictos y litigios suscitados con la administración. Este régimen jurídico y de control jurisdiccional, en el caso colombiano, se remonta, como lo hemos anotado al tratar del régimen español en América, a las leyes y controles jurisdiccionales implantados en el Nuevo Mundo por los reyes españoles, sistema que, como lo veremos, se prolongó hasta bastante entrada la República por disposición no solo de las

necesidades administrativas, sino de las mismas constituciones políticas que le dieron continuidad. En ese sentido, y para efectos didácticos, podemos decantar lo que ha sido el desarrollo sustancial del régimen de sometimiento o de control (de la administración por los jueces propiamente dichos) en los siguientes términos:

1. DESARROLLO DE LAS NORMAS SUSTANCIALES DEL RÉGIMEN DE SOMETIMIENTO

274. Si bien es cierto que nuestro derecho administrativo se ha construido en buena parte con las elaboraciones jurisprudenciales, resulta innegable de igual forma que, a diferencia de otros ordenamientos, los elementos positivos han sido determinantes para su configuración. Desde esa perspectiva en el caso colombiano se observa una prolongación del régimen español en materias administrativas, y una posterior evolución de la normatividad que ha generado todo un contexto normativo propio y especial de nuestra disciplina. Los antecedentes españoles, que estudiamos en el apartado anterior, demuestran el alto desarrollo normativo que la metrópoli logró sobre los territorios americanos, específicamente en lo relativo a la administración pública y la justicia; elementos que por la misma necesidad de impedir la paralización de la administración pública, y ante la carencia de otros fundamentos, se prolongaron por expreso mandato constitucional.

275. Fue mediante el artículo 15 de la Ley 153 de 1887 que se declaró de una vez por todas abolidas en el territorio colombiano las leyes españolas. De manera lacónica se indicó en dicha disposición que “todas las leyes españolas están abolidas”. Abolición nominal, porque, como lo indicábamos, en lo sustancial muchas de esas leyes fueron incorporadas paulatinamente en codificaciones autóctonas. Algunas otras fueron recogidas definitivamente, como sucedió en materia civil con la entrada en vigencia del Código Civil de Andrés Bello.

2. DESARROLLO DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

276. En la aproximación que hacíamos al control jurisdiccional de la administración pública durante la época de los gobiernos españoles en América destacábamos el carácter judicial que se le otorgó en el derecho y pensamiento español a los conflictos y litigios en donde una de las partes era la administración. En especial en América, donde las reales audiencias constituyeron toda una continuidad y tradición en el control a la actividad administrativa, o para ser más exactos, dentro de la terminología jurídica española, el control de la actividad gubernativa, las reales audiencias, que también tenían algunas funciones consultivas para con el virrey, fueron, en nuestra opinión, un verdadero antecedente de la justicia administrativa. Ese control no solo se hacía a través de un contencioso subjetivo altamente desarrollado, sino que también poseía una especie de control especial sobre los actos de carácter general de virreyes y gobernadores (Recurso de agravios).

277. Control fundado en la idea judicialista de atribuciones a la justicia ordinaria y no especializada que perduró en las estructuras de la justicia administrativa de nuestros países, y que en Colombia dominó por más de cien años nuestra vida institucional independiente. La justicia administrativa que desarrollaron los tribunales ordinarios de la República no obedeció a otra circunstancia distinta de la influencia española que se prolongó de manera natural en el pensamiento de legisladores y juristas; de allí que la influencia francesa de la justicia especializada no fuera más que una extraña imposición, por lo demás tardía, en el derecho colombiano (1886-1905 instauración sin funcionamiento; 1910-1913;

reincorporación constitucional y legal de la dualidad de jurisdicción; 1914 a nuestros días, funcionamiento real de la justicia administrativa independiente). Evolución que se dio conforme se expone a continuación.

a. PERÍODO DE LA INDEPENDENCIA (1810-1821)

278. Fue un período de formación institucional en donde se intentaron infinidad de fórmulas con el fin de encontrar las mejores instituciones para regir las nacientes repúblicas independientes. Los diferentes textos constitucionales abordaron de alguna manera el fenómeno del control jurisdiccional de la administración (pero no con tintes de control continental francés) con sentido estrictamente judicialista, esto es, influido por la experiencia española que tan solo días antes de entrar a regir las nuevas constituciones aún dominaba en esos territorios. Algunas de ellas pretendieron instaurar sistemas novedosos que infortunadamente no florecieron por las razones históricas que rodearon la reconquista española. La Constitución de Cundinamarca de 1811 estableció un sistema global mediante el cual el Senado, como primer tribunal de la provincia y preferente a todos los demás, podía conocer de todos aquellos asuntos en los cuales cualquiera de los poderes que con sus actos violaran la Constitución o “usurparen las facultades de otro u otros”. La Constitución de la República de Tunja estableció un sistema mixto en donde los asuntos contenciosos de la administración eran conocidos en primera instancia por los gobernadores y en segunda por los tribunales ordinarios de justicia; la Constitución de Cartagena de 1812 atribuía el control objetivo al senado conservador y el subjetivo a los jueces ordinarios. En este último caso a un corregidor intendente letrado, al que le correspondía conocer en primera instancia de todos los asuntos contenciosos de gobierno y hacienda: “serán de su conocimiento todas las materias económicas contenciosas y administrativas, de policía, gobierno y hacienda”.

b. PERÍODO JUDICIALISTA (1821-1914)

279. Hemos denominado “período judicialista” de nuestro sistema de control de la administración pública por la vía judicial ordinaria el comprendido entre la institucionalización definitiva de la República en 1821 y que finalizó en 1914 con el funcionamiento definitivo, por la importación o imposición francesa, de la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo, extraña a nuestra evolución judicial. Durante todo ese lapso el conocimiento de los litigios y contenciones de la administración de carácter subjetivo fue objeto de atribución a la justicia ordinaria. Los jueces civiles juzgaban las contenciones de la administración pública.

280. En esos casos quienes se consideraban violentados en sus derechos podían acudir ante los jueces ordinarios. Incluso algunos de ellos podían ser objeto de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, como sucedía en los casos referentes a contratos del Estado (art. 110.2 Constitución de 1830): “... conocer de las controversias que resultaren de los contratos y negocios celebrados por el poder ejecutivo a su nombre”; norma que se repite en la Constitución de 1832 (art. 131.3); las demás competencias se establecen en las respectivas leyes procesales o de enjuiciamiento civil.

281. No obstante, las constituciones más explícitas fueron las de 1858, 1863 y 1886 que, en tratándose de asuntos contenciosos subjetivos, fueron bondadosas en las atribuciones asignadas a la Corte Suprema de Justicia. Por ejemplo, la Constitución de 1858 le asignó todos los asuntos contencioso interadministrativos, y la totalidad de los contenciosos suscitados con particulares, expropiaciones, contratos, bienes y rentas de la Confederación (art. 49, num. 7, 9, 10, 11 y 13). La

Constitución de 1863 repitió iguales materias en el artículo 71, numerales 6, 8, 9 y 10. La Constitución Política de 1886 le entregó a la Corte Suprema de Justicia la competencia general de las contenciones en que fuera parte la nación (art. 151.3): "... conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la nación".

282. El contencioso objetivo fue el de menos claridad. El contencioso subjetivo constituyó prácticamente una constante de la justicia ordinaria. En ese período se comenzaron a encontrar referencias directas al contencioso objetivo en la Constitución de 1886; en el artículo 151, al determinar las competencias de la Corte Suprema de Justicia, en su numeral 5 indicó: "... decidir de conformidad con las leyes, sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el gobierno o denunciadas ante los tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles". Este aspecto del contencioso objetivo es el que menos desarrollo tuvo durante ese período. Tal situación perduró hasta 1914, cuando al entrar en funcionamiento la jurisdicción contencioso administrativa retomó toda la experiencia francesa relacionada con el recurso objetivo de legalidad y lo implantó en nuestro medio. En la Constitución de 1886 se incorporó la posibilidad de que el legislador desarrollara un Consejo de Estado como máximo tribunal contencioso administrativo, situación que nunca se dio, habiendo sido suprimidas estas normas en la reforma constitucional de 1905, razón por la cual la justicia ordinaria continuó con funciones contencioso administrativas.

c. PERÍODO MIXTO: JUDICIALISTA Y JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA O DE LA IMPLANTACIÓN TARDÍA DEL RÉGIMEN FRANCÉS (1914-HASTA NUESTROS DÍAS)

283. De manera clara y definitiva en Colombia se puede hablar de la existencia real y material de una justicia contencioso administrativa independiente bajo el modelo de dualidad de jurisdicción solo a partir de 1914, año en el cual se le dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 42 del Acto Legislativo 3 de 1910 que decretó la obligación perentoria para el legislador de establecer la jurisdicción contencioso administrativa: "... la ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa". Mandato que se ejecutó a través de la Ley 130 de 1913 que la instituyó con dos específicos órganos: el "tribunal supremo de lo contencioso administrativo" y los "tribunales seccionales de lo contencioso administrativo".

284. De esta forma nació en Colombia el sistema continental de control jurisdiccional especializado en las contenciones subjetivas y objetivas de la administración pública. Sin embargo, el sistema no quedó perfeccionado sino al año siguiente por tres explícitas razones: la primera, porque la Ley 130 de 1913 determinó en su artículo 112 que tan solo comenzaría a regir a partir del 1.º de marzo de 1914; la segunda, porque en septiembre de 1914, mediante acto reformativo de la Constitución Política, se restableció el Consejo de Estado, atribuyéndosele en el artículo 6.º numeral 3 el desempeño de "las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo"; y la tercera, porque el 5 de noviembre de 1914 se expidió la Ley 60, orgánica del Consejo de Estado, que fijó el período de los consejeros de Estado desde el 1.º de diciembre de ese año, fecha a partir de la cual quedó suprimido el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, asumiendo efectivamente sus funciones el Consejo de Estado.

285. Desde la perspectiva de los desarrollos legales tenemos que durante la vigencia de esta modalidad de control se han expedido diferentes códigos contenciosos: el primero, como ya se anotó, a través de la Ley 130 de 1913; el segundo con la Ley 167 de 1941, sobre organización de la jurisdicción

contencioso administrativa; el tercero incorporado en el Decreto 01 de 1984, y el último el dispuesto en la Ley 1437 de 2011 y todas aquellas que la reforman y adicionan.

3. EL CONSEJO DE ESTADO: SURGIMIENTO Y DESARROLLO DE ESTA FIGURA EN EL DERECHO COLOMBIANO. INTRASCENDENCIA DE LA IDEA REVOLUCIONARIA DE “*JUGER L’ADMINISTRATION C’EST ENCORE ADMINISTRE*”

286. Al ocuparse de la evolución del control jurisdiccional a la administración la doctrina nacional vincula la existencia intermitente del Consejo de Estado en nuestro ordenamiento jurídico como un punto de encuentro del derecho administrativo colombiano con el derecho administrativo francés. El hecho de que durante diferentes épocas se haya instituido el Consejo de Estado es tratado como un antecedente de que nuestro derecho público ha sido una prolongación del francés. Esta afirmación la rechazamos por estar sustentada en argumentos superficiales y aparentes.

287. La institucionalización del Consejo de Estado en el derecho colombiano tiene una relación mucho más directa con los cuerpos asesores reales o consejos reales que se desarrollaron en España a partir de la época de los Austrias. Desde esa perspectiva lo correcto es identificar los antecedentes del Consejo de Estado en sus dos funciones clásicas: la de órgano eminentemente consultivo que es en definitiva diferente al del Consejo de Estado como órgano y autoridad de carácter jurisdiccional que tiene, sí, origen en el derecho francés pero que en Colombia tan solo apareció como tal, de manera concreta y cierta en 1914.

a. EL CONSEJO DE ESTADO DE CARÁCTER CONSULTIVO NO CONTENCIOSO. LOS CONSEJOS REALES

288. Su origen nos remonta a los consejos reales. Los consejos reales eran cuerpos asesores por excelencia de los reyes gobernantes. Función que en la América española cumplieron en parte las reales audiencias. Esa era la idea que se tenía al plasmar en el ordenamiento positivo los llamados consejos de Estado o consejos de gobierno, durante la independencia y en la realidad de las cosas durante el surgimiento de la República hasta 1914, en donde lo característico fue que este organismo nunca llegó a tener asignadas funciones de carácter contencioso. La evolución del Consejo de Estado en derecho colombiano reitera esa tesis: la de que estuvimos siempre, durante el siglo XIX, frente a un órgano eminentemente asesor y consultor del gobierno, no de una institución jurisdiccional. Desde sus primeras manifestaciones hasta la reforma de 1914 fue un órgano ausente de la función jurisdiccional. Veamos su evolución para entender este problema histórico.

289. La casa de los Austrias regente en España, influida por la tradición de los reinos de la época en Europa²⁹⁸, organizó el poder público central a partir de la figura de los consejos. Idea que inicialmente inspiró el mismo Consejo de Estado francés napoleónico, recordemos que solo hasta 1806 ese consejo adquirió funciones contenciosas. La organización del ejercicio de poderes reales mediante consejo, propio de los Austrias llevó a incorporar la idea de un cuerpo asesor real de Estado llamado precisamente Consejo de Estado desde 1522 (o 1526) por transformación del consejo real²⁹⁹. Durante la regencia de esa casa se crearon doce consejos en diferentes materias y funciones (el de Estado, creado en 1522 por transformación del Consejo Real; de Guerra, 1517; de órdenes militares, 1495; de cruzadas, 1509; de hacienda, 1523; de la Inquisición, 1483); los otros seis tenían competencia

territorial (de Castilla, 1522; de Aragón, 1494; de Indias, 1524; de Italia, 1555; de Portugal, 1582; y de Flandes, 1588). Su composición fue variada y sus funciones consistían fundamentalmente en asesorar al rey en los asuntos de su competencia, y en el desarrollo de asuntos administrativos y de justicia, pero nunca ejercieron competencias contenciosas.

290. Bajo esa caracterización se diseñaron los consejos de Estado de la Independencia y de la vida institucional republicana hasta 1914, esto es, órganos en esencia y funciones consultivos; en cuanto a la justicia administrativa, como ya se dijo, predominó el sistema judicialista de única jurisdicción en manos de la justicia ordinaria. Una simple aproximación a los textos constitucionales de aquellas épocas donde se referían al Consejo de Estado así lo demuestra:

291. El antecedente más importante que se tiene en nuestra vida institucional de la existencia de un órgano de esta naturaleza se desprende de la “Reforma del gobierno de las provincias unidas de la Nueva Granada”, realizada el 15 de noviembre de 1815, acto con el cual se instituyó un Consejo de Estado. En la parte resolutive de ese acto legislativo se consideró que “[...] 6. No basta con la pronta y eficaz ejecución si al mismo tiempo en los casos graves y difíciles no se cuenta con el acierto de la deliberación, y que este se conseguirá por medio de un Consejo de Estado...”. De lo anterior se estableció en la parte resolutive que “[...] 5. Habrá también un Consejo de Estado compuesto del Vicepresidente de las Provincias Unidas que será su presidente, de los miembros que acaban de serlo del Gobierno General, y de los tres secretarios del despacho” 6. Este Consejo de Estado deberá preparar los trabajos que pidan tiempo y meditación, y dará sus consultas al Gobierno en todos los casos que él les exija, sin que por esto el Gobierno esté obligado a seguir sus dictámenes³⁰⁰. Señala Urueta que “el poder ejecutivo concentrado significaba algunos riesgos en cuanto al ejercicio de la autoridad política. Con base en esa consideración el Congreso decidió crear un Consejo de Estado”³⁰¹.

292. A ese primer Consejo de Estado se le asignaron funciones de órgano de consulta, lo mismo que de sustanciador de leyes y de códigos. Concretamente le correspondió “preparar los trabajos que pidan tiempo y meditación”; lo mismo que dar “sus consultas al gobierno en todos los casos que él exija sin que por esto esté obligado a seguir sus dictámenes”³⁰². Su integración se realizó con seis funcionarios provenientes del mismo gobierno. Como la gran mayoría de las instituciones creadas por los revolucionarios de aquella época desapareció como consecuencia de la reconquista española.

Posteriormente, mediante el Decreto del 30 de octubre de 1817, en la célebre población de Angostura, Simón Bolívar instituyó un cuerpo político, especie de asesor legislativo, al que denominó Consejo de Estado, similar en funciones al de 1815, es decir, siguiendo los mismos propósitos de la reforma al Gobierno general de las provincias unidas de la Nueva Granada. Se buscaba, según la motivación de dicho decreto, que

... las providencias importantes, las leyes, reglamentos e instituciones saludables que deben entre tanto publicarse para la administración y organización de las provincias ya libres o que se liberten, sean propuestas, discutidas y aprobadas en una asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan, merezca la confianza pública.

Dicho Consejo tuvo la más variada formación; en él participaron altos funcionarios del Estado – magistrados de la alta Corte de Justicia, secretarios de despacho, jefes militares, etc.– previamente designados por el gobierno y presididos por el jefe supremo, y en ausencia de este por el consejero en quien se hubiera delegado esta función. El voto proferido por ese organismo tenía solamente el carácter de consultivo, y en caso de ser aceptado por el jefe supremo la providencia respectiva debía estar encabezada con la fórmula “oído el Consejo de Estado, u oída la sección N. N. del Consejo de Estado”.

No tuvo atribuciones contenciosas, no fue órgano judicial y tan solo a la usanza de los consejos reales europeos asesoraba a Bolívar admirador incansable de los modelos imperiales y autoritarios europeos.

293. En la Constitución para la República de Colombia, promulgada en la Villa del Rosario de Cúcuta, en 1821, no se contempló expresamente un Consejo de Estado. No obstante, se estructuró un organismo consultor del gobierno al que se denominó Consejo de Gobierno.

294. En 1828 el orden institucional de la República se vio nuevamente transformado a raíz de la asunción de Simón Bolívar a los poderes dictatoriales. Mediante el decreto orgánico de esa nueva situación iuspolítica se facultó al jefe supremo del Estado para “alterar, reformar o derogar las leyes establecidas”. Esa potestad obligó a que se ideara un organismo político, asesor-legislativo, similar al de 1817; de esa forma, mediante Decreto del 27 de agosto de 1828 se creó un Consejo de Estado (Consejo de Estado de la dictadura) cuyas funciones principales consistieron en “preparar todos los decretos y reglamentos que haya de expedir el jefe de Estado, ya sea tomando la iniciativa o a propuesta de los ministros respectivos, o en virtud de órdenes que se comuniquen al efecto”. Esa situación histórica refleja aun más la influencia de los consejos reales en la mentalidad de Bolívar y el carácter meramente asesor de estos iniciales consejos de Estado.

295. La Constitución de 1830 restableció el Consejo de Estado (arts. 95 a 99) como órgano auxiliar y dependiente del poder ejecutivo. Al igual que en los otros consejos, su integración le correspondió al jefe de gobierno. Le fueron asignadas las funciones de sustanciador de proyectos de ley, lo mismo que la de cuerpo consultivo del gobierno, y sus determinaciones no tenían carácter vinculatorio. Por lo que respecta a la Carta Fundamental de 1832, señala Urueta que “marca un hito en la evolución del Consejo de Estado, pues ese ordenamiento constitucional le otorgó independencia por primera vez, en sus relaciones con el poder ejecutivo”³⁰³, aunque desde la perspectiva funcional fue un órgano exclusivamente asesor del gobierno. En la conservadora Carta de 1843 desapareció el Consejo de Estado y sus funciones le fueron asignadas al que hemos conocido como Consejo de Gobierno:

296. En las constituciones de 1853 –centro federal–, salvo la consagración de su artículo 36, en donde se instituyó un Consejo de Gobierno ocasionalmente consultable, y en las de 1858 y 1863 –federales– no se estipuló norma alguna referente al Consejo de Estado, ni mucho menos un organismo con funciones similares. Debemos advertir que algunas de las constituciones de los Estados soberanos, consagraron organismos consultivos denominados consejos de gobierno. Si a nivel federal no existió este importante cuerpo, a nivel provincial y estatal sí tuvo consagración de gran utilidad en aquella época de nuestro incipiente federalismo.

297. Se caracterizó esta primera etapa por estar el Consejo de Estado totalmente desligado del concepto de jurisdicción contencioso administrativa; como se observa, al Consejo de Estado, en las oportunidades que funcionó, le correspondió ejercer funciones de cuerpo consultivo y sustanciador de proyectos de ley o reglamentos, lo mismo que el cuerpo eminentemente político, como ocurrió en 1817 y 1828.

b. EL CONSEJO DE ESTADO DE CARÁCTER CONTENCIOSO. LA INFLUENCIA TARDÍA FRANCESA CON INTRASCENDENCIA DE LA IDEA REVOLUCIONARIA DE “*JUGER L’ADMINISTRATION C’EST ENCORE ADMINISTRER*”

298. El surgimiento del Consejo de Estado en Francia, bajo la perspectiva de órgano contencioso, estuvo vinculado indiscutiblemente al origen mismo del control a la administración por fuera de los marcos de la justicia ordinaria de los parlamentos judiciales, idea disidente de la ortodoxia de los

principios revolucionarios, en especial del concepto de división de poderes, a lo que se llegó inspirados en el postulado según el cual “*juger l’Administration c’est encore administrer*”, idea vinculada de manera sustancial a la historia de Francia. Por lo tanto, abordar los orígenes del Consejo de Estado implica, sin lugar a dudas, como lo hemos advertido, adentrarse en la historia política y jurídica de la Francia revolucionaria, napoleónica y republicana que, dicho sea de paso, no es la historia particular de Colombia, ni de las naciones latinoamericanas, ni mucho menos de la gran mayoría de los países europeos que de alguna forma han adoptado ese sistema de control a la administración pública.

299. Nunca en la historia constitucional de Colombia, ni en la época de la independencia ni en el transcurso de la vida institucional, se invocó conflicto alguno entre los poderes judicial y administrativo para justificar la instauración del contencioso administrativo o sustentar las bases de un Consejo de Estado como supremo tribunal de lo contencioso administrativo. Siempre y en todo lugar de nuestra historia fue una idea extraña y ausente de la realidad institucional y de las discusiones políticas constitucionales. Luego desde esta perspectiva, en lo sustancial la incorporación del Consejo de Estado a nuestro control contencioso obedeció más a razones de conveniencia y esnobismo constitucional que otra cosa. De por sí resultaba extraña a la tradición judicialista heredada de las estructuras españolas o de la influencia del constitucionalismo norteamericano.

300. La que pudiera considerarse estructuración definitiva del Consejo de Estado colombiano –salvo algunas vicisitudes que veremos más adelante– como organismo contencioso y jurisdiccional se inició con la vigencia de la Constitución Política para la República de Colombia de 1886. Esto es, casi ochenta años después de su incorporación en el derecho francés como órgano contencioso. Precisamente, la Constitución política de aquel año le asignó a dicha corporación el triple carácter de cuerpo consultivo del gobierno, gestor de proyectos de ley y de códigos, lo mismo que tribunal supremo de lo contencioso administrativo. Observamos entonces que durante ese período, por lo menos teóricamente, el concepto de Consejo de Estado aparece relacionado con el de la jurisdicción contencioso administrativa, aunque no se llevó a la práctica sino en 1914.

301. Sin embargo, ese proceso evolutivo se inició con el “acuerdo sobre reforma constitucional” adoptado por el Consejo Nacional de Delegatarios el 30 de noviembre de 1885, en el cual se estipuló –Bases de la reforma num. 16 – que “Se establecerá una alta corporación denominada Consejo Nacional o Consejo de Estado, con funciones principalmente de cuerpo consultor y encargado de contribuir a la preparación de las leyes, de formar la jurisprudencia política de la nación y de conmutar la pena capital”. En desarrollo de ese precepto la Constitución del 5 de agosto de 1886 dedicó el título XIII de su ordenamiento (arts. 136 a 141) al Consejo de Estado.

302. Como atribuciones se le señalaron las siguientes en el artículo 141:

[...] 1. Actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser oído en todos aquellos casos que determine la Constitución y las leyes. Los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el gobierno, excepto cuando vote la conmutación de la pena de muerte. 2. Preparar proyectos de ley y códigos que deban presentarse a las Cámaras y proponer las reformas que juzgue convenientes en todos los ramos de la legislación. 3. Decidir sin ulterior recurso las cuestiones contencioso administrativas si la ley estableciera esta jurisdicción, ya deba conocer de aquellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación. En este caso el Consejo tendrá una sección de contencioso administrativo con un fiscal, que será creado por la ley.

La atribución tercera no tuvo aplicación en razón de que el legislador no hizo uso de la facultad otorgada para crear la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ese esfuerzo resultó nugatorio por

cuanto mediante el Acto Legislativo 10 del 27 de abril de 1905 se suprimió el Consejo de Estado derogándose de paso el Título XIII de la Constitución Nacional³⁰⁴.

303. Mediante el artículo 42 del Acto Legislativo 3 de 1910 se instituyó la obligación perentoria para el legislador de establecer la jurisdicción contencioso administrativa: “la ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa”. Mandato que ejecutó a través de la Ley 130 de 1913^[305] que la instituyó con dos específicos órganos: el “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” y los “tribunales seccionales de lo contencioso administrativo”. En septiembre de 1914, mediante acto reformativo de la Constitución Política, se restableció el Consejo de Estado, atribuyéndosele en el artículo 6.º numeral 3 el desempeño de “las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo”; el 5 de noviembre de 1914 se expidió la Ley 60, orgánica del Consejo de Estado, que fijó el período de los consejeros de Estado desde el 1.º de diciembre de ese año. A partir de esa fecha, y de manera ininterrumpida, el Consejo de Estado ha venido funcionando como tribunal supremo y órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, así como tribunal constitucional en los asuntos de su competencia y en las especiales atribuidas por la constitución política.

CAPÍTULO TERCERO

Fundamentos del sistema del ordenamiento jurídico de la administración *

–Fuentes–

INTRODUCCIÓN. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

304. Al ocuparnos de la definición del derecho administrativo, operativamente, señalamos que entendíamos por tal el subsistema del ordenamiento jurídico que tiene por objeto el conocimiento y regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones y finalidades de la administración pública y de las relaciones con los administrados y la comunidad bajo contextos constitucionales y convencionales. Como subsistema, afirmamos su carácter de conjunto de principios, valores y reglas sectoriales dentro del universo del ordenamiento jurídico en permanente interacción y retroalimentación con la totalidad del sistema.

305. El concepto de sistema del ordenamiento jurídico implica un actuar conjunto coordinado y articulado de todos los elementos (principios, valores y reglas) de manera tal que frente a un caso concreto confluyen desde diferentes niveles, sustentando su legalidad y la solución adecuada en el proceso interpretativo y de aplicación del derecho. El sistema normativo implica la interrelación permanente de sus elementos, haciéndolos coherentes y dinámicos, y permitiendo así el análisis jurídico de manera integral. En los procesos interpretativos y de aplicación del orden jurídico a un caso concreto el ejercicio hermenéutico supone la presencia de más de una disposición normativa, de un principio o de un valor, todo un conjunto que debe armonizarse en procura de garantizar no solo la validez del sistema, sino también su posterior eficacia.

306. Esta garantía de legalidad no es otra cosa que la sujeción permanente, plena y necesaria de toda actuación pública al contexto del ordenamiento jurídico; o, para ser más exactos, al sistema normativo en general, de manera tal que toda actuación o decisión de una autoridad tenga su respaldo, origen y fundamento en él. Esto lleva a sostener que solo donde existe ordenamiento jurídico hay posibilidades de actuación y decisión administrativa, y que allí donde las autoridades actúen sin esos presupuestos no hay derecho sino arbitrariedad de las autoridades, desconocimiento de la plenitud, permanencia y necesidad del ordenamiento jurídico como punto de partida de su actividad³⁰⁶.

307. La validez o legalidad que, como observamos, se nos ofrece en un plano de sujeción al ordenamiento jurídico, nos determina diversas instancias de sujeción o niveles de principios valores y reglas a cuya cabeza se ubica la Constitución Política entronizada en el contexto de la convencionalidad. Solo desde esa perspectiva se puede entender la generación del derecho en el ordenamiento jurídico como sistema, y concretamente del derecho administrativo, en contraposición con el concepto tradicional de fuentes del derecho³⁰⁷⁻³⁰⁹.

I. ELEMENTOS DEL SISTEMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: PUNTO INDUBITABLE DE PARTIDA PARA SU FUNDAMENTACIÓN

308. La materia prima del sistema, como lo advertimos atrás, la constituyen los principios, valores y reglas como determinantes de la estructura, ordenamiento y funcionamiento del Estado y la vida social, los cuales, tratándose del subsistema administrativo, se articulan dándole de esa manera entidad a su aplicabilidad e interpretación. Subsistema que a su vez, en la medida de sus necesidades, se compenetra con todos los demás del sistema normativo.

309. De manera específica los elementos del sistema del ordenamiento jurídico se tipifican en modelos concretos que corresponden a manifestaciones de los diversos niveles, en lo que Kelsen denominó con propiedad “construcción escalonada” del sistema, con grados de conformación diversos

pero articulados, en donde el punto de partida es la norma fundamental, siempre armonizada e integrada sustancialmente con los principios, valores y estándares mínimos del orden convencional, en donde este configura un todo armónico con el orden interno.

310. En esa secuencia la doctrina encuentra unos niveles básicos de conformación del sistema: la Constitución, la ley y el reglamento, aunque en este último caso es preferible hablar del acto administrativo, el cual genéricamente no solo recoge al reglamento propiamente dicho, sino también otras manifestaciones de la administración pública generadoras de normatividad, tales como decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, etc. (recordemos que la denominación que se les otorgue no les quita ni les agrega nada respecto de su naturaleza como actos administrativos; a lo sumo, permite identificar el órgano del cual provienen pero nada más), todos ellos, como se advirtió, integrados sustantivamente con la convencionalidad.

311. Y, por otra parte, unos niveles “integradores” o de colaboración interpretativa y de aplicación, entre los cuales ubicamos la costumbre, los precedentes administrativos, los principios generales del derecho y la normatividad de la integración internacional o derecho de la integración.

II. ARTICULACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL SISTEMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CON EL ORDEN CONVENCIONAL

312. El ordenamiento jurídico es uno solo, y en él confluyen multiplicidad de subsistemas que de manera armónica le dan forma y contexto para el cumplimiento de sus finalidades. En ese sentido, y de manera sustancial, el sistema del ordenamiento jurídico está conformado y adquiere fuerza por efectos del derecho internacional, es decir, dada su integración material con el orden convencional, derivado precisamente de su imperatividad, en virtud de los compromisos habidos por los Estados en cuanto miembros de la comunidad internacional, lo cual incide específicamente y sin mayor discusión en la ordenación y ejecución de la función administrativa y por lo tanto del derecho administrativo.

[...] 1. El de convencionalidad es un concepto amplio, omnicompreensivo, complejo y en proceso de consolidación en el ámbito del derecho, que involucra, dada su configuración, un claro e inobjetable elemento amplificador del ordenamiento jurídico vigente en cada Estado, no solo por el hecho de la pertenencia de estos a la comunidad internacional, sino también, y adicionalmente, por estar ligados a ella, a través de instrumentos jurídicos vinculantes como pueden ser, entre otros, los tratados, convenios, protocolos y acuerdos internacionales de todo orden.

El solo hecho de la pertenencia a comunidad de Estados significa la afirmación de los principios generales del derecho de toda la comunidad civilizada y en la que se han asentado los ordenamientos jurídicos, y la defensa y cumplimiento de las obligaciones internacionalmente imperativas (“*jus cogens*”), que producen efectos “*erga omnes*”, sea que se encuentre positivizadas o no.

2. En esta línea de pensamiento la convencionalidad es esencialmente una estructura sustancial y material de derecho, nutrida de principios, valores, reglas y normatividad imperativa y preponderante, surgida del hecho natural de la existencia misma de un conjunto de naciones, así como del ejercicio pleno de la buena fe objetiva (“*pacta sunt servanda*”) entre ellas, que se hace acompañar de instrumentos adjetivos y procesales para su debida aplicación, el cabal cumplimiento de sus propósitos y el logro de las finalidades que de ella se desprenden, en cada caso, para cada uno de los sectores de la actividad pública o privada en donde deban surtir plenamente sus efectos, configurando esencialmente un todo normativo y de principios que excluye cualquier lectura dualista de los ordenamientos, por lo tanto, que rompe con conceptos absolutos de soberanía nacional, adecuándola a las necesidades propias de estructuras estatales sociales y democráticas de derecho que tienen

como derrotero y finalidad la integración, reciprocidad y universalidad en favor del ser humano, en lo que se ha dado en llamar de manera recíproca, la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional...

4. La convencionalidad domina, en consecuencia, el pleno funcionamiento de los poderes públicos de todos los Estados, así como la actividad de todas sus autoridades, penetrando espacios o esferas bajo criterios de preponderancia y vincularidad, en escenarios de la más variada naturaleza, como los referentes a las decisiones que estas deban tomar en aspectos relativos a los derechos humanos, sociales, políticos, militares, económicos, etc. Precisamente, en la medida en que se trata de garantizar unos mínimos de convivencia, paz y respeto internacional y en relación con todos los asociados, dentro del marco de naciones civilizadas y Estados constitucionales que hacen parte de la comunidad internacional³⁰⁹.

313. Como construcción jurídica sustancial la convencionalidad deviene de manera directa de los precedentes consolidados en una larga evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹⁰ y de algunas opiniones consultivas³¹¹ de la misma, a partir de las cuales se pueden construir y consolidar sus rasgos más importantes y característicos como sistema material de principios, reglas y valores, los cuales con facilidad pueden reconducirse a un marco de reglas y subreglas estructuradoras y articuladoras del sistema. Con fundamento en esos precedentes y opiniones consultivas, es posible sostener que el concepto de convencionalidad se soporta sobre la base de las ideas de sistema jurídico único, integración normativa, consolidación de un ordenamiento jurídico único en lo público y privado, ruptura del concepto dualista de ordenamientos jurídicos, efecto directo de las obligaciones convencionales y carácter vinculante de sus principios, normas y reglas, todo en función del ser humano³¹²⁻³¹³.

314. Bajo estas consideraciones resulta indudable la integración de las normas, principios y valores del orden convencional con el derecho administrativo de las naciones. Negar esta realidad significa cercenar los canales comunicantes y vinculantes de esos sistemas jurídicos en un mundo que, como lo expusimos a propósito de la base de la integración, se concentra en grandes bloques de naciones, en donde cada una de ellas cede espacios de soberanía quedando sometidas, incluso en cuanto al régimen administrativo, a parámetros, principios, normas y reglas desarrolladas por instituciones supranacionales que inciden en la estructuración y legalidad de las decisiones de quienes ejercen funciones administrativas en cada uno de los Estados miembros.

315. Después de la Segunda Guerra Mundial el fenómeno adquirió proporciones significativas en materias como los derechos fundamentales, el trabajo, la economía, e incluso en la misma legalidad de los actos administrativos. En Colombia, no obstante los adelantados sobre la materia durante la vigencia de la Constitución de 1886, el tema adquirió sustento material innegable con la entrada en vigencia de la Carta de 1991, en donde se admitió expresamente la vinculación jurídica del derecho interno de la República a las previsiones del ordenamiento internacional. En otras palabras, la legalidad internacional se convirtió en determinante y orientadora del ejercicio de competencias de las autoridades administrativas y de las contencioso administrativas³¹⁴.

III. FUNDAMENTOS SUSTENTADOS EN LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA, O BASES DE CONSTRUCCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO (PRINCIPIOS Y VALORES)

316. La Constitución política del Estado, conjunto armónico de principios y valores fundantes del sistema, al igual que el conglomerado de normas en ella involucradas, tal como la entendemos contemporáneamente, configura en su totalidad el ordenamiento jurídico, constituyéndose en punto central imperativo de integración y aplicación del mismo, en cuanto esté articulada convencionalmente. Posee en consecuencia fuerza jurídica suficiente y por lo tanto carácter normativo indiscutible que embarga sustancialmente al subsistema del derecho administrativo, determinándolo en relación con su contenido sustancial y de finalidades³¹⁵.

317. Sin embargo, el concepto de Constitución no se agota en la norma jurídica, pues la evolución constitucional nos ofrece otro elemento característico: el de la Constitución como “norma suprema”. En ese sentido se la considera el punto inicial básico o supremo de la totalidad del sistema jurídico, la ley máxima o suprema. De rango superior al de cualquier otra norma del sistema, cabeza indiscutible del sistema jurídico y de cuantos subsistemas se logren articular en su interior. Expresión que la Constitución Política colombiana de 1991 redujo en el ya transcrito artículo 4.º, cuando estipula que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, idea indiscutible de la supremacía llevada a la norma del ordenamiento positivo constitucional.

318. Esta supremacía, en la pretensión de ser completa y verdaderamente integradora del sistema del ordenamiento jurídico, implica su análisis desde dos perspectivas complementarias: la formal, que nos señala el texto constitucional como punto supremo de imputación y unos niveles inferiores o grados jerárquicos de producción normativa de manera tal que en cada uno de ellos se identifica un escalón en la cadena normativa del sistema; y por otra parte la material, sustancial o de contenido, que nos enseña que la supremacía constitucional no se agota exclusivamente en la existencia de una pirámide de integración del sistema jurídico sino que va más allá, contiene, o por lo menos permite determinar los principios y valores en los cuales se inspira y sustenta: la Constitución determina el contenido de las normas producidas en los niveles inferiores. Mientras la supremacía formal indica un condicionamiento externo, la material nos ubica en las entrañas mismas de la norma en su espíritu. De esa forma el elemento material condiciona los procesos interpretativos, integradores y de aplicación del sistema y de los subsistemas que la integran como el del derecho administrativo³¹⁶.

319. Esas características, predicables del concepto de Constitución como norma jurídica, influyen definitivamente en las actuaciones administrativas, en la medida en que la Constitución, sin la necesaria intermediación de la ley, les introduce dinámica, y les determina algunos de sus principales derroteros y finalidades. Como lo señala Parejo Alfonso, la legalidad de la administración, esto es, su vinculación a una norma superior, no excluye su vinculación “aún más fuerte” a la Constitución; de ahí que siempre la administración deba adecuar sus decisiones y actuaciones a la misma Constitución³¹⁷. De esa postura prácticamente rectora de la actividad administrativa que adquiere la Constitución frente a la administración pública se puede deducir el papel determinante que para el derecho de la administración adquiere directamente la Constitución; papel no solo formal sino sustancial de allí que no aceptemos el planteamiento histórico de Otto Mayer, en el sentido de que el derecho constitucional pasa mientras el derecho administrativo permanece³¹⁸.

320. De la Constitución, y para la conformación sistemática del derecho administrativo con ella, se desprenden cinco importantes cláusulas o bases rectores de la totalidad de su actividad, y continente de algunos otros que los confirman; de esa forma podemos decantar de la Constitución de 1991: “base del Estado de derecho”, “base del Estado democrático”, “base del Estado social”, “base del Estado unitario”, y “base de la integración”, los cuales, a su vez, son portadores de principios y valores que

orientan y determinan la acción de los poderes públicos y de las relaciones entre el Estado y los asociados. Todos esos contenidos son parte indiscutible de la Constitución sustancial, que es, a no dudarlo, la columna conductora de todo lo político y social³¹⁹.

A. BASE DEL ESTADO DE DERECHO

321. La base del Estado de derecho o de sujeción del Estado plenamente al ordenamiento jurídico, es una expresión sustraída del constitucionalismo alemán para las constituciones europeas y americanas que pretenden con la misma significar la sujeción tanto formal como material de la organización política a un orden de cosas contrarias al absolutismo, la arbitrariedad y el autoritarismo. Esto es, encarna en sí misma un indudable principio sustancial de ordenación de todos los poderes, en especial de la función administrativa del Estado de manera tal que asegure la vigencia de los derechos subjetivos de los asociados y los colectivos³²⁰. Desde esa perspectiva el concepto de Estado de derecho no es un problema exclusivamente normativo, sino que comprende al Estado en su dinámica total. En su concepción original el Estado de derecho no se identifica directa y plenamente con la norma jurídica. Como lo indica García-Pelayo, originariamente el concepto estaba dotado “de un contenido de índole ontológica y axiológica”³²¹.

322. El Estado de derecho no puede ser entendido exclusivamente como el poder sujeto a un preciso orden normativo. Concebirlo en ese contexto sería tanto como pretender construir un postulado general a partir de uno de sus elementos, negándole entidad a todos aquellos otros aspectos de diversa naturaleza que permiten identificarlo a cabalidad. Esta es la visión parcializada que el positivismo jurídico le introdujo al concepto amplio de Estado de derecho, circunscribiéndolo exclusivamente dentro de la llamada “teoría pura” a la vigencia de un orden normativo específico: concepción formalista que desnaturaliza la visión sustancial y amplia con que debe ser entendido el fenómeno. Precisamente la concepción del Estado de derecho dentro de la Constitución Política de 1991 abandona la estrecha interpretación positivista y se adentra por los senderos del entendimiento sustancial del fenómeno, en donde los valores y principios coadyuvan simultáneamente con la norma en la formación de un todo amplio para su interpretación y conocimiento.

323. Este fenómeno de abandono a la fidelidad normativa y de incorporación al amplio sendero del Estado de derecho, que respeta el orden jurídico pero que coadyuva a su actuación sustentado firmemente en elementos axiológicos y ontológicos concretizados en valores y principios, es lo que García de Enterría entiende por Estado de derecho, “como Estado material de derecho”. Precisamente al evaluar el alcance de la fórmula utilizada por el constituyente español en el artículo 1.º de la Constitución de 1978 indica que el constituyente plasmó el concepto de “Estado de derecho” y no de “Estado legal”, en donde la expresión Estado de derecho debe ser entendida en su sentido amplio y no exclusivamente desde la perspectiva de una de sus fuentes como es la ley³²².

324. Bajo esas características, el concepto de Estado de derecho se constituye en el punto de partida y en el determinante formal y sustancial de la totalidad de la actividad y función administrativa del Estado; en consecuencia, se consolida como el referente del régimen jurídico predicable para el ejercicio de dicha función, esto es, para el derecho administrativo. Desde esa óptica del Estado de derecho como base constitucional se pueden vislumbrar algunos principios que circunscriben tanto a la administración pública como a su derecho: de legalidad, de prevalencia del interés general, de responsabilidad, de prevalencia y respeto de los derechos fundamentales, de división de poderes y de control de la actividad pública.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

325. Una de las principales consecuencias de la existencia plena de un Estado de derecho se traduce en el denominado “principio de legalidad”. En estricto sentido el principio de legalidad no puede ser identificado con el Estado de derecho. Si se quiere, debe ser entendido como una de sus características determinantes, producto de la indiscutible sujeción a un orden jurídico, significándolo no bajo la concepción formal positivista, sino bajo su expresión material que, como lo vimos, resulta más amplia e ilustrativa.

326. La legalidad entendida como elemento del Estado de derecho no se circunscribe a los estrechos marcos del positivismo legal. En otras palabras, no podemos asimilarla exclusivamente al acatamiento o sometimiento de la ley en estricto sentido. Como lo observamos al desarrollar el concepto de Estado de derecho, la legalidad implica una aproximación al concepto sustancial de derecho, lo que recoge irremediabilmente la totalidad de normas, principios y valores que inspiran el sistema jurídico.

327. Para ser más exactos, el principio de legalidad así entendido resulta asimilable al principio del respeto y acatamiento al bloque de la legalidad que recoge la totalidad de elementos articulados en el llamado sistema del ordenamiento jurídico. En ese sentido debe ser entendida la vinculación positiva de la administración al principio de legalidad. Si bien es cierto que la sujeción de la administración al derecho debe estar precedida de una disposición normativa, la misma no necesariamente debe ser de carácter especial. La vinculación puede estar dada por normas generales, por el bloque de legalidad, que puede incluso comprender principios y valores³²³.

2. EL PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL

328. Como consecuencia directa del carácter material del concepto del Estado de derecho, y en estrecha relación con la que hemos denominado en el acápite anterior “legalidad finalística”, encontramos como presupuesto básico y determinante del ejercicio de la función administrativa el llamado principio de la prevalencia del interés general.

329. En cuanto concepto básico, su incorporación al ordenamiento jurídico corresponde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular o nacional del poder, que considera como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual, el cual no desaparece sino que debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que este sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema.

330. En esta perspectiva el principio se vincula directamente con las finalidades estatales, y para su concreción debe acudir necesariamente a todos aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo torna en un concepto abierto e indeterminado.

331. Desde el punto de vista positivo el principio obtiene consagración a partir del preámbulo de la Constitución Política al establecer que el ejercicio del poder soberano de los constituyentes se inspiró en el fortalecimiento de la “unidad de la nación” y en “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”, procurando la institucionalización de “un orden político, económico y social justo”. Se reitera ello en el artículo 2.º

constitucional cuando, al enunciar los fines esenciales del Estado, se le indica a las autoridades públicas que han sido instituidas para “servir a la comunidad y promover la prosperidad general”. Posteriormente, en el artículo 123 superior, se insiste nuevamente frente a los servidores públicos en que el ejercicio de sus funciones implica responsabilidades directas para con la comunidad: “... los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”.

332. Específicamente respecto de quienes ejercen la función administrativa, el artículo 209 constitucional hace dos perentorias advertencias: “la función administrativa está al servicio de los intereses generales”, y quienes tengan autoridad administrativa “deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”³²⁴.

333. En su relación con el mundo de lo jurídico, el interés general o público encarna inevitablemente la necesidad de que toda actuación institucional de las autoridades procure el cumplimiento de los fines estatales y no los particulares de los sujetos vinculados con el Estado en relación funcional o contractual, generando en consecuencia cualquier actuación desviada de esos propósitos vicios materiales en el acto o contrato correspondiente, que deben desencadenar sin falta su nulidad.

3. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD

334. Congruente con el ejercicio del poder institucionalizado, el Estado de derecho proclama la inevitable necesidad de hacer a los organismos públicos y a las personas a ellos vinculadas responsables de manera general frente al ordenamiento jurídico, y de manera personal cuando hubiesen desbordado los parámetros definidos para el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad lleva las condenas patrimoniales a cargo de unos y otros en caso de generarse daños de carácter antijurídico que hicieren necesario restablecer en sus derechos o indemnizar a los asociados. Constitucionalmente el principio de la responsabilidad se encuentra determinado a partir del artículo 6.º de la Carta fundamental cuando de manera expresa indica que las autoridades públicas son responsables por infringir la Constitución y las leyes y “por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

335. Ahora bien, y desde el otro extremo, en el Estado de derecho la responsabilidad comprende igualmente al Estado y sus organismos. En ese sentido el artículo 90 constitucional, en su inciso 1.º, establece que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”.

4. EL PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA Y EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

336. Bajo la concepción y filosofía del Estado de derecho la organización política y jurídica estatal solo se justifica, y materialmente cumple sus funciones y deberes, si garantiza de manera plena los derechos humanos sean estos de estricto carácter subjetivo o colectivo y social. Esa es su razón última de ser, la que le da contexto sustancial.

337. El derecho de Estado se ha visto acrecentado de manera importante y sustancial por normas y principios de carácter universal que generan indiscutibles efectos jurídicos, pues vinculan no solo al Estado, sino que también a la misma comunidad le generan obligaciones, deberes y, por lo tanto, responsabilidades. En la hora actual de las instituciones nos encontramos por lo tanto ante la interacción dinámica y permanente de ordenamientos particulares como los de cada Estado con los

derivados de las relaciones internacionales y universales, como es el caso de los relativos a derechos de la humanidad en todas sus categorías y modalidades³²⁵ (convencionalidad).

338. Desde el punto de vista de la fuerza vinculante, la prevalencia y el respeto de los derechos fundamentales no ata exclusivamente al Estado, sus organismos y servidores, sino que obliga por igual a todos y cada uno de los asociados. Genera obligaciones de carácter comunitario, que implican a su vez restricciones al ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos.

5. EL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN DE PODERES

339. El principio de la división de poderes, catalogado como uno de los axiomas de la institucionalización del poder, configura un sistema de control entre los diferentes órganos y autoridades, al igual que una vía adecuada para evitar su concentración; es uno de los instrumentos más claros contra el absolutismo y el ejercicio individual del poder. La fuente directa de la separación de poderes proviene de las elaboraciones doctrinales del constitucionalismo inglés. Pensadores como John Locke expusieron la idea de la racionalización del poder como base indubitable para su ejercicio, procurando de esa manera salirle al paso al absolutismo y la tiranía. En ese sentido el concepto se trasladó al constitucionalismo norteamericano que lo desarrolló y adaptó a sus necesidades. Puede afirmarse que formalmente el concepto de división de poder en su elaboración inglesa sirvió de fundamento a la proclamación francesa de la división de poderes.

340. En Colombia el principio de la división de poderes está consagrado en el artículo 113 constitucional en la modalidad de tridivisión del poder, aunque acepta la posibilidad de la existencia de otros órganos autónomos e independientes para que asuman funciones propias del Estado. Se trata de una tridivisión del poder ampliada, no rígida y que abre las posibilidades para que el Estado no se restrinja exclusivamente a las tradicionales ramas legislativa, ejecutiva y judicial, pudiendo hacer presencia funcional a través de cualesquiera otros órganos pertenecientes o no a las divisiones clásicas. La norma en concreto indica:

Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

6. EL PRINCIPIO DEL CONTROL DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA

341. Desde su formulación el Estado de derecho, en cuanto fenómeno contradictorio del absolutismo y la tiranía, predica como regla impulsora de su funcionamiento la de los “pesos y contrapesos” para el ejercicio del poder. En ese sentido se puede afirmar que el denominado principio del control de la actividad pública constituye a no dudarlo un verdadero sistema que se expande como una gran malla protectora y garantizadora de la estabilidad del Estado de derecho. La misma existencia de la división de poderes encuentra su naturaleza en el carácter de medio de control para evitar la concentración del poder. Sin embargo, una aproximación a la identificación de los tipos de controles existentes al interior del Estado, y específicamente de la administración pública, nos permite concluir que el sistema de controles es esencialmente complejo y de dificultosa clasificación. Un Estado sin controles no es un verdadero Estado de derecho, no olvidemos que este principio se funda precisamente en la lucha contra la arbitrariedad.

B. BASE DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

342. El concepto de democracia se sitúa en el centro de la interpretación de la forma del ejercicio del poder público, consecuentemente, de la determinación y análisis del origen de los sujetos que lo desarrollan y de los mecanismos utilizados para esos fines, con el más profundo respeto a los derechos subjetivos y colectivos, en contraposición a la autocracia. La base de la democracia, más que un mero instrumento, constituye un fenómeno cultural con indudables efectos políticos, sociales y jurídicos, que debe dominar el ejercicio del poder en todas sus manifestaciones.

343. El sistema democrático se funda a todas luces en el desarrollo del principio de la igualdad, que pretende el rompimiento de todos aquellos privilegios y exorbitancias que alejan el ejercicio del poder de los intereses del pueblo, que constituyen su base esencial. Señala García-Pelayo que este es, sin duda, el punto de partida de cualquier concepción sobre la democracia. En desarrollo de esta característica, la democracia se distingue porque:

[...] a. La voluntad y actividad del Estado es formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ella; b. Por consiguiente, el pueblo, a quien se dirige el poder del Estado, es al mismo tiempo sujeto de este poder; su voluntad se convierte en voluntad del Estado sin apelación superior; el pueblo es, pues, soberano³²⁶.

344. En ese sentido se puede afirmar sin dudas que respecto de la administración pública la democracia domina, no solo para la integración de los órganos o autoridades superiores de la administración, sino también en su interior. En cuanto se refiere a su ejercicio, la situación es similar: por lo menos a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 el ejercicio autocrático de la administración pública está altamente restringido, no solo por el ejercicio de los órganos de control, sino también por la proliferación de mecanismos de participación ciudadana, con efectos directos en el ejercicio de funciones administrativas, tal y como lo observamos al tratar de la participación ciudadana como mecanismo de amplificación en el ejercicio de la función administrativa.

1. EL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA POPULAR

345. Al analizar los aportes de las revoluciones americana y francesa al derecho público y administrativo destacábamos el papel que cumplieron sus teóricos en la conceptualización de la base sobre la cual se montaban las nuevas relaciones generadas a partir de los cambios históricos tras la caída del ejercicio individualizado del poder. Afirmábamos que el gran aporte de la nueva ideología consistió en arrebatarle al príncipe el ejercicio de la soberanía, poniéndola de manera directa en manos del pueblo o de la nación, concepto abstracto que comprendía igualmente al pueblo.

346. La tradición política norteamericana, heredera directa del pensamiento inglés, incrusta en la literatura y la Constitución el concepto de democracia y soberanía popular. Democracia entendida como gobierno del pueblo, en donde los intérpretes de la voluntad estatal en los niveles decisivos son el producto de la voluntad popular, que los ha escogido para esos fines. El rey ha perdido el ejercicio del poder, y lo ha ganado bajo este principio el pueblo norteamericano³²⁷. Influido por esos principios, Rousseau defendió para las instituciones políticas francesas su aplicación irrestricta. Sin embargo, mientras la revolución americana proclamaba el principio de la soberanía popular, la francesa, influida principalmente por la concepción dominante de Montesquieu, acuñaba el de la soberanía nacional, en donde el ejercicio del poder recaía en el cuerpo ficticio y abstracto de la nación, caracterizado por su universalidad e impersonalidad, que comprendía igualmente al pueblo.

347. Independientemente de esta discusión, lo cierto es que el poder ya no se ejerció más de manera autocrática por el príncipe, sino que se trasladó, como lo indicábamos, al conglomerado en general. El pueblo, así entendido, actúa como sujeto político que conforma una voluntad conjunta dentro de una pluralidad de concepciones.

2. EL PRINCIPIO DE LA PARTICIPACIÓN

348. El concepto de participación es inherente al Estado democrático. Constituye no solo uno de sus principales mecanismos para acercar a la realidad el principio de igualdad de los asociados en el ejercicio del poder, sino que coadyuva como el principal medio de ampliación de los instrumentos democráticos de cualquier sociedad. La participación se instituye como solución histórica frente a la grave crisis del sistema democrático representativo. La crisis del sistema representativo, con la acumulación de funciones en el ejecutivo, ha hecho que la esencia de la democracia se amplíe y que los ciudadanos se incorporen directamente a los asuntos administrativos, que es donde evidentemente se concentra el poder político. El moderno derecho administrativo no puede negar esta realidad; de ahí que incluya en su objeto el estudio de estos fenómenos amplificadores³²⁸.

349. Como lo expresa Sánchez Blanco, la incorporación del principio de la participación

... atribuye a los poderes públicos, *in genere*, el compromiso de la promoción de las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas para individuos y grupos sociales, objetivo competencial que incorpora la permanente dialéctica de las dualidades –no antitética ni dicotómica– del ciudadano y el poder, de la persona y el grupo, de la actividad de los poderes públicos y la teología de esa acción, y los valores sociales expresados por la igualdad, en coexistencia con los valores privados contenidos en la libertad.

3. EL PRINCIPIO DE PLURALISMO

350. Este principio resulta característico y predicable de la democracia en cuanto particulariza casos específicos de consolidación del principio de la igualdad, que, como indicábamos, es la base sobre la cual se edifica toda la construcción democrática. El pluralismo plantea dos actitudes de vida claves para la cultura de la democracia: la aceptación de la diferencia, y su respeto y tolerancia. La democracia no se consolida de modo exclusivo con el simple reconocimiento de la diversidad de pensamiento, concepción, lengua, raza, religión o creencias, etc. Es tan solo a partir de su respeto y posibilidad de convivencia por medio de una vocación de tolerancia que se puede admitir que verdaderamente estamos incursos en un proceso democrático. El pluralismo, en su interacción inevitable con la tolerancia, nos permite afirmar que estamos frente a la aceptación y convivencia con la diversidad, en la coexistencia de tendencias³²⁹.

4. EL PRINCIPIO DE LA INTEGRACIÓN POR LA VÍA ELECTORAL

351. Tradicionalmente, entre los sistemas de democracia representativa, el componente típico mediante el cual se estructuran los mecanismos de delegación que permiten hablar de la existencia de instituciones representativas ha sido el de la vía electoral o el ejercicio del voto por los asociados. De todas formas, la configuración de órganos representativos implica la presencia irremediable de la democracia directa como integradora de estos. No se puede hablar de la existencia de un verdadero

sistema de democracia delegada o representativa si no ha intervenido previamente, de forma específica a través del voto, el pueblo decidiendo quiénes son sus representantes.

C. BASE DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

352. La cláusula o base constitucional del derecho administrativo fundada en la idea del “Estado social de derecho”³³⁰ se explica a partir de la interacción sustancial permanente, dialéctica y finalística entre el Estado, el derecho y la sociedad (cuestión social) con sus realidades, dificultades y apremios en vía de brindar soluciones adecuadas, oportunas y ponderadas en el ámbito social a partir del máximo empeño de las instituciones en su conjunto, y de la administración pública en especial, bajo el entendido de que lo social tiene fuerza vinculante y determinante en la fundamentación de las decisiones públicas y privadas³³¹.

353. Sin embargo, esta idea de la integración entre conceptos aparentemente antagónicos, como los de derecho y lo social en procura del bien común, y desde esta perspectiva motor impulsor de todo el ordenamiento jurídico, se ha visto enfrentada a múltiples dificultades y oposiciones doctrinales, tendientes a diferenciar lo estrictamente jurídico de lo social, confrontación que se resolvió a favor de entender los dos conceptos vinculados y con fuerza jurídica que irradia todo el ordenamiento jurídico en la dirección de resolver los conflictos y dificultades latentes en la sociedad. Al respecto son famosas en Alemania las discusiones acerca de estos asuntos entre Hans Peter Ipsen, Ernst Forsthoff y Otto Bachof. En esta vía el Estado social de derecho es esencialmente sustancial³³².

354. En definitiva, a partir del debate final se puede sostener que el Estado social es esencialmente una función del orden constitucional de carácter social inmerso materialmente en esa finalidad. Desde esta perspectiva el Estado social de derecho es entendido como un fenómeno de lo jurídico; no obstante esa ubicación de su naturaleza, su contenido sigue siendo un problema de definición. Para algunos la función estatal es ante todo una función de estabilización, que pretende fundamentalmente compensar las desigualdades sociales o auto estabilizar el Estado a partir de la nivelación de la sociedad. Algunos otros encuentran la posibilidad de la intervención estatal frente a los conflictos sociales como una función estabilizadora. Para otro sector de la doctrina, esta cuarta posición interpretativa implica una función de progreso y reforma social en cabeza del Estado, el cual “goza de una cierta autonomía en orden a configurar su función ofensiva de constitución de la sociedad. Y ello a partir de los valores consagrados en la Constitución y de su ponderación de conjunto y relativa”.

355. El papel de la administración pública (y de su derecho el administrativo) para el cumplimiento material de las finalidades propias del Estado social de derecho es fundamental en cuanto depositario de la acción necesaria para la realización de sus cometidos. En ese sentido, al analizar las relaciones de esta base con el derecho administrativo, Parejo Alfonso prefiere hablar de un “Estado social administrativo”, en cuanto que la administración constituye el punto o centro de gravedad para su operatividad: “El Estado social es, por razones obvias, fundamentalmente un Estado administrativo, cuyo centro de gravedad radica en la ejecución [...] de las políticas públicas formalizadas legislativamente”. De allí que tradicionalmente la presencia de la administración en todos los sectores de la sociedad se considera como un síntoma importante de la efectividad del Estado social de derecho³³³.

356. La Corte Constitucional colombiana se ha ocupado de la definición del Estado social de derecho y de sus repercusiones en el ordenamiento jurídico colombiano. En primer lugar, acepta la Corte que la cláusula no es una cláusula en blanco, ni mucho menos una “muletilla retórica o

filantrópica del Estado colombiano”, sino que constituye un cambio cualitativo y cuantitativo en las finalidades estatales:

Desde este punto de vista, el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad.

Lo anterior implica consecuentemente

Una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal, entendido como emanación de la voluntad popular, y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos³³⁴.

Se puede observar que la base en cuestión se hace acompañar de dos importantes principios: el de solidaridad y el del orden económico y social justo.

1. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

357. La cláusula del Estado social de derecho implica un correlativo sistema de asistencia mutua, tendiente a la solución de los conflictos que atentan contra la vida en comunidad. Este sistema se materializa en la existencia del fenómeno de la solidaridad, el cual no es otra cosa que la relación recíproca o de interdependencia que debe existir entre el Estado y sus asociados, e incluso entre los miembros de la misma sociedad, en una especie de solidaridad que se relaciona indiscutiblemente con otro aspecto constitucional ya analizado como es el del pluralismo y la tolerancia³³⁵. La Corte Constitucional considera que la solidaridad, al ser establecida en el texto constitucional, ha dejado de ser un imperativo ético “para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad [...] compromete a la sociedad entera y al Estado”³³⁶.

358. En posterior providencia, la Corte Constitucional sostuvo que las obligaciones que emanan del Estado social de derecho encuentran para su aplicación respaldo efectivo en principios como el de la solidaridad:

... la dignidad humana y la solidaridad son principios fundamentales del Estado social de derecho [...] Toda persona tiene el deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social [...] El principio de solidaridad social no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados³³⁷.

2. EL PRINCIPIO DEL ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL JUSTO

359. Entre las interpretaciones que observábamos del Estado social de derecho encontramos que la cláusula inspira la idea de la redistribución y de la ruptura de las desigualdades sociales que se observan en el Estado, aunque es cierto que lo social infunde la necesidad de abordar el equilibrio no solo en los aspectos exclusivamente económicos, esto es, que el restablecimiento de un orden normal de la sociedad implica la penetración y la presencia del Estado en todos los aspectos estelares de su vida, así sea interviniendo directamente en los fenómenos económicos, políticos, culturales y de otros

géneros que puedan verse afectados, o creando las condiciones para que la misma sociedad sea la que lleve la iniciativa en ese equilibrio de convivencia que se espera y que el constituyente asimila al concepto de justicia o de orden justo. Infortunadamente la fórmula constitucional pretende limitar el orden que lleve al equilibrio social a un orden estrictamente económico. La justicia social, como lo advertimos, se logra tan solo en la medida en que la plenitud de los elementos de lo social se equilibren dentro del Estado.

D. BASE DEL ESTADO UNITARIO

360. El problema de la distribución del poder en el territorio del Estado moderno (funciones y competencias en su espacio), y el reconocimiento de la capacidad decisoria de sus entidades ha estado determinado por las concepciones ideológicas que influyen de manera significativa en modelos diversos (unitario, federal, autonómico). El Estado colombiano, salvo las frustradas experiencias federalistas de 1853 a 1885, ha estado dominado por las ideas del unitarismo que se hace acompañar de instrumentos de delegación, desconcentración y descentralización en los entes periféricos al poder central. Modelo esencialmente centralista de escasa distribución del poder.

361. El régimen unitario concentra en un solo punto de decisión el gobierno del Estado; tanto externa como internamente es uno solo. No es, en verdad, amplio en la distribución de funciones, concentrando las cuatro fundamentales: la constituyente, la legislativa, la ejecutiva o administrativa, y la judicial. Burdeau lo describe perfectamente: “es el que solo posee un centro de impulsión política y gubernamental [...] Todos los individuos colocados bajo su soberanía obedecen una misma y única autoridad, viven bajo el mismo régimen constitucional y están regidos por las mismas leyes”³³⁸⁻³³⁹.

1. PRINCIPIOS ATEMPERADORES. DESCONCENTRACIÓN Y DELEGACIÓN. DESCENTRALIZACIÓN

362. El modelo unitario centralizado clásico que, como lo advertimos, cumplió históricamente unos propósitos claros en la unificación del poder, necesariamente hizo crisis, pero de la misma se generaron respuestas con el exclusivo propósito de garantizar su existencia atemperada y mucho más coherente con el funcionamiento del Estado y el respeto a las colectividades locales. Surgieron entonces los conceptos de desconcentración y descentralización como instrumentos históricos, en menor y mayor grado respectivamente, conciliadores del unitarismo con la vida, la iniciativa y la capacidad decisoria de los entes periféricos.

363. Mediante la desconcentración el Estado otorga a los entes locales y territoriales precisas funciones sin perder la facultad decisoria; es decir, las autoridades periféricas obran en estos casos como agentes del poder central. La función se ejerce en nombre del Estado: la desconcentración es antagónica con la autonomía. Las entidades locales cumplen con las específicas orientaciones del poder central, sin posibilidad de adicionar o cambiar la decisión final. Como se observa, es una forma de permanencia del control central en un punto determinado del espectro nacional. Dentro de ese esquema las entidades territoriales carecen de personería; sus necesidades se satisfacen en la medida que el centro de poder lo decida, y carecen en absoluto de cualquier forma de autonomía o de gobierno político. Escasamente desarrollan funciones policivas elementales. La desconcentración genera relaciones de jerarquía entre el funcionario que cumple las funciones y las autoridades superiores³⁴⁰.

364. La desconcentración no es otra cosa que la modalidad de centralización más característica que le permite articular canales comunicantes con la periferia, evitando el traslado material y físico de los

poderes centrales, los cuales instituyen delegados que actúan en su nombre y representación, comprometiendo los recursos centrales y obligando al Estado y no a la localidad donde residan estos simples agentes³⁴¹.

365. Por el contrario, mediante el fenómeno de la descentralización el Estado se desprende de específicas funciones, asignándolas a las entidades periféricas para que estas las ejerzan autónomamente, mediante la toma de decisiones necesarias para su planteamiento y ejecución. Dentro de ese contexto el ente adquiere no solo la posibilidad de administrarse, sino también de gobernarse. Idea esta última emanada del ejercicio independiente o autónomo de la decisión. Esta noción de descentralización ha llevado a que la doctrina hable de la existencia de un gobierno local, inspirado en la teoría de Constant, estudiada sobre el poder municipal o poder local, paralelo a los poderes tradicionales del Estado³⁴².

2. EL ESTADO UNITARIO EN COLOMBIA

366. La Constitución Política de 1991 reiteró el principio constitucional de la organización del Estado, establecido en la Constitución de 1886 y que dio al traste con el sistema federal que desde 1853 dominaba el ámbito de la organización territorial y de las decisiones fundamentales del Estado. Al respecto, el artículo 1.º constitucional indica que Colombia es una “República unitaria, descentralizada con autonomía en sus entidades descentralizadas”. Por su parte, el artículo 115 superior, complementando la idea unitarista, ubica a los organismos propios de las entidades territoriales dentro del ámbito de la rama ejecutiva nacional y al respecto señala que “Las gobernaciones y las alcaldías [...] forman parte de la rama ejecutiva”. En esa misma línea de ideas, el artículo 209 constitucional amplía el marco de instrumentos señalados para la función administrativa del Estado al indicar que “La función administrativa [...] se desarrolla [...] mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

367. Por otra parte, al referirse en estricto sentido a la organización territorial, el constituyente, en el artículo 287 de la Carta, reconoce a las entidades territoriales, dentro de los marcos de la Constitución y la ley, autonomía para gobernarse por sus propias autoridades, ejercer las competencias que le correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y participar en las rentas nacionales.

368. Este marco normativo nos permite sostener que en el derecho colombiano domina históricamente el principio del Estado unitario, el cual debe servir de referencia para cualquier interpretación de los fenómenos que sobre la organización del territorio y la distribución de funciones y competencias se haga respecto de nuestra Nación. Igualmente, y como complemento lógico deducible de la anterior normatividad, que el unitarismo se encuentra sujeto a precisas limitaciones y reglas de excepción que hacen que no se configure como un sistema puro. El régimen colombiano es, entonces, atemperado, en donde la centralización, como fenómeno de ejercicio del poder típico del sistema, presenta precisas excepciones en beneficio de los organismos periféricos.

E. BASE O SUPRAPRINCIPIO DE LA INTEGRACIÓN

369. El Estado social de derecho, proclamado por el constitucionalismo moderno como base de convivencia y coexistencia de la comunidad en procura de mejor calidad de vida, no se agota en la organización interna que las constituciones le otorguen a los correspondientes Estados. Los fenómenos

de integración de las comunidades nacionales producto de razones geopolíticas y económicas es cada vez mayor. Las relaciones actuales del derecho internacional se plantean entre bloques de Estados con intereses comunes, que han motivado procesos acelerados de integración política e institucional, con efectos inmediatos en los conceptos tradicionales de soberanía y poder político, en cuanto implican verdaderas limitaciones a los mismos, a través de los procesos de cesión que por su naturaleza conlleva la integración. Lo anterior suscita inevitables replanteamientos del derecho público interno de cada uno de los Estados, en especial del ordenamiento jurídico administrativo, en lo que modernamente se ha dado en llamar convencionalidad, y a la cual nos referiremos ampliamente.

370. Al referirse a este tema a propósito de la integración europea, Parejo Alfonso sostiene precisamente que,

En el terreno que aquí más importa, la integración supranacional constituye un decisivo factor de transformación de la administración y el derecho administrativo nacionales. La razón es clara: de un lado, determina la mezcla, el contacto y la interacción frecuentes del derecho comunitario europeo y el nacional interno, y, de otro lado, extiende la función de las administraciones públicas de los Estados, al convertirlos en administraciones indirectas de la instancia comunitaria europea.

El anterior planteamiento resulta desde todo punto de vista lógico en la medida en que se trata de configurar una nueva modalidad de entidad para la coexistencia supranacional reductora del papel del Estado miembro en favor de las nuevas instancias integradoras³⁴³. Lo anterior significa para el derecho administrativo no solo reconducir las instancias tradicionales, es decir los criterios orgánicos de su producción, sino también los contenidos y principios que lo inspiran y justifican³⁴⁴, para lo cual el juez comunitario ha cumplido un papel central.

371. La base de la integración se desprende de los mandatos establecidos en la Constitución Política, que señalan como prioridad finalística del Estado lograr algún día la integración de los países que componen el bloque latinoamericano. Consideramos de la esencia suprarrectora del ordenamiento jurídico este principio de la integración, en cuanto presupone una conducta permanente y una actitud orientadora en el manejo de las relaciones internacionales del Estado; así se desprende del preámbulo constitucional cuando indica que el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, al momento de elaborar el texto de la Constitución se ha comprometido “a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”. La cláusula se reitera en el artículo 9.º, inciso final, cuando indica que las relaciones de Colombia se deben fundamentar y orientar “hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.

372. La integración a que se refiere la Constitución, en nuestra opinión, es amplia y le da la posibilidad al Estado de que la obtenga efectivamente en asuntos específicos, en materias concretas, en compromisos económicos, políticos, e incluso, por la misma forma de la redacción de los postulados constitucionales, que se logre en materias fronterizas de acuerdo con la reciprocidad que se obtenga de otros países.

373. A nivel del texto constitucional se observan algunos mecanismos que le permiten a los agentes del Estado estimular el camino hacia la integración latinoamericana; así, el artículo 96, al desarrollar los mecanismos de la nacionalidad por adopción, señala en el numeral 2, literales b y c, respectivamente:

... son nacionales colombianos [...] 2. por adopción [...] b. los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron, y c. los

miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según los tratados públicos.

374. Sin embargo, donde mejor se observa la posibilidad de un instrumento integrador amplio, que posibilita incluso la formación de un gran consentimiento de integración latinoamericana y del Caribe, a partir de la expresión de voluntad que admita establecer concesiones con el ánimo de hacer efectiva dicha integración, es en las atribuciones que la Constitución le otorga al Congreso Nacional en el artículo 150 numeral 16. Mediante esa disposición, en nuestra opinión de un alto contenido discrecional, esto es, de carácter político y dominado por consideraciones de conveniencia y oportunidad, el Congreso puede aprobar tratados tendientes a lograr la integración propuesta. Al respecto indica la disposición:

... corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros países.

IV. FUNDAMENTOS SUSTENTADOS EN LA LEY COMO ELEMENTO DEL SISTEMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

375. Entendido el derecho como sistema y realizada una primera aproximación al principal de sus elementos, esto es, a la Constitución Política, e identificadas las bases que sustentan al Estado colombiano y constituyen los parámetros para el análisis de la administración pública y del derecho administrativo, corresponde a esta altura de la investigación abordar el segundo de los elementos jerárquicamente considerado. En ese sentido debemos ocuparnos del papel que cumple la ley dentro del sistema como elemento sustentador de la administración pública y de su régimen jurídico, al igual que de las relaciones jurídicas que eventualmente la ley genera frente al subsistema del derecho administrativo.

376. Si bien es cierto que la Constitución establece los parámetros y conceptos básicos que apuntalan y direccionan los senderos finalísticos de la administración pública, la ley, en su carácter de normatividad dependiente, juega un papel importante en cuanto al desarrollo y determinación de las pautas que han de seguirse en cumplimiento de los preceptos superiores. De ahí la necesidad de hacer una aproximación en el derecho nacional sobre su concepto y características.

A. LA LEY

377. A nivel doctrinal no existe uniformidad en cuanto tiene que ver con un concepto definitivo de lo que puede considerarse como una ley. Podemos afirmar sin posibilidad de equivocarnos que la mayoría de los conceptos emitidos por la doctrina no han sido de recibo pacífico. Incluso, si nos acercamos a lo que es propiamente el lenguaje jurídico, observamos cómo el término de “ley” se utiliza de manera indistinta para identificar diversos tipos de fenómenos: como derecho objetivo, como toda norma escrita, o sencillamente como una parte del conglomerado normativo expedido por el órgano legislativo.

378. Como señala Santamaría Pastor, ni siquiera haciendo una aproximación al texto constitucional podemos encontrar un concepto preciso de lo que es la ley. Un examen de la norma fundamental no

produciría más que desconcierto ante la abundancia de utilizaciones que hace el constituyente sin una conceptualización previa, e igualmente dejaría la impresión de estar penetrando en un mundo característicamente heterogéneo, ante la diversidad de tipología legal que se detecta a partir de la Carta suprema. Si este desconcierto ocurre a nivel doctrinal, donde se analizan normatividades profundamente elaboradas, qué decir de un análisis similar de nuestra Constitución, que en muchas de sus materias se nos presenta como un producto aún no terminado. En Colombia la Constitución no se ocupa de una definición de ley, aunque sí las clasifica para diferentes tipos de hipótesis materiales.

379. Ahora bien, doctrinalmente una aproximación al concepto de ley ha estado rodeada de interesantes elaboraciones en cuanto a su contenido, que han permitido sustentar algunos conceptos de esa destacada manifestación estatal. Desde los mismos comienzos del Estado de derecho se han decantado dos importantes posiciones al respecto: la tesis de la generalidad como determinante de la ley, y la de la decisión jurídica, que permitió sustentar la llamada concepción dualista, que diferencia entre ley material y ley formal.

380. La primera de las tesis constituye para el derecho público una herencia de la Revolución Francesa, principalmente de la obra de Rousseau, quien, inspirado en las definiciones de los textos romanos sobre ley y en su concepción contractualista y de la soberanía popular, sostenía que la ley como forma de manifestación del Estado no podía ser otra cosa que la expresión de la voluntad general, productora de efectos generales para la totalidad del conglomerado, de obligatorio cumplimiento y cuyo conocimiento se presume³⁴⁵.

381. En ese sentido la ley no puede ser más que un instrumento general, producto de la voluntad general depositada en los órganos de representación popular. Las manifestaciones de voluntad que no provengan de la voluntad general o que produzcan efectos individuales no pueden ser calificadas como ley. Esta concepción, que, como indicamos, se formó en los procesos revolucionarios franceses y que prácticamente depositaba la potestad normativa general en el legislador, empieza a padecer sus primeros quiebres desde el instante mismo en que la función administrativa del Estado comienza a configurarse como preponderante en la atención de los propósitos estatales. Igualmente se presiona su ruptura ante la proliferación de leyes de carácter singular, propias de la evolución del Estado contemporáneo.

382. La concepción dualista, que diferencia entre ley material y ley formal es producto de la evolución del pensamiento iuspublicista germánico e italiano. El punto de partida de esta concepción radica en el carácter jurídico o de efectos jurídicos que debe identificar a la ley como fenómeno del derecho. La ley no puede ser otra cosa que la manifestación del Estado, que contiene proposiciones jurídicas, esto es, que incide jurídicamente en los asociados, tanto en sus relaciones particulares como en las que tienen que ver con el Estado. Esos elementos son los que permiten hablar de ley en sentido material. Si la manifestación del Estado carece de ellos se configura una simple ley en sentido formal, en la medida en que puede ser el producto del agotamiento de los procedimientos legislativos por los órganos competentes, pero sin el contenido típico de la ley que está dado por su proposición jurídica.

383. De tiempo atrás en el derecho colombiano, pero a nivel de la misma ley, el legislador se preocupó por definir su principal mecanismo de manifestación. Acudiendo a la concepción clásica francesa se acogió el criterio de la generalidad. El artículo 4.º de la Ley del 26 de mayo de 1873, que adoptó el Código Civil para los Estados Unidos de Colombia, estableció que “la ley es la declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”.

384. No obstante la definición legal de lo que es la ley en derecho colombiano, la misma resulta insuficiente desde el punto de vista de su contenido ante las diferentes hipótesis en que ella se estructura. En la realidad jurídica colombiana el concepto de ley del artículo 4.º tiene evidentes fisuras prácticas. Tan ley es aquella que goza de ser una declaración de voluntad de carácter general, esto es, que contiene decisiones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas para los asociados de manera general, como aquellas declaraciones de voluntad creadoras de situaciones individuales pero que son el producto del ejercicio de la función legislativa. Incluso, podemos afirmar que en el sistema colombiano también se podría denominar como ley cualquier declaración de quien ejerza función legislativa que propiamente no cree situaciones jurídicas, como pueden ser los actos de honores o conmemorativas a que nos tiene acostumbrados el Congreso.

385. Por todas estas razones consideramos que la afirmación del Código Civil no es del todo válida para identificar el concepto de ley. Con independencia de los criterios históricos sobre la generalidad, lo material o lo formal, en derecho colombiano predomina básicamente el ejercicio de la función legislativa para la identificación del fenómeno como ley. Todo aquello que revista carácter de manifestación general o individual de voluntad, que no resulte ser del ejercicio de la función legislativa, pero se asimile a ella en cuanto a los efectos, nos sitúa invariablemente en la teoría del acto administrativo, sobre el cual nos referiremos en el literal siguiente.

386. Otro elemento que destaca el artículo 4.º del Código Civil es que, para que exista una ley la manifestación o declaración soberana de carácter general debe ser expresada en la forma prevista en la Constitución nacional. Esto es, que para que exista una ley debe ser el producto final de los procedimientos legislativos establecidos en la Constitución y en la misma ley. Insistimos en que se trata de una manifestación o declaración de quien ejerce funciones legislativas, porque conforme a la estructura constitucional colombiana la función legislativa no es exclusiva del Congreso Nacional. Entre nosotros existe una regla general en materia legislativa asignada al Congreso, y una clara regla de excepción que habilita eventualmente al Presidente de la República para que ejercite la función legislativa. Fuera de esos órganos, en razón del mismo carácter unitario del Estado, es imposible hacer referencia a normas con fuerza de ley. Como lo indicamos, las demás normas que se produzcan con características similares a las de la ley por órganos o sujetos que no ejerzan la función legislativa no se pueden calificar más que de administrativas.

387. Conforme al régimen constitucional colombiano, el Congreso de la República obtiene competencia para proferir manifestaciones o declaraciones con fuerza de ley a partir de la conjugación de un estricto sistema de adscripción constitucional de materias legislativas que se expresa básicamente en el listado del artículo 150 constitucional y en las demás normas constitucionales que le entregan el desarrollo concreto de ciertas materias. Este sistema de adscripción es conjugado por vía jurisprudencial con la denominada cláusula general de competencia legislativa que le es reconocida al Congreso por la Corte Constitucional. Como punto de partida para ese reconocimiento se toma el artículo 114 superior que indica que en Colombia corresponde “al Congreso [...] hacer las leyes”.

388. Al respecto sostiene la Corte que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el francés, en donde el Ejecutivo tiene una regla general de competencia normativa,

... en Colombia, en cambio, el órgano que tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto que a este corresponde “hacer las leyes”, por lo cual la enumeración de las funciones establecidas por el artículo 150 de la Constitución no es taxativa. No es entonces legítimo considerar que si el Congreso expide una ley que no encaja dentro de las atribuciones legislativas específicas del artículo 150 superior entonces tal norma es, por ese solo hecho, inconstitucional, ya que ello

implicaría desconocer que en el constitucionalismo colombiano la cláusula general de competencia está radicada en el Congreso³⁴⁶.

389. Lo anterior no significa que el Congreso pueda desconocer el ámbito de atribuciones constitucionales de otros órganos del Estado ni las restricciones que expresamente el constituyente le hubiere establecido. Debemos recordar que en Colombia, si bien es cierto que el Congreso tiene la regla general de competencia legislativa, no significa esto que otros órganos del Estado por autoridad de la Constitución puedan proferir normas jurídicas vinculantes de carácter general. Ahora bien, lo que sí puede el Congreso válidamente es reformar sus leyes e interpretarlas. En ese sentido la Corte ha sido clara en esta competencia de la corporación emanada de la misma naturaleza de lo legislativo ordinario:

Corresponde al Congreso, como titular de la función legislativa, la cláusula general de competencia para expedir las normas interpretativas de la ley, de modo que, por este aspecto –la invocación de la competencia para interpretar normas legales por vía de autoridad–, la rama correspondiente ha actuado dentro de la órbita constitucional de sus atribuciones.

[390]. La interpretación toca necesariamente la materia tratada en las normas que se interpretan, de modo que si la Constitución ha señalado ciertos trámites y exigencias para que el Congreso legisle acerca de un tema, ellos son aplicables tanto a la norma básica que desarrolla la función correspondiente como a las disposiciones que se dicten para desentrañar su sentido por vía de autoridad [...] La expedición de una norma que dice interpretar otras, si de veras responde a ese propósito, no es ni puede ser, sin que pierda tal carácter, la ocasión para modificar o adicionar la legislación preexistente, ni para introducir excepciones a reglas generales ya establecidas, menos todavía si mediante aquella denominación se pretende eludir el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la expedición de normas sobre la materia abordada [...] En esta última hipótesis la ley sería, además, inconstitucional³⁴⁷.

B. ACTOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA CON FUERZA DE LEY

391. Aunque el deseo dentro de un Estado de derecho moderno es que la ley sea una sola y que regule por igual las materias de su competencia, infortunadamente la especialidad e incluso los excesos ritualistas han provocado en el caso colombiano una proliferación de tipologías legales que confunden y estorban el transcurrir de la legalidad. En nuestra opinión, a partir de la Constitución de 1991 se observan dos grandes grupos de tipos legales: el de las leyes ordinarias y, en respuesta dicotómica, el de las extraordinarias o excepcionales de lo ordinario, grupo este último que comprende una novedosa serie de tipología legal en la que se ubican las orgánicas, las estatutarias, las generales y las de planes.

1. LEYES ORDINARIAS

392. Son todas aquellas leyes para las cuales el constituyente no ha establecido una calificación especial o un procedimiento específico respecto de su elaboración y expedición. Podemos decir que constituyen la regla general en materia de leyes en el ordenamiento jurídico colombiano. La gran mayoría de asuntos entregados al legislador revisten el carácter de leyes ordinarias; entre ellas podemos incluso ubicar las que tienen iniciativa popular³⁴⁸.

2. LEYES EXCEPCIONALES O ESPECIALES

393. Como lo expresamos, constituyen la respuesta contraria a las leyes ordinarias. A través de este grupo de leyes el constituyente ha querido resaltar y darle importancia al contenido material de determinadas decisiones del Congreso, las cuales considera que deben tener un tratamiento diferencial en cuanto a su procedimiento de formación, e incluso en el ámbito de los efectos que se espera que produzcan en el ordenamiento jurídico.

394. Al especificar el contenido de una ley especial la Corte Constitucional ha indicado que ellas pueden abordar tanto la materia que les es propia y especial, como aquellos asuntos que sean de la órbita de las leyes ordinarias. En esos casos no se estaría configurando una situación de inconstitucionalidad. Simplemente cada asunto tan solo podría ser abordado por leyes de su misma naturaleza:

La regulación de una materia por el Congreso, mediante un tipo especial de ley [...] puede así mismo comprometer el ejercicio de sus facultades legislativas ordinarias y de su cláusula general de competencia. Los contenidos [...] de la ley especial solo podrán modificarse, adicionarse o derogarse en virtud de una ley del mismo tipo y surtiéndose el procedimiento especial. Por su parte, el contenido ordinario de la ley especial, esto es, producto de una competencia general y no ligado al núcleo esencial de la reserva de ley especial, puede, en el futuro, adicionarse o derogarse, mediante el procedimiento legislativo ordinario³⁴⁹.

a. LEYES ORGÁNICAS

395. Constituyen el primer grupo de leyes especiales. Su regulación está instituida en el artículo 151 superior. Desde el punto de vista de su objeto material, la Constitución establece que les compete todo aquello que se refiera a los siguientes asuntos: el reglamento del Congreso y de cada una de las cámaras; el ordenamiento territorial; la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales; las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones, y las normas relacionadas con la preparación, aprobación y ejecución del plan general de desarrollo. Desde el punto de vista de su procedimiento, las leyes orgánicas requieren para su aprobación la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

396. Al ocuparse del concepto de ley orgánica, la Corte Constitucional ha indicado:

... se trata de unas leyes que tienen unas características especiales, esto es, gozan de una prerrogativa especial, por su posición organizadora de un sistema legal que depende de ellas. Estas leyes reglamentan plenamente una materia: son estatutos que abarcan toda la normatividad de una serie de asuntos señalados expresamente en la Carta política (art. 151). Es importante anotar que las leyes orgánicas condicionan con su normatividad la actuación administrativa y la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan, es decir, según lo dispone la norma constitucional citada, sujetan el ejercicio de la actividad legislativa. Desde luego una ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido material, ya que estas deben ajustarse a lo que organiza aquella. Pero propiamente hablando la ley orgánica no tiene el rango de norma constitucional³⁵⁰.

b. LEYES ESTATUTARIAS

397. Constituyen la segunda modalidad de leyes especiales establecidas por el constituyente de 1991. Al igual que las leyes orgánicas, la Constitución las califica desde los puntos de vista de su contenido material y del procedimiento legislativo para su aprobación, modificación o derogación. En cuanto a su contenido, mediante las leyes estatutarias solo se podrán regular las siguientes materias: los derechos y

deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; la organización y el régimen de los partidos y movimientos políticos; el estatuto de la oposición y las funciones electorales; las instituciones y los mecanismos de participación ciudadana, y los estados de excepción. En lo que respecta al trámite, el artículo 153 constitucional condiciona las diferentes etapas del procedimiento legislativo (aprobación, modificación y/o derogación) a la presencia de una mayoría absoluta de los miembros del Congreso para efectos de su votación; a su curso en una sola legislatura, y a la revisión previa, anterior a su sanción, por la Corte Constitucional para que se pronuncie sobre la exequibilidad del proyecto.

398. Analizado su alcance e invocados los fundamentos del constituyente, la Corte ha delimitado el ámbito material de las leyes estatutarias en diferentes pronunciamientos, caracterizándolas en los siguientes términos:

... la ley estatutaria representa una oportunidad para desarrollar cabalmente no solo los mandamientos constitucionales sino también la legislación internacional en aquellos casos que requieran desenvolvimientos concretos en nuestro orden interno [...] Como norma de excepción al sistema general o de mayoría que domina el proceso legislativo, su interpretación no podrá extender el alcance de las leyes estatutarias más allá de los límites enderezados a velar por su tutela y protección³⁵¹.

399. Resaltando su carácter exegetico y de jerarquía, que las coloca en posición especial y diferente al resto de leyes de la república, expresó la Corte:

De la Constitución no resulta la identidad entre todo “estatuto” y las leyes estatutarias, pues mientras el primer concepto es genérico y aplicable al conjunto normativo referente a una materia cualquiera, integrado por normas constitucionales, legales o de otro nivel, agrupadas o dispersas, las leyes estatutarias se caracterizan precisamente por estar destinadas, por la propia Constitución, a regular determinadas materias cuya enunciación es taxativa. Al paso que el nivel jerárquico de las leyes estatutarias es superior al de las demás leyes en el ámbito del asunto que regulan, un estatuto sobre determinada materia respecto de la cual el legislador ha resuelto disponer es, en principio, ley ordinaria y tan sólo de manera excepcional podría adquirir el carácter de estatutaria. La sola utilización de la palabra “estatuto”, para distinguir un conjunto de normas, no puede conducir a la conclusión de que se está en presencia de una ley estatutaria o de algo que debiera tramitarse como tal³⁵².

400. Por otra parte, las materias objeto de regulación mediante leyes estatutarias gozan de una reserva exclusiva en cabeza del Congreso de la República que no las puede delegar ni entregar para ser ejercidas a través de facultades extraordinarias. En ese aspecto el artículo 150, numeral 10, de la Constitución resulta perentorio: “estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”.

c. LEYES GENERALES

401. Las leyes generales son otro grupo especial de leyes en razón de la materia, que se caracterizan por poseer la cualidad de regular de manera amplia una materia dándole espacio suficiente al Gobierno Nacional para efectos de los desarrollos normativos pertinentes de carácter igualmente general. Tradicionalmente en la doctrina colombiana se les venía denominando “leyes marco”, en la medida en que circunscribían la reglamentación del Gobierno a unos precisos postulados y principios reguladores

de una determinada materia. Podría sostenerse que en tratándose de las leyes de carácter general o leyes marco se cumple una evidente función de colaboración y complementación entre el legislativo y el ejecutivo. Una especie de actos complementarios tendientes a producir efectos jurídicos.

402. La razón de ser de esta tipología legal reside en la importancia que el constituyente le otorga a determinadas materias para que, por razones de política legislativa, sean objeto de diseños normativos superiores a los cuales debe sujetarse el Gobierno al desarrollarlas. La Corte Constitucional, explorando el alcance de la institución legal de carácter general, ha reiterado su papel orientador y definidor de concepciones y conceptos básicos para ser desarrollados por el ejecutivo:

... con base en el mencionado tipo de instrumento legal, la Constitución opera respecto de una específica materia una especial distribución de competencias normativas entre la ley y el reglamento. Al primero se confía la determinación de los objetivos y criterios generales, conforme a los cuales el segundo deberá ocuparse del resto de la regulación. De esta manera se garantiza en favor del reglamento un ámbito de regulación, como quiera que la ley deberá limitarse a los aspectos generales ya señalados, que son precisamente los que configuran el marco dentro del cual se dictarán los reglamentos llamados a desarrollar los objetivos y criterios trazados por el legislador³⁵³.

El artículo 150 numeral 19 constitucional establece las materias que podrán ser objeto de regulación a través de leyes marco. En esa disposición es claro el constituyente al indicarle al legislador que en dicha normatividad deberá fijar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para su regulación.

d. LEYES DE PLANES

403. Se trata de una cuarta modalidad especial de leyes. Con esta denominación no estamos identificando la ley orgánica del Plan Nacional de Desarrollo. Estamos destacando la ley que adopta el Plan Nacional de Inversiones, la cual, según el artículo 341 inciso 3.º constitucional, tiene prelación sobre las demás leyes. En ese sentido se constituye en el mecanismo director para la interpretación y aplicación de otras leyes como la de presupuesto.

C. ACTOS DEL EJECUTIVO CON FUERZA DE LEY

404. Como lo observábamos, la función legislativa no es un atributo exclusivo del Congreso Nacional; por excepción el Presidente de la República la puede ejercer por medio de decretos ley o extraordinarios y decretos legislativos.

1. DECRETOS LEY O EXTRAORDINARIOS

405. El Presidente de la República tiene la posibilidad de ejercer la función legislativa, puesto que es habilitado para dicho ejercicio por voluntad del Congreso Nacional en el evento establecido en el artículo 150 numeral 10 constitucional, cuando indica que le corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejercer las siguientes funciones:

... revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley, cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales

facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

406. Según la Corte Constitucional el ejercicio de las facultades extraordinarias se compone de dos elementos claramente definidos en el texto constitucional: un contenido material preciso, claro e inequívoco, y un elemento temporal que, de acuerdo con la norma constitucional, no puede traspasar el lapso de los seis meses. En cuanto al primer elemento, indica la Corte que este no significa que las facultades tengan que ser necesariamente, “ni siempre, detalladas, minuciosas o taxativas, sino que, sin adolecer de imprecisión, pueden válidamente contener mandatos indicativos, orientadores, sin que por ello dejen de ser claros, nítidos e inequívocos”³⁵⁴.

407. Por otra parte, desde el punto de vista temporal la Corte ha sostenido la tesis de que si el Gobierno agota las facultades otorgadas pierde la competencia para retomar la materia así el término de las facultades esté activo. Salvo en los casos en que las facultades aborden diferentes materias y estas se desarrollen paulatinamente³⁵⁵.

408. Igualmente, el Presidente de la República podrá dictar decretos ley o con fuerza de ley por expreso mandato constitucional, esto es, en desarrollo directo de la Carta, sin necesidad de ley habilitante en el caso previsto en el inciso 3.º del artículo 341 constitucional cuando se trata de poner en vigencia el Plan Nacional de Inversiones Públicas, si pasados tres meses desde su presentación el Congreso no lo ha aprobado.

2. DECRETOS LEGISLATIVOS

409. Son los decretos expedidos por el Presidente de la República cuando acude a las medidas excepcionales de policía o estados de excepción establecidos en la Constitución Nacional en los casos de guerra exterior, conmoción interior y estado de emergencia. Si bien es cierto que los estados de excepción son instrumentos excepcionales y restrictivos del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, el constituyente le ha otorgado a los actos que expida el presidente, en ejercicio de tales facultades, el carácter de legislativos, es decir, con fuerza de ley, y por lo tanto controlables por la Corte Constitucional. Estos decretos pueden abordar las materias de la legislación ordinaria relacionadas con el tipo de estado de excepción en que procedan.

V. FUNDAMENTOS SUSTENTADOS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO (NORMATIVO) COMO ELEMENTO DEL SISTEMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

410. El tercer nivel dentro de los elementos del sistema del ordenamiento jurídico aplicables al subsistema del derecho administrativo corresponde al denominado “acto administrativo”. Si bien es cierto que a nivel doctrinal el asunto se trata como un problema referido directamente al reglamento, en derecho colombiano el término genérico que comprende aquellas manifestaciones normativas de carácter general que eventualmente generan situaciones jurídicas tanto para la administración como para los administrados es el acto administrativo.

411. En ese sentido consideramos necesario ajustar las elaboraciones jurisprudenciales colombianas al entendimiento de los conceptos de administración pública y derecho administrativo, señalando como base determinante de la estructura de la legalidad del subsistema normativo al acto administrativo. Ahora bien, no en una perspectiva de equiparación a la norma constitucional, ni mucho menos legal,

todo lo contrario, como fuente de normatividad dependiente que circunscribe igualmente el comportamiento de la administración y de los asociados.

412. Como facultad normativa el acto administrativo de carácter general que sirve de fuente a la administración pública y al derecho administrativo, conforme a la estructura constitucional colombiana, no es desde el punto de vista de su fuente una manifestación exclusiva del Presidente de la República. La Constitución de 1991 establece un sistema difuso de producción normativa general o actos administrativos de efectos generales de carácter reglamentario. Estamos, por lo tanto, en presencia del principal instrumento mediante el cual se manifiesta y se confirma el papel preponderante de la función administrativa del Estado en el proceso de cumplimiento de las finalidades señaladas constitucionalmente.

A. EL REGLAMENTO (ACTO DE CARÁCTER GENERAL NORMATIVO)

413. Desde la perspectiva del pensamiento jurídico colombiano, el reglamento no es otra cosa que una modalidad del acto administrativo de carácter general. Sin embargo, una aproximación histórica al concepto de reglamento nos permite afirmar que la determinación de su naturaleza jurídica no ha sido un asunto de fácil resolución, ni de pacífica aceptación por la doctrina. Dentro del contexto del Estado institucionalizado, sus caracteres de instrumento normativo y regulador de situaciones generales han planteado en no pocas ocasiones su calificación como ley en sentido material. No obstante, un análisis, dentro de los criterios que profundamente estudiamos al inicio de esta obra, nos permite concluir que en el caso colombiano no se puede hacer una aseveración de esa magnitud.

414. En Colombia, a diferencia de otros ordenamientos, el reglamento es acto administrativo de carácter general esencialmente normativo. Es más, como lo advertíamos, se instituye como el principal mecanismo de proyección normativa y reguladora en cabeza de los órganos y personas con funciones administrativas. Esta característica no se desprende de la proliferación de normas de esta naturaleza, sino de la cantidad de materias que obviamente debe desarrollar la administración para cumplir tanto los mandatos constitucionales como aquellos expedidos por el legislador.

415. Históricamente la potestad reglamentaria fue el producto del intenso debate milenario entre el rey y las corporaciones en procura de la hegemonía por la producción normativa. Conflicto este que en los ordenamientos preconstitucionales se resolvió en favor del monarca. Ahora bien, en el Estado institucionalizado

... lo que hoy entendemos por reglamento y potestad reglamentaria es el resultado de una pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el poder ejecutivo y las asambleas representativas; una pugna que ha tenido las más diversas manifestaciones y que está aún lejos de haberse cerrado definitivamente³⁵⁶.

416. La Revolución Francesa significó por muy corto tiempo la inversión de fuerzas en materia normativa, con lo cual recuperó el Parlamento su capacidad absoluta de regulación bajo el pretexto de la ley como manifestación de la voluntad general. Dogma que implicó para el ejecutivo prácticamente el abandono de la potestad reglamentaria. Por infortunio para los teóricos, la realidad de las cosas y la necesidad de convertir a la administración en el poder central de la revolución hicieron que rápidamente la función administrativa se hiciera depositaria de los poderes normativos que caracterizaron durante el viejo régimen al soberano.

Las razones que impulsaron este espectacular cambio de criterio pueden adivinarse sin dificultad. La eliminación de la potestad reglamentaria tenía sentido en los momentos iniciales del proceso, cuando dicha potestad hubiera correspondido a un rey y a una corte abiertamente opuestos al proyecto revolucionario; extinguida la monarquía, destruido casi por completo el poder de la nobleza y controlado todo el aparato político por la burguesía triunfante, la transformación completa del sistema económico y jurídico exigía un ejecutivo inequívocamente fuerte respecto al cual carecían de justificación las cortapisas diseñadas para el último de los capetos³⁵⁷.

417. En otras latitudes europeas el proceso entre potestad reglamentaria y legislativa fue diferente. En el modelo germánico se presentó una distribución funcional entre Parlamento y ejecutivo, que en un comienzo fue incipiente pero que se consolidó prácticamente con la Constitución de Weimar de 1919. En la práctica, a diferencia del sistema francés que planteaba una subordinación jerárquica entre el reglamento y la ley, en el caso alemán la ley y el reglamento se encuentran a un mismo nivel normativo, que corresponde a dos puntos horizontales de producción normativa de contenidos materiales diversos.

418. Para el caso colombiano la evolución de la potestad reglamentaria ha estado ligada a los altibajos de nuestro constitucionalismo. El mismo carácter presidencial que ha distinguido el régimen del ejecutivo colombiano, en donde la administración ha sido preponderante históricamente, constituye una fuente indudable e inagotable de normatividad. Desde el punto de vista jurisdiccional el asunto, sin embargo, no ha tenido un tratamiento uniforme. Como lo señala Urueta Ayola³⁵⁸, desde los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que inicialmente conocía de estos asuntos, hasta en recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, la situación de la potestad reglamentaria ha estado vinculada a constantes altibajos interpretativos.

419. En tratándose de la Constitución de 1991, la situación de la potestad reglamentaria, esto es, de la capacidad de producir normas administrativas de carácter general reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades, en nuestra opinión, resulta clara aunque dispersa entre las diferentes autoridades y organismos administrativos. Desde esa perspectiva podemos formular una regla general que nos traslada de inmediato a las competencias del Presidente de la República por mandato constitucional; y unas reglas de excepción, algunas de ellas formuladas por mandato constitucional y otras por disposición legal, que le entregan potestad normativa o reglamentaria a otros sujetos de la función administrativa³⁵⁹.

1. REGLA GENERAL EN MATERIA NORMATIVA O REGLAMENTARIA

420. La tiene el Presidente de la República por dos vías: o reglamentando directamente la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento conforme lo establece el artículo 189 numeral 11 constitucional, cuando indica que le corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”. O en los casos en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria le corresponde a la Constitución por atribución directa, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano denominó deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento de la potestad reglamentaria de la Constitución en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general; pues orgánica y

funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.º constitucional. Ejemplos de potestad reglamentaria constitucional los encontramos de sobra en las disposiciones transitorias de la Constitución, en donde en varios asuntos se le entrega esta potestad al Presidente de la República.

421. La Corte define el contexto material de la potestad reglamentaria del Presidente de la República destacando su exclusividad en este funcionario y su carácter intemporal:

... la potestad reglamentaria para el efectivo cumplimiento de la ley corresponde al Presidente de la República, quien habrá de ejercerla mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes que resulten necesarios para ello, lo que indica que no puede tal atribución que a él le asigna la Constitución desplazarse a uno de los ministerios, ni a ninguno otro de los organismos del Estado, pues esa potestad se atribuye al Presidente como suprema autoridad administrativa quien, desde luego, al ejercitarla habrá de expedir los decretos necesarios con la firma del ministro del ramo respectivo [...] Se reitera, ella corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa conforme a lo dispuesto por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, quien la conserva durante todo el tiempo de vigencia de la ley sobre la cual pueda recaer el reglamento para su cumplida ejecución, lo que significa que el legislador no puede someterla a ningún plazo³⁶⁰.

2. REGLAS DE EXCEPCIÓN EN MATERIA NORMATIVA O REGLAMENTARIA

422. Por mandato constitucional algunos otros organismos del Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia. Incluso, como lo ha advertido el Consejo de Estado³⁶¹, con posibilidades de desarrollar directamente el texto constitucional sin intervención de la ley. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, según lo establecido en el artículo 257 numeral 3 constitucional, cuando le indica que le corresponde “dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador”.

423. Situación similar se plantea frente al Consejo Nacional Electoral, el cual, en virtud de lo establecido en el artículo 265 numeral 9, deberá “reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado”.

424. La junta directiva del Banco de la República goza de una facultad normativa directa y excluyente según lo establecido en el artículo 371 inciso 2.º, que le permite “regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”. El Consejo de Estado, en la providencia antes anotada, encuentra en ese organismo así mismo un poder reglamentario en cuanto a las leyes marco que el Congreso dicte en materia de cambios internacionales, asunto que anteriormente le correspondía al Presidente de la República.

425. La Contraloría General de la Nación y las contralorías departamentales y municipales gozan de poderes similares. El artículo 268, numerales 1 y 12, en concordancia con el 272 constitucional, les permite, respectivamente,

... prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas, los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse [y] dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional o territorial.

426. Por vía legal se pueden detectar algunos otros ejemplos en el ordenamiento colombiano. Un caso ilustrativo se desprende de la normatividad reguladora de la contratación estatal. Cuando a las entidades estatales se les entrega la posibilidad de determinar la ley del contrato, no solamente en el acuerdo sino también en el denominado pliego de condiciones o términos de referencia, se les está entregando conforme a lo establecido en el artículo 24 numeral 5 del mencionado ordenamiento, en concordancia con algunas otras de sus disposiciones, la más amplia facultad normativa para establecer requisitos y normas de conducta contractuales tendientes a gobernar los aspectos jurídicos, económicos, financieros y técnicos.

427. Eventualmente, uno de los ejemplos más significativos lo encontramos, por vía legal, en las denominadas comisiones de regulación establecidas en la Ley 142 de 1994 (Regulaciones). Recordemos que al referirnos a la potestad reglamentaria o función normativa indicábamos que si bien es cierto que en la doctrina clásica se la identificaba como propia del poder legislativo del Estado, la importancia y preponderancia que a través de los años ha adquirido la función administrativa, en especial en Estados modernos como el nuestro, con responsabilidades de ejecución directa de los postulados constitucionales, ha hecho que la potestad o posibilidad de proferir normas de carácter general orientadoras de la actividad pública sea también un privilegio de los órganos del Estado que tengan atribuidas funciones administrativas; en el caso colombiano, por medio de los denominados actos administrativos de carácter general sean estos reglamentarios o reguladores.

428. La potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de la legalidad³⁶².

B. ACTOS ORDINARIOS DEL EJECUTIVO: RESOLUCIONES, DECRETOS, DIRECTIVAS, CIRCULARES, ETC.

429. Los actos de la administración pública, cuando son manifestaciones de voluntad de carácter unilateral, creadoras de situaciones jurídicas, pueden ser de dos clases: generales o individuales. Los primeros, como lo hemos venido indicando, caracterizados por ser fuente de normatividad reguladora general. Los segundos, por crear situaciones subjetivas o personales. De aquí que no hagamos énfasis en la nominación particular que adquiera el respectivo acto administrativo. Esto es, que para efectos de nuestro estudio no nos interesa si la manifestación de voluntad se denomina resolución, decreto, directiva o circular; lo importante es si es creadora de situaciones generales, abstractas o impersonales, caso en el cual le daremos el tratamiento de potestad normativa o reglamentaria. Si, por el contrario, es creadora de situaciones individuales, para todos los efectos será considerada como un simple acto administrativo individual.

C. ACTOS DE LAS CORPORACIONES ADMINISTRATIVAS: ACUERDOS, ORDENANZAS, RESOLUCIONES

430. En tratándose de los actos de las corporaciones administrativas: concejos municipales con sus acuerdos, asambleas departamentales con las ordenanzas, y las juntas administradoras locales con las resoluciones, si todas ellas revisten el carácter de actos generales son típico ejemplo de potestad reglamentaria de dichas entidades por mandato constitucional. La Constitución les está dando la potestad normativa, reguladora, en la mayoría de los casos directamente del texto constitucional. Con una característica adicional: que dichas materias, una vez desarrolladas por las respectivas corporaciones, pueden ser objeto de potestad reglamentaria por el respectivo alcalde o gobernador; es decir, nos enfrentamos a un doble proceso reglamentario sobre un mismo contexto material: el primero, realizado por el organismo administrativo conforme al mandato constitucional; y el segundo, tendiente a darle vía, realizado por la autoridad ejecutora con el fin de darle cumplimiento efectivo.

VI. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

431. Los principios generales del derecho³⁶³ constituyen elemento trascendente del derecho administrativo en cuanto proporcionan los criterios de interpretación y aplicación de las normas jurídicas administrativas. Siendo por lo tanto los principios generales del derecho de aplicación irremediable al derecho administrativo con el propósito de sustentarlo y fundamentarlo, en la medida en que constituyen la base ideológica del mismo, el problema fundamental de su manejo al nivel que nos ocupa es la identificación o individualización de esos principios generales, puesto que, como lo señala Leguina Villa,

... sigue cerniéndose sobre los mismos, si no la mayor oscuridad, sí al menos grandes dosis de opacidad, porque ciertamente, en la medida en que parecen no formar una categoría jurídica unitaria, los principios jurídicos generales siguen siendo para muchos un concepto complejo, oscuro, huidizo (Bobbio), de significación multívoca o ambigua (Morange), susceptible por lo mismo de albergar productos o mercancías de diferente naturaleza, y cuya utilización en la práctica jurídica acusa a menudo una cierta falta de rigor técnico³⁶⁴.

432. Las anteriores inquietudes doctrinales, sin embargo, no deben ofrecernos mayor dificultad si entendemos que el derecho no es un simple sistema normativo, sino que comprende igualmente principios y valores de fácil identificación a partir del contexto ideológico, político, económico y social en que se inspira la Constitución, en lo que denomina la doctrina como principios dimanantes de las instituciones positivas y de las reglas de construcción, organización y estructura de cada ordenamiento jurídico³⁶⁵.

433. El derecho, como lo señala García de Enterría, no puede agotarse en la simple ley, en el sentido del positivismo legalista: “La tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaces de presentarse en la vida social, cuya evolución nada detiene”. En ese sentido, el sustrato complejo de la estructura jurídica debe ser advertido del entendimiento sistemático de las razones ideológicas, políticas, sociales, etc. en que se funda. Es decir, a partir de la deducción de los principios y valores edificantes nos ubicamos en los propios del derecho aplicables al sistema del derecho administrativo. Se trata, pues, de una visión material y dinámica con consistencia propia, identificable y palpable, que resulta básica para el cabal entendimiento de nuestro Estado social de derecho³⁶⁶.

434. La Constitución Política, al postular en el preámbulo de su codificación los sustentos ideológicos del sistema político y jurídico nacional, nos remite necesariamente a los principios

generales del ordenamiento, entre los cuales inevitablemente encontramos los del sistema jurídico que nos rige. Por otra parte, la redacción de los artículos 2.º y 209 constitucionales, en lo relativo a la administración pública, adopta conceptos básicos del régimen que emanan de postulados genéricos del sistema, lo cual hace indispensable la consideración de los principios generales para cualquier aproximación al derecho administrativo de nuestros días. Esta situación se repite a partir del contenido del artículo 3.º de la Ley 1437 de 2011 los cuales en nuestra opinión expresamente hacen referencia a propósitos fundamentales de la temática de principios rectores del derecho³⁶⁷⁻³⁶⁸.

VII. JURISPRUDENCIA

435. La jurisprudencia, entendida en la dinámica de la teoría del precedente jurisprudencial, adquiere un papel relevante, significativo y trascendente en la construcción dialéctica del sistema del ordenamiento jurídico; en ese sentido, cualquier lectura de la naturaleza de la jurisprudencia dentro del sistema fuentes no puede ser vista más como un simple criterio auxiliar de la actividad judicial, y consecuentemente de la actividad contencioso administrativa. Podemos sostener que los precedentes contenidos en la jurisprudencia le otorgan fundamentos al sistema jurídico administrativo en la medida en que configura normas interpretativas y de aplicación vinculante que atribuyen consistencia a los principios del sistema del ordenamiento jurídico en especial al de legalidad.

436. Ahora bien, en la sistemática del ordenamiento jurídico adquiere también trascendencia e importancia la sentencia que no genera precedentes, la de los jueces inferiores, las de quienes están sometidos en sus decisiones al peso dinámico del ordenamiento jurídico y deben funcionalmente aplicarlo, esto en cuanto la operación del sistema, no solo debe ser el reflejo de su consistencia, sino también impulsora de cambios futuros en ámbitos tanto normativos como de precedentes por los órganos judiciales de cierre.

VIII. EL PRECEDENTE

437. Dentro del contexto del sistema del ordenamiento jurídico el precedente se traduce como toda decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, como antecedentes (reglas, principios) vinculantes aplicables a casos sustancialmente similares. Su incorporación al sistema obedece a la influencia de las instituciones jurídicas anglosajonas –*common law*–, o sistema del derecho de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos –*case law*–, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho³⁶⁹. Intentar, por lo tanto, una aproximación al estudio del precedente en general, y sobre todo, procurar su referencia al derecho administrativo, implica reconocer esta realidad, sobre todo, cuando se tiene como punto de referencia, el sistema continental o europeo de influencia francesa³⁷⁰⁻³⁷¹.

438. El sistema anglosajón de sometimiento de la administración pública al derecho corresponde a una evolución diferente del régimen continental europeo de derecho administrativo, con principios, reglas y evolución distintas, por lo tanto, con fuentes en muchos casos incomparables con las del sistema continental, de ahí la necesidad de entender bajo ese contexto y circunstancias la configuración de la institución del precedente cuando se intenta su prédica a nuestro derecho³⁷²⁻³⁷⁴⁻³⁷⁵.

439. El sustento del sistema jurídico anglosajón está ubicado en los desarrollos que se dieron en Inglaterra por el llamado *common law*, o derecho común de carácter consuetudinario, formado

principalmente a partir de la influencia del derecho normando³⁷⁵. A este sistema se unió históricamente otro mecanismo de resolución de conflictos de base jurídica más flexible, al que se denominó *equity*. En la conjugación de estas dos modalidades se desarrolló el derecho común inglés. El precedente se forma y consolida en las estructuras sustanciales del *common law*.

A. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

440. Al precedente se le tiene, bajo la construcción jurídica del sistema del *common law*, como una fuente formal de creación del derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la misma –*ratio decidendi*–, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual por efectos de la evolución del sistema pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad –*stare decisis*–, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica³⁷⁶.

441. En ese sentido la doctrina del precedente se afirma en el efecto de autoridad de las decisiones previas, esto es, en la prédica según la cual, los fallos anteriores, por lo menos una parte de ellos, su *ratio decidendi*, pueden obligar a los tribunales posteriores, vinculación que implica acogerse a lo decidido previamente, reconociendo de esta forma legitimidad al derecho de creación judicial, a partir de una profunda aceptación de la individualidad y la personalidad judicial, previo el agotamiento de las reglas que el sistema ha desarrollado para esos efectos, que en líneas generales y en relación con una visión formal del mismo, se resumen en la concurrencia de dos claros elementos configurativos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*³⁷⁷.

1. *RATIO DECIDENDI*

442. La *ratio decidendi* hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene la fuerza suficiente para obligar y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares. Retomando la doctrina inglesa, y entendiendo por precedente una declaración sobre un punto de derecho establecida en una sentencia judicial, y que se resume en la justificación del resultado que se alcanza en ese caso, Whittaker entiende por *ratio decidendi* la proposición, o el conjunto de proposiciones de derecho, necesarias para disponer del caso conforme a los hechos que le dieron lugar³⁷⁸.

443. El concepto se edifica a partir de una simple proposición de derecho, en la medida en que la *ratio decidendi* puede tener diversas formas de manifestación: sea construyendo una verdadera regla de derecho; definiendo un concepto jurídico, o, simplemente proponiendo un enunciado jurídico mucho más amplio configurando las bases de un principio en derecho. Esta la razón por la cual la doctrina inglesa prefiera hablar de “disposición del caso” al referirse a la *ratio decidendi*, dando a entender que materialmente la misma puede comprender diferentes sustancias o remedios jurídicos³⁷⁹.

444. Lo trascendente en el concepto de *ratio decidendi*, es también y de manera significativa el componente fáctico que ha motivado y llevado a la decisión correspondiente. Tan solo configurará la *ratio* lo que corresponda en derecho en relación con los hechos involucrados en la decisión, lo demás no es, ni puede considerarse técnicamente como verdadera *ratio*, en cuanto no corresponde al análisis jurídico obvio y necesario para resolver en derecho lo que corresponda en relación con los hechos del

caso. Para el derecho inglés esto es significativo al momento de la construcción de un verdadero precedente, en la medida en que las proposiciones jurídicas contenidas en una sentencia se supeditan, es decir, están determinadas por los hechos del caso, de ahí que la fuerza vinculante del precedente, o para un mejor entendimiento de la *ratio decidendi*, “... depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación...”³⁸⁰⁻³⁸¹.

2. *OBITER DICTUM*

445. Por otra parte, en esta secuencia descriptiva de la institución a los ojos del derecho inglés, el *obiter dictum*, contrario a la *ratio decidendi*, configura el componente o elemento de la sentencia que no obliga, pero que dadas las circunstancias, básicamente jurídicas, nunca fácticas, fue necesario incluir en la providencia dada su fuerza de persuasión; es decir, se ubican en este apartado todas aquellas proposiciones de derecho que carecen de la fuerza de la *ratio decidendi*, en cuanto no corresponden con el análisis fáctico del caso puesto a consideración del juzgador³⁸².

446. Antecedentes de la figura del precedente se dieron en la vieja legislación colombiana, sin que ello nos permita hablar de un influencia directa del sistema del *common law* entre nosotros. Expresiones como “doctrina legal más probable” (art. 10.º Ley 153 de 1887); “doctrina legal” (art. 371 Ley 105 de 1890); doctrina probable (art. 4.º Ley 169 de 1886)³⁸³.

447. La consolidación de la figura en Colombia deviene principalmente de los trabajos de la Corte Constitucional (al abordar el alcance del artículo 230 constitucional en el aspecto relativo al alcance de la fuente legal en relación con la actividad judicial a la luz de las expresiones de la ley referidas al concepto de *doctrina probable*³⁸⁴) que encontró latente entre nosotros, en el marco material de la Constitución Política de 1991^[385], la idea de precedente fundada en los principios constitucionales de legalidad, igualdad³⁸⁶, buena fe³⁸⁷, y que pretende ofrecer seguridad jurídica a los asociados³⁸⁸, reconociendo fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional en los eventos en que un caso o asunto a ser resuelto por la autoridad judicial coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por la Corte Constitucional³⁸⁹⁻³⁹¹, sin que dicho precedente sea inmutable, ya que la propia Corte Constitucional ha reconocido que “por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales” puede “modificar un precedente constitucional”³⁹¹.

448. En materia judicial el imperativo del precedente constituye una determinante para la motivación de decisiones judiciales posteriores que aborden la misma materia previamente tratada y resuelta por la Corte Constitucional³⁹². La motivación de la decisión judicial está predeterminada, en estos casos, por las directrices jurisprudenciales previamente establecidas en casos similares, de manera que se pueda generar continuidad en los criterios constitucionales establecidos por la corporación³⁹³.

449. Sobre esas consideraciones la Corte Constitucional ha edificado y sustentado el concepto de precedente judicial o jurisprudencial en materia constitucional, entendido como el conjunto de reglas judiciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, que generan contenidos vinculantes en relación con decisiones posteriores de los jueces³⁹⁴; de manera concreta se le ha conceptualizado como “aquella sentencia anterior y pertinente cuya *ratio* conduce a una regla –prohibición, orden o autorización– determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”³⁹⁵; de allí que las decisiones previas que determinen el derrotero de la interpretación de las normas y principios

constitucionales debe ser lo suficientemente consistente en cuanto constituirá la base de la seguridad jurídica y de la coherencia del sistema jurídico, sobre el supuesto de un especial y sólido entendimiento del principio de legalidad pertinente y, por lo tanto, aplicable a un caso determinado³⁹⁶⁻³⁹⁷.

450. El carácter vinculante del precedente judicial está en directa correspondencia con los razonamientos obligatorios incorporados de la parte motiva de las sentencias, relacionados con la situación fáctica que envuelve el caso y que fueron determinantes para la solución del litigio, esto es, en la denominada *ratio decidendi* de la misma, cuya identificación, si bien es cierto debe ser el producto de la interpretación constitucional³⁹⁸, de todas maneras la jurisprudencia ha decantado reglas para su ubicación e identificación en aras de la seguridad jurídica³⁹⁹⁻⁴⁰⁰, y su perfecta delimitación con los aspectos de la sentencia no vinculantes⁴⁰¹.

451. La institución del precedente se aplica bajo los anteriores presupuestos para efectos del entendimiento de los fallos del Consejo de Estado dentro de los cuales se construyen los precedentes aplicables en la jurisdicción contencioso administrativa. Precisamente en el artículo 256 de la Ley 1437 de 2011 se incorporó el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial para cumplir con esa finalidad primordial de

... asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales⁴⁰².

B. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

452. Desde la perspectiva de la doctrina del derecho administrativo⁴⁰³, salvo algunos trabajos aislados⁴⁰⁴, no existe una sistemática en relación con el precedente administrativo⁴⁰⁵, ni mucho menos unificación conceptual de su procedencia bajo el sistema continental o europeo del derecho administrativo, al cual, de por sí, resulta extraño, y para algunos, contrario a la misma estructuración del principio de legalidad⁴⁰⁶, que está en la base de ese sistema y que constituye una de las fuentes directas del derecho, considerando a la jurisprudencia como un simple instrumento auxiliar en la construcción jurídica del derecho positivo⁴⁰⁷.

453. Bajo los presupuestos de esa concepción formalista del derecho se entiende al precedente aplicado a la actividad administrativa como una simple práctica de actos reiterados y sucesivos que no pueden apartarse, ni mucho menos entenderse más que vinculados al principio de legalidad⁴⁰⁸. En ese sentido la fuente dominante y determinante de los mismos no es otra que la ley, careciendo el precedente por lo tanto de un valor autónomo, en consecuencia sin poder vinculante diferente al que pueda tener la fuente legal⁴⁰⁹.

454. En los últimos años esta postura formal y excluyente ha venido siendo recogida en favor de un tesis mucho más amplia y dinámica en la conformación de las bases sustentadoras del sistema positivo, dentro de la cual se retoma el concepto anglosajón de precedente, se le reconoce su procedencia a la actividad propiamente administrativa, bajo las estructuras jurídicas del sistema continental o europeo del derecho administrativo, no como excluyentes de la legalidad, sino como creadoras autónomas de reglas, principios y conceptos precisamente para hacer viable bajo un contexto de seguridad jurídica, buena fe e igualdad, el principio de legalidad⁴¹⁰.

455. La doctrina destaca al respecto que de aceptarse la existencia jurídica del precedente el mismo no puede de ninguna manera configurarse como una práctica contraria a la ley⁴¹¹. El precedente opera

bajo nuestras estructuras jurídicas produciendo el efecto de todos los actos propios con posibilidad de que sus consideraciones jurídicas en relación con los hechos y/o conflictos de estricto carácter jurídico (interpretación del ordenamiento jurídico) resueltos por la administración puedan ser invocados posteriormente por terceros en procura de seguridad e igualdad, en la medida en que el precedente así visto, contiene materialmente el sentido y alcance que la administración le ha dado a la aplicación de las normas superiores –Constitución, ley y actos administrativos– a las que estaba sujeta para la resolución del caso en concreto.

456. En consecuencia la invocación del precedente administrativo solo es legítima dentro de la legalidad, o dicho de otro modo, su invocación tan solo es posible si el mismo está conforme a derecho⁴¹² (e incluso al interés público, como originalmente lo planteó Ortiz Díaz⁴¹³). Su fuerza vinculante está sujeta y condicionada por su adecuación a la legalidad⁴¹⁴.

457. Algunas posturas fundamentan el concepto en teorías poco comprometedoras con su fuerza vinculante. De manera operacional, algunos sectores de la doctrina, proponen para la conceptualización de la expresión de *precedente administrativo* la idea de que el mismo encierra ante todo una técnica comparativa de providencias administrativas tendiente a la protección de invaluable derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad de los asociados en tratamiento por las autoridades⁴¹⁵, sin condicionarla a la legalidad.

458. En esta dirección se entiende al “... precedente administrativo como una técnica de comparación entre uno y varios actos anteriores y otro presente, que juega un papel fundamental en el conjunto del ordenamiento jurídico como garantía de diversos principios generales del derecho consagrados constitucionalmente...”⁴¹⁶ principalmente los de igualdad, buena fe e interdicción a la arbitrariedad, generando en consecuencia condiciones de seguridad jurídica.

459. Algunos otros sectores van más allá en la conceptualización de la institución retomando de alguna forma la preceptiva descriptiva que del precedente judicial se hace por parte de la doctrina anglosajona, entendiendo por precedente administrativo “... el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar...” sin mayores consideraciones en relación con la ley y sobre todo con la adecuación, de lo ya resuelto, con el principio de legalidad, pero con fuerza vinculante para efectos de hacer viables los principios de igualdad, interdicción a la arbitrariedad y buena fe: “... El precedente administrativo es, por lo tanto, aquella actuación pasada de la administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares...”⁴¹⁷, sin requerir necesariamente que se hubiere repetido en su aplicación una pluralidad de veces, lo importante es que de algún modo, la administración hubiere fijado en providencia anterior, el alcance del ordenamiento jurídico en relación con determinada situación fáctica⁴¹⁸.

460. Precisamente, es la fijación de la postura, del desdoblamiento de la actuación de la administración la que constituye el centro o base del precedente, y es lo que verdaderamente debe encaminar la tutela de la igualdad ante la ley, la interdicción de la arbitrariedad y la consistencia en las decisiones administrativas que puedan resolver situaciones fácticas similares. El límite a esta construcción se encontraría en el concepto de gestión pública, en virtud del cual la administración actuando estratégicamente debe adaptarse a los nuevos escenarios, lo que debe pivotar en torno a la racionalización y la planificación⁴¹⁹.

461. Esta última postura, que realmente retoma el alcance del precedente judicial anglosajón para el derecho administrativo, en especial para las decisiones administrativas, es el prevalente y dominante en las construcciones legislativas, Ley 1437 de 2011, artículos 10.º al incorporar el precedente administrativo y la obligatoriedad para las autoridades administrativas de motivar sus decisiones

posteriores con ellos y los precedentes jurisprudenciales tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional (sentencias de unificación jurisprudencial)⁴²⁰; 102 al incorporar el procedimiento administrativo especial de extensión jurisprudencial⁴²¹ con sujeción no solo a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, sino también, y de manera preferente de la Corte Constitucional que deban ser objeto de observancia en la aplicación de los precedentes del Consejo de Estado⁴²²; 269 que complementa por la vía judicial el 102, al establecer el procedimiento para la extensión de la jurisprudencia por el Consejo de Estado a terceros, igualmente en consonancia con los precedentes de la Corte Constitucional⁴²³.

462. Los precedentes aplicables por la administración y por los jueces, tribunales administrativos y las secciones y subsecciones y sala plena del Consejo de Estado, son no solo los contenidos en los fallos de la Corte Constitucional, sino también, en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 en las sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009

C. PRECEDENTE CONVENCIONAL

463. El soporte básico de la teoría de la convencionalidad, a la cual ya nos hemos referido y al control de convencional, deviene de la estructuración del precedente convencional, esto es, de las *ratio decidendi*, contenido en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que le introducen contextura sustancial propia al derecho convencional frente a las diversas situaciones fácticas afectantes de los derechos humanos, generando en consecuencia un derecho igualitario a ser aplicado a casos similares, esto es, le otorga certeza y seguridad al marco conceptual, normativo y de principios dentro del contexto del sistema interamericano y conforme a los desarrollos del sistema universal de los derechos humanos, construyendo estándares vinculantes y parámetros obligatorios para todas las autoridades de todos los países miembros en relación con el alcance de los derechos humanos.

464. Del seguimiento a las sentencias de la Corte IDH se puede sostener que estas han venido construyendo de manera sistemática toda una teoría, a propósito del control de convencional en relación con su soporte en la preservación de los precedentes interamericanos, para lo cual indica que sus sentencias, las proferidas en desarrollo del control concentrado producen efectos directos y tienen fuerza vinculante en relación con los casos concretos resueltos, comprometiendo con ellas al Estado miembro objeto y destinatario de la decisión (Resuelve), pero que, igualmente, tienen un efecto vinculante general en relación con casos similares que afecten los derechos humanos y comprometan a los demás Estados partes de la convención, es decir, configuran claros precedentes demarcados concretamente en sus *ratio decidendi*.

465. En ese sentido, se tiene entonces que las decisiones de la CIDH poseen claros efectos “directos” entre las partes interactuadas en un litigio sobre derechos humanos (objetiva-subjetiva), esto, en cuanto que las decisiones de la Corte, como última intérprete de la convención, son directas entre las partes⁴²⁴, sin embargo, y esto es lo paradójico en la construcción jurisprudencial del control concentrado de convencionalidad, las mismas decisiones, en las razones de derecho invocadas para resolver la

situación fáctica relativa a los derechos humanos en litigio, generan efectos de “precedente” vinculante (subjctiva).

466. Las *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte generan precedentes vinculantes para todos los casos similares, sean resueltos por ella misma o por las autoridades de los Estados miembros, configurando en consecuencia parámetros de interpretación y aplicación⁴²⁵.

IX. COSTUMBRE

467. En estricto sentido, dentro de un contexto de legalidad formal la costumbre no puede generar norma de derecho público. Una afirmación en ese sentido podría ser violatoria del principio de legalidad. No obstante, su valía como criterio auxiliar para medir el alcance de las normas es indubitable. La Ley 153 de 1887, en su artículo 13, establece a este respecto, en concordancia con el artículo 230 constitucional, que “la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

468. La Corte, en sentencia del 5 de mayo de 1994, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta disposición, la encontró ajustada a la Carta: interpretó la moral cristiana como la moral común, genérica, que incluye a todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos. En sus relaciones entre la Constitución y la costumbre, la Corte hace énfasis en la plena vigencia del artículo 13, e incluso en su necesidad de admitirla como creadora de norma objetiva. El pueblo puede generar costumbre, a la cual le puede imprimir fuerza vinculante:

De otra parte, hay que afirmar con toda claridad que negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo, representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita por la actual⁴²⁶.

469. Sin embargo, debemos acoger estos planteamientos de la Corte con supremo recelo frente a la función pública administrativa, en la medida en que podrían ser fuente de arbitrariedad y posiblemente corrupción en detrimento del interés general si se le otorga el carácter de fuente principal de nuestro derecho y no secundaria, restringida exclusivamente a los casos en que esté autorizada expresamente por el legislador, como en las hipótesis en que el derecho comercial deba aplicarse a la administración pública, en la medida en que en este ordenamiento es admitida la costumbre para precisos efectos probatorios.

470. No discutimos la procedencia de la costumbre en el derecho privado, pero en materia de asuntos públicos tendría la capacidad suficiente para deteriorar profundamente el Estado de derecho. Incluso la Corte la admite con restricciones:

La costumbre sólo es fuente de derecho en Colombia a falta de norma legal expresa sobre el asunto; nunca [...] puede aceptarse que una costumbre contraria a expresa norma legal prime sobre esta última. La repetida violación de la ley no la deroga ni la excepciona, y el alegato de la propia ilegalidad no se hace de recibo cuando se le añade la confesión de su práctica inveterada⁴²⁷.

471. En cuanto al precedente administrativo, cuando las elaboraciones de la administración resuelven por vía administrativa los conflictos constituyen elemento coadyuvante del sistema normativo en la medida en que el mismo genera seguridad jurídica al definir la interpretación y el alcance de la

legalidad y la conformidad con el derecho y los principios generales del régimen aplicable por cada despacho o repartición administrativa.

472. Los anteriores planteamientos en manera alguna excluyen la plena vigencia y vincularidad para la administración pública y sobre todo para el ejercicio de la función administrativa de la costumbre internacional vinculante derivada del respeto y acatamiento al derecho de gentes por vía del derecho internacional consuetudinario, el cual, en los términos de la convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, rige en todos los países sin necesidad de convención.

Los sujetos de la relación jurídico-administrativa en el ordenamiento jurídico *

473. El contenido estructural del derecho administrativo como derecho de la administración pública se reconduce al análisis de tres aspectos vitales de su dinámica: el de un subsistema del ordenamiento jurídico (conjunto de normas, principios y valores que le son propios a la disciplina y que se fundan en el sistema ordenamiento jurídico); el de los sujetos o actores protagónicos de ese marco sustancial y, por último, las inevitables relaciones jurídicas que se suscitan entre estos sujetos, y que precisamente están sometidas de una u otra manera por ese conjunto normativo de principios y valores, en lo que se ha dado a conocer, en un contexto dialéctico, como el ámbito de las relaciones jurídico-subjetivas propias del derecho administrativo, que en la doctrina tradicional se reconducen por los ámbitos de la denominada personalidad jurídica de los entes y organizaciones públicas, en especial del Estado⁴²⁹.

474. El aspecto subjetivo de esta triada de elementos propios de lo que la doctrina denomina el tejido estructural del derecho administrativo se configura a partir de los sujetos actuantes de la relación (la administración pública y los administrados; quienes ejercen el poder y quienes son destinatarios del mismo; los gobernantes y los gobernados), que indistintamente pueden adquirir el carácter de sujetos activos o pasivos de la misma de conformidad con la posición que ostenten en un momento determinado. Esto, en virtud de estructurarse en cabeza de los sujetos un especial centro de imputación de derechos, deberes u obligaciones a la luz del derecho administrativo.

475. Se retoma para estos efectos y para un mejor entendimiento de esta problemática, el concepto jurídico de personalidad, lo que hace que la subjetividad de la relación dependa entonces del alcance y contenido que el ordenamiento le reconoce y con el que identifica normalmente a los entes con esta cualidad⁴³⁰, de ahí que tradicionalmente se reconozcan como sujetos de la relación en comento a las personas físicas (seres humanos) y a las organizaciones a las que el derecho les concede tal privilegio (personas morales o jurídicas).

476. Desde la perspectiva de la sociedad gobernada (administrados, personas, ciudadanos) el marco subjetivo está constituido, por regla general, por todo el universo de los asociados en el que pueden encontrarse personas naturales o físicas, y morales o jurídicas, al igual que la colectividad, sujetos todos ellos que, en la dinámica de la relación jurídica, pueden ser centro de imputación activa o pasiva de la misma. Pueden ser titulares de derechos, deberes u obligaciones, que oponen y hacen exigibles del universo entero en especial de la administración pública (posición activa), o son destinatarios de exigencias del ordenamiento ejecutables por la administración pública (posición pasiva), siempre actuando como sujetos de derecho con personalidad, por regla de excepción, por algunos entes sin personalidad jurídica a los cuales el ordenamiento jurídico habilita para estos efectos.

I. EL SUJETO PÚBLICO (ACTIVO) DE LA RELACIÓN Y SU PERSONALIDAD

477. Desde la perspectiva de los gobernantes, esto es, de la administración pública, el marco subjetivo adquiere unas connotaciones especiales y significativas en relación con la tipología señalada como propia de los particulares. Si bien es cierto que quienes ejercen la actividad pública administrativa actúan a través de personas físicas o naturales, empleados o servidores públicos, estos no lo hacen bajo signos de autonomía, sino que ejecutan su actividad como dependientes de la organización; se trata de meros ejecutores de las normas que rigen y orientan la organización administrativa y que en virtud de

tal consideración su actuación le es atribuible e imputable a la organización: lo que hagan u omitan vincula jurídicamente a la organización.

478. La forma normativa de actuación de la administración pública para el cumplimiento de los propósitos y finalidades de la función pública administrativa no es otra que a través de organizaciones, esto es, en formas jurídicas subjetivizadas que trascienden el ámbito de las personas que le colaboran; se trata de una realidad jurídica “autónoma, distinta, e independiente de las personas que la componen”⁴³¹. Aunque, en verdad sea dicho y reiterado, lo que hagan o dejen de hacer las personas físicas en que se apoya (funcionarios o dependientes, servidores), le es tan solo imputable a la organización y es ella la llamada a responder o actuar según el caso; la exigibilidad de conducta es siempre en relación y con dirección a ella.

A. LA PERSONA JURÍDICA EN LA RELACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA

479. En esta dirección se admite para el derecho administrativo, en el marco de una relación jurídica subjetiva, en cuanto al sujeto que ejerce las funciones públicas administrativas se trata, que estamos en presencia de una verdadera persona jurídica, esto es, reivindicándose y subsumiéndose la teórica aplicable a la naturaleza que adquiere la organización administrativa en la de la personalidad jurídica, profundamente desarrollada por la teoría del derecho, en especial por el derecho privado.

480. En ese sentido, entonces, abordar el tratamiento de los sujetos públicos de la relación jurídico administrativa entraña el reconocimiento de la personalidad jurídica de los entes públicos lo que permite razonar y explicar jurídicamente la fuerza de su condición de sujetos actuantes, no solo al interior de los procedimientos administrativos propiamente dichos, sino, también y de manera principal dentro del tráfico jurídico, lo que implica que asume obligaciones, es titular de derechos, y responde por sus actos y omisiones.

481. Se trata de afrontar para la disciplina un concepto que admite algunas dificultades en la medida en que nos lleva a reflexionar profundamente sobre su procedencia, sobre todo a partir de entender que en muchas de sus manifestaciones el Estado y los órganos que de él dependen, o hacen parte de alguna forma, son principalmente instrumentos de ejercicio y acción del poder público, aspectos estos que deben entonces compatibilizarse dentro de las estructuras conceptuales de la personalidad jurídica, en aras de lograr una respuesta satisfactoria en relación con las características que adquiere el sujeto público en el ámbito de sus relaciones y actuaciones jurídicas.

1. EL ORIGEN CIVILISTA DE LA IDEA DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA RELACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA

482. Sobra agregar a esta discusión que la personalidad jurídica, que para el caso se predica del Estado, y que invita al reconocimiento de personería jurídica para el mismo y para algunos órganos públicos, no es de estricto origen constitucional, ni sus raíces penetran en la esencia misma del derecho administrativo. Su elaboración proviene de trabajos legislativos y jurisprudenciales que han retomado los senderos y los conceptos profundamente estructurados por la doctrina del derecho privado.

483. En ese sentido, entonces, entendemos que a través de ese concepto se ha tratado de revivir para el derecho público la llamada teoría de la personalidad jurídica del Estado, mediante la cual se intenta dar respuesta y justificar la presencia del Estado, sus órganos y de algunas entidades públicas en diferentes sectores de la actividad jurídica.

484. Según sus defensores resulta imposible inmiscuirse en la problemática de las decisiones del Estado sin antes indagar las razones por las cuales dicho ente las adopta y las impone: ¿cuál es su capacidad y de dónde proviene? ¿Por qué su deber de responsabilidad y su facultad obligacional?, e incluso, ¿por qué adquiere, a la luz del derecho, prerrogativas similares a las de los seres humanos, especialmente cuando se trata de las relaciones internacionales, o en las propias de su dialéctica interna, tal como ocurre en asuntos tan sensibles como, por ejemplo, en los ámbitos negociales o de la responsabilidad contractual y extracontractual, y por que no decir en los estrictamente judiciales cuando actúa como sujeto activo o pasivo de acciones y pretensiones en defensa de sus intereses subjetivos, o para no ir muy lejos, en todo lo referente al reconocimiento y titularidad de derechos fundamentales que antes solo eran predicables bajo consideraciones del derecho clásico a las personas naturales?⁴³².

485. Esto ha llevado a que se admita que el Estado es una verdadera persona de las llamadas morales o jurídicas, creada por el derecho, y que incluso actos que pensábamos eran simplemente justificados por el simple ejercicio de poder, como los legislativos, administrativos o judiciales, se explican a partir de los atributos de su personalidad, tesis discutible pero ampliamente explicada por algunos sectores doctrinales⁴³³.

2. EL ESTADO PERSONA JURÍDICA. SUBJETIVIDAD DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN

486. El Estado entendido como persona jurídica es un sujeto de derecho –al lado de las personas físicas y de otras personas jurídicas– que se compromete por las consecuencias resultantes de sus actuaciones. De no ser así, de no entenderse al Estado como una persona de creación abstracta del derecho, no sería posible explicar su capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, su permanencia, e incluso su carácter de sujeto activo o pasivo procesal⁴³⁴.

487. La idea de la subjetividad de la organización administrativa que entraña toda la construcción de persona jurídica, y en consecuencia del reconocimiento de personalidad para los sujetos públicos actuantes dentro del tráfico jurídico, sirve de base conceptual para el desarrollo y consolidación del elemento de la imputación, que permite explicar las relaciones al interior de la organización pública y, por lo tanto, la titularidad de la administración de derechos, obligaciones y responsabilidad⁴³⁵.

488. A partir del concepto de imputación se permite así mismo, reconocer y destacar otro concepto importante y concomitante al de la personalidad jurídica de los entes públicos, como es el del órgano, esto es, de aquellos sujetos o dependencias que, sin ostentar personalidad, actúan para y a nombre de la organización y cuyas actuaciones, conductas u operaciones le son imputable a estas⁴³⁶. Es posible la existencia de órganos, esto es componentes anatómicos, dependencias secundarias de la organización que bien pueden actuar en el tráfico jurídico pero siempre amparados en la personalidad de la organización; ellos también son trascendentes para el cumplimiento de las finalidades estatales y el ordenamiento les concede reconocimiento para esos efectos con sujeción a la persona jurídica de la cual hagan parte y a la cual imputen sus actuaciones⁴³⁷.

3. EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA POR PARTICULARES Y LA PROBLEMÁTICA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

489. No obstante lo anterior, el desarrollo de la actividad administrativa, y por lo tanto del concepto de sujeto público de la relación jurídico administrativa, adquiere elementos conceptuales de evidente amplificación en su alcance, contenido y naturaleza. Los sujetos que actúan en el tráfico jurídico desarrollando actividades propias de la función pública administrativa no son únicamente los propios de la organización administrativa, los que pudiéramos ubicar fácilmente en el contexto de la administración pública orgánica tradicional. Los privados han irrumpido de tiempo atrás en las esferas de la actuación pública.

490. En el derecho colombiano se acepta esta posibilidad como un mecanismo auxiliar indispensable para la administración. El artículo 210 superior en el inciso 2.º le imprime reconocimiento supremo al establecer que los particulares podrán cumplir las funciones administrativas que determine la ley. En Colombia, por lo tanto, previa regulación de la ley, es posible que los particulares accedan a la gestión de funciones administrativas en cualquier campo, pero sujetas en todos los casos a los procedimientos y controles establecidos para las autoridades administrativas ordinarias, a no ser que la ley que organice estas formas de colaboración disponga al respecto un sistema procedimental y controles especiales.

491. El problema en relación con esta posibilidad de ampliación del marco subjetivo de la administración pública está dado básicamente en relación con la persona jurídica a la cual se debe imputar la actuación de los particulares que cumplan funciones públicas administrativas: ¿será que la imputación debe hacerse de manera directa al mismo particular en cuanto persona natural o jurídica?, o, por el contrario, ¿a alguna otra de las personas públicas propias de la estructura de la administración pública? Los casos más recurrentes se dan, entre otras, en relación con los notarios, los curadores urbanos y las cámaras de comercio⁴³⁸.

492. En la realidad de las cosas cuando los particulares, sean personas naturales o jurídicas, ejercen funciones públicas administrativas no pierden su condición de tales; sin embargo, en relación con el ejercicio de la función en concreto, la adopción de actos administrativos, la celebración de contratos y demás actos esencialmente públicos derivados de las funciones administrativas que la constitución o ley les otorga, tales manifestaciones se hacen en nombre y representación del Estado⁴³⁹, luego la imputación de tal actuación no puede hacerse exclusivamente a la persona jurídica del particular, en cuanto quien en la realidad está comprometido es el Estado o las personas jurídicas de derecho público a nombre de las cuales el particular actúa (Estado, departamento o municipio, etc.)⁴⁴⁰.

B. NOCIONES DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

493. Los conceptos fundamentales de persona en sus diferentes connotaciones pertenecen a la teoría general del derecho, lo que los hace predicables –con las limitaciones del caso– a las bases teóricas del Estado como persona. En el lenguaje jurídico son personas los seres con idoneidad para ser titulares de derechos o, en otras palabras, sujetos portadores de atribuciones jurídicas que son reconocidas por el ordenamiento⁴⁴¹.

494. La doctrina reconoce dos clases de personas: los individuos de la especie humana y ciertos seres, colectivos o no, a los cuales se les da corrientemente el nombre de personas morales, jurídicas, abstractas, intelectuales o ideales. Fuera de estas dos clases de sujetos del derecho no se conocen otras. Siguiendo esta orientación de la teoría general del derecho, el ordenamiento privado colombiano

consagra en el artículo 73 del Código Civil que las personas son naturales o jurídicas. Para efectos de nuestro estudio, nos orientaremos por esta última categoría.

495. Como ocurre con la generalidad de las instituciones jurídicas, la noción de la personalidad moral es el resultado del desarrollo de formas jurídicas nacidas en la antigüedad que, con el transcurso de los años, se fueron perfeccionando hasta ser objeto de una elaboración positiva por los teóricos *iusprivatistas* alemanes, seguidores del *pandectismo*.

496. La personalidad jurídica o moral no es más que la atribución a entes diferentes a los seres humanos, por parte del ordenamiento jurídico, de la posibilidad de ser titulares de derechos, circunstancia esta que nos permite afirmar que las personas jurídicas son, en estricto sentido, un producto del derecho y solo existen en razón de él; sin su atribución nunca tendrían personalidad las colectividades, ni se podrían catalogar como entes con existencia real. En la práctica las personas jurídicas son un producto abstracto del derecho que permite a las comunidades jurídicamente organizadas cumplir con los objetivos trazados por sus miembros⁴⁴².

497. El Código Civil colombiano define a la persona jurídica haciendo referencia a uno de los atributos de las personas físicas, es decir, que son entes capaces de tener derechos, asimilando de esta manera, para efectos prácticos, la esencia jurídica de las colectividades jurídicamente organizadas a la de los seres humanos⁴⁴³.

498. El concepto de personalidad es la cualidad inmóvil abstracta que hace a la persona apta, capaz de ser sujeto de derechos, lo cual no implica que estemos identificando la personalidad con la capacidad, por cuanto la primera la entendemos en el sentido amplio de aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas, y a la segunda la ubicamos como una consecuencia inevitable de la personalidad. Mientras la capacidad es un atributo intrínseco de un sujeto que le permite ser el centro del derecho, la personalidad es, por su naturaleza, mucho más amplia y abarca también la capacidad, lo cual hace que la misma –la personalidad–, según la doctrina, sea considerada como absoluta, unitaria e indivisible. Además, como lo anota Carrejo⁴⁴⁴,

Debe hacerse notar que mientras la idea de personalidad es estática, la de capacidad es dinámica; al paso que la primera se refiere a una cualidad del ser humano o de las agrupaciones dichas en sí mismas consideradas, la segunda es una posibilidad de actuación en la vida jurídica.

499. El concepto de personalidad jurídica aplicado a las relaciones jurídicas propias del derecho público, no es una técnica nueva en la historia del derecho del Estado: “... la técnica de la personificación en el derecho público es el resultado final de un proceso evolutivo multiseccular; de un proceso fascinante, cuyas raíces se pierden en la noche de los tiempos...”⁴⁴⁵. Sin embargo, debe admitirse que en el tránsito histórico del Estado absoluto al Estado institucionalizado, que implicó para el derecho la estructuración de una nueva tipología y terminología jurídica amplificadora del pensamiento jurídico, tuvieron vital importancia, en cuanto a la construcción de la personalidad jurídica del Estado, las elaboraciones *iusprivatistas* de los teóricos del *pandectismo*, las ideas de tratadistas como Albrecht, Gerber, Laband y Jellinek, entre otros, que permitieron trasladar las elaboraciones del derecho privado sobre la persona jurídica al derecho público, y afirmaron que esta –la personalidad jurídica– permitiría entender una gran complejidad de situaciones jurídicas en las que se estaba involucrando el Estado, justificando y sosteniendo su relación con el derecho y constituyéndose, de esta manera, en el presupuesto de toda construcción jurídica en derecho público.

500. Es decir que, al corresponderle al Estado la cabeza de la juridicidad o personalidad jurídica, la totalidad de sus elementos y funciones se explicarían a partir de él. Las funciones legislativa, ejecutiva

o judicial serían entonces funciones del Estado como persona jurídica y no actividades independientes, aisladas del tronco central orientador y detentador del poder unificador⁴⁴⁶.

501. La teoría de la personalidad jurídica del Estado en los términos expuestos por la teoría alemana, y defendida hoy en día, entre otros, por Gallego Anabitarte, no puede considerarse como una concepción absoluta y totalmente verdadera. Todo lo contrario, debemos entenderla como una posición jurídica a través de la cual se pretende encontrar una justificación, desde el punto de vista de esta disciplina, de lo que es el Estado. No puede considerarse como la negación de las elaboraciones políticas, sociológicas o económicas que se hagan sobre el mismo; busca, ante todo, encuadrar al Estado dentro de la dinámica de lo jurídico, explicando la institución desde esta óptica. De no entenderla de esta manera, es decir, como un instrumento interpretativo más, podríamos caer en el inmenso campo de los equívocos, sobre todo al interpretar fenómenos de autonomía y de personalidad en el derecho colombiano.

502. Por lo anterior, en el derecho no ha habido uniformidad en cuanto a la existencia y alcance de la personalidad jurídica. Son muchas las tesis y teorías que se han expuesto, algunas de ellas desechando por completo la posibilidad de que el Estado o sus órganos sean personas jurídicas. No obstante la proliferación de concepciones en torno al tema de la personalidad jurídica, lo cierto es que la teoría tiene su reconocimiento en el derecho público, pudiéndose decir con propiedad en la hora actual que tanto el Estado como las demás organizaciones públicas a las cuales la ley le reconozca la misma, ostentan la personalidad jurídica y poseen la capacidad jurídica suficiente en los términos que el ordenamiento jurídico les conceda para actuar en el tráfico jurídico. Esto es, ostentan la aptitud para estar, actuar y disfrutar en el tráfico jurídico conforme a las normas, principios y valores que le sirven de fundamento.

C. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO

503. En derecho positivo colombiano, de larga data, se viene aceptando la teoría de la personalidad jurídica, en un comienzo en el ordenamiento civil y posteriormente en normas de carácter público. El ordenamiento jurídico nacional tradicionalmente ha clasificado a las personas jurídicas en: de derecho público y de derecho privado. Las primeras son las que deben su creación a los desarrollos legales del derecho público, es decir, según nuestra Corte, “aquellas [...] en que se traduce el poder del Estado, ya directamente, ya como derivación del mismo en orden de la prestación de servicios públicos”⁴⁴⁷. En razón de su especialísima naturaleza, la legislación civil ha excluido las normas referentes a este tipo de personalidad jurídica. El artículo 635 del Código Civil colombiano estipula que las disposiciones contenidas en el título sobre personas jurídicas no se extienden a las corporaciones o fundaciones de derecho público, tales como los establecimientos que se financien con fondos del tesoro nacional.

504. Por otra parte, ante la carencia de un régimen jurídico definido y frente a la creciente problemática que implica el análisis de la personalidad jurídica, se han dictado en los últimos años una serie de normas a través de las cuales se ha pretendido dar cuerpo jurídico a esta institución, clarificando de esta manera el régimen jurídico de los diferentes organismos y ramas del poder público. Mediante la Ley 153 de 1887 –art. 80– se determinó que serían personas jurídicas de derecho público: “la nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública y las corporaciones creadas y reconocidas por la ley”.

505. Dentro de esta evolución, y acogiendo directivas doctrinales, mediante el Decreto 393 de 1957 se estableció que los establecimientos públicos adquirirían su condición de personas jurídicas desde el

momento en que se constituyeran y de conformidad con el acto de poder público que los creaba. Conforme a este régimen jurídico, las actuaciones posteriores del gobierno nacional solo tuvieron por finalidad la de establecer si los estatutos de dichas entidades se acomodaban a la ley que los creó y a la moral o al orden legal.

506. De esta forma se acogió en el derecho colombiano la tesis de la atribución legal, incluso para la Nación –Estado–, aunque en nuestra opinión, en este último caso, era innecesario, si se tiene en cuenta, que el Estado adquiere la personalidad jurídica desde el mismo momento de su creación, sin necesidad de un reconocimiento expreso. La sola institucionalización del poder, es decir, el establecimiento de un régimen político, con normatividad jurídica, constituye el Estado, y de ahí se desprende su personalidad jurídica para los efectos que sea requerida.

507. La reforma administrativa de 1968 introdujo un alto grado de claridad en relación con la personalidad jurídica del nivel descentralizado nacional por servicios. Precisamente con la expedición de los decretos 1050 y 3130 de dicho año y con desarrollos posteriores, como los contenidos en el Decreto 130 de 1976, se logró conformar un cuerpo de instituciones estatales de primer y segundo grado en donde la base fundamental de su existencia obedece al reconocimiento que se hace de su personalidad jurídica. La Ley 489 de 1998 recoge toda esta preceptiva.

Con la expedición de los códigos de régimen departamental y municipal se consolidó en buena parte las orientaciones anteriores sobre el régimen jurídico de la personalidad jurídica en su aplicación para el entendimiento de la figura frente a la descentralización territorial (arts. 156 a 165 Dcto. 1333 de 1986 y 252 a 287 Dcto. 1222 de 1986; Ley 136 de 1994). En estas disposiciones se reitera que tanto la Nación, como los departamentos, las otrora intendencias y comisarías y los municipios constituían personas jurídicas (arts. 4.º Dcto. 1333 de 1986 y 3.º Dcto. 1222 de 1986)⁴⁴⁸.

508. De la lectura del régimen jurídico antes anotado se puede concluir que en Colombia la personalidad jurídica la detenta un ente abstracto y soberano, denominado Nación; se incurre por esta vía en la inexactitud de considerar como persona jurídica a un concepto sociológico como la Nación, cuando lo lógico sería partir de la atribución de personalidad al Estado, concepto, este sí, de estirpe jurídica⁴⁴⁹.

509. Ahora bien, del estudio del sistema jurídico colombiano se puede deducir que con la atribución de personalidad jurídica a la Nación, se amparan todas aquellas actuaciones de los poderes públicos, y en especial las del sector central de la administración nacional, que se justifiquen a partir de la existencia de personalidad jurídica, tales como las propias del tráfico jurídico ordinario, las referentes a la representación judicial o extrajudicial, las relacionadas con la personalidad del Estado y de los órganos públicos y las demás a que hicimos referencia en el literal anterior.

510. Caso concreto de la situación anterior se advierte en la Presidencia de la República, ministerios, departamentos administrativos, superintendencias sin personería jurídica y demás órganos propios del sector central de la administración nacional. Tratándose de los llamados órganos autónomos e independientes, si el legislador no ha hecho un reconocimiento expreso de su personalidad jurídica, en los eventos en que requieran acudir a la misma con el fin de amparar algunas situaciones específicas, deben hacerlo a través de la personalidad jurídica de la Nación.

511. En materia de representación se tipifica otro de los casos en los cuales se acude, de manera irremediable, al concepto de personalidad jurídica. Esta situación resulta clara, por ejemplo, en materia jurisdiccional, tratándose de la representación de los órganos estatales. El CCA sostiene y reitera que para ciertos órganos es la personalidad jurídica del Estado la que los impulsa. Así, el artículo 149 del Decreto 01 de 1984 con las modificaciones introducidas por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998 dice:

En los procesos contenciosos administrativos la Nación estará representada por el ministro, director de Departamento Administrativo, superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor, o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. El presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. La Nación, rama judicial estará representada por el director ejecutivo de administración judicial. En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrá el director general de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto. Parágrafo 1. En materia contractual intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2.º, numeral 1, literal b de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en éstas. Parágrafo 2. Cuando el contrato haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de ésta se ejerce por él o por su delegado...

Previsiones estas que en términos generales son ahora reproducidas en forma similar por el artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

512. Por lo que respecta a los órganos o instituciones de los sectores descentralizados, especialmente de los descentralizados por servicios, la situación es diferente. En Colombia, la existencia de entidades descentralizadas, y como consecuencia, la de la totalidad de sus funciones, depende de la consideración de dichos entes como personas jurídicas. Si carecen de esta atribución no serían otra cosa que dependencias del sector central de la administración pública nacional. Caso concreto de lo anterior se identifica a partir de la existencia de los establecimientos públicos, fondos rotatorios, unidades administrativas con personería jurídica, superintendencias con personería jurídica, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, cuando excepcionalmente cumplan funciones administrativas, al igual que las entidades descentralizadas de segundo grado.

513. Tratándose de los entes descentralizados territorialmente, sucede algo similar. La personalidad se le reconoce a los departamentos y municipios (algunas de las nuevas entidades territoriales, como los territorios indígenas, provincias y regiones están pendientes de su reconocimiento a través del acto legal que los desarrolle. Los distritos obtienen su personalidad jurídica por vía de aplicación de las normas municipales previstas constitucionalmente). Las actuaciones o hechos protagonizados por algunos de sus órganos como los concejos, asambleas, contralores, personeros, etc., no los vinculan individualmente (salvo la responsabilidad personal de sus agentes), porque la personalidad jurídica reposa en la entidad, excepto las situaciones referentes al reconocimiento de autonomía contractual y presupuestal que analizaremos más adelante.

514. Por último, en derecho colombiano ha evolucionado la idea de la no necesidad de un pleno reconocimiento de personalidad jurídica en determinados órganos estatales para efectos de justificar su presencia en el tráfico jurídico ordinario, básicamente del derivado a partir de la contratación estatal. Con fundamento en el artículo 352 constitucional, que le atribuye al legislador la posibilidad de determinar la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar, el Congreso nacional, al expedir la Ley 80 de 1993, haciendo diferencia entre personalidad jurídica y capacidad para actuar en el tráfico jurídico, habilitó a organismos tales como el Senado de la República, la Cámara de Representantes, la Contraloría Nacional, las contralorías departamentales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias sin personería jurídica, unidades administrativas especiales sin personería, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, para que celebraran contratos de manera directa, pero comprometiendo obviamente a la Nación⁴⁵⁰.

515. Sobre esta misma base constitucional, y en la norma en que la Constitución lo preveía, como es el estatuto orgánico del presupuesto general de la Nación, se incorporó un principio similar al anterior, es decir, de reconocer capacidad jurídica a órganos del Estado que no son personas jurídicas. Capacidad dirigida básicamente a dos tipos de actuaciones, la primera, en materia contractual, y la segunda, en ordenación del gasto. El principio actualmente regulado en el artículo 110 del Decreto 111 de 1996 indica lo siguiente:

Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refiere la Constitución Política y la ley [...] [E]n la sección correspondiente a la rama legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la rama judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, asambleas y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica...

D. POTESTADES (SITUACIONES DE PODER)

516. Quien ejerce funciones administrativas, esto es el sujeto activo de la relación jurídico administrativa, posee por naturaleza el carácter de operador principal del ordenamiento jurídico bajo los presupuestos de la legalidad en sentido material, es el poseer institucional del poder y fuerza del Estado para el cumplimiento de los propósitos y finalidades estatales en los términos y condiciones que el Estado social de derecho lo determina. En esta dirección se le ha dotado de claras e indiscutibles facultades poderes colocándolo en posición privilegiada en relación con los asociados para cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Internacionales, las leyes, y todos los actos reglamentarios y reguladores, las decisiones judiciales, y todas las demás disposiciones de cualquier orden que configuren el ordenamiento o lo ordenen en función de las finalidades estatales.

E. DEBERES (OBLIGACIONES Y DEBERES FUNCIONALES)

517. El marco de atribuciones dirigidas a cumplir y satisfacer el ordenamiento jurídico, que constituye el espectro más amplio de responsabilidades estatales a través de la administración, se hace acompañar de manera coherente de multiplicidad de deberes funcionales, cargas de naturaleza obligacional o de satisfacción administrativa de exigencia y no simplemente de ejercicio de poder con las cuales se busca ante todo un ejercicio integral de la actividad administrativa en ejercicio de la función administrativa en búsqueda precisamente de los fines del ordenamiento jurídico y de la buena administración.

518. Bajo estas consideraciones se tiene como deberes todos aquellos derivados de la satisfacción de todas las exigencias derivadas de los fines esenciales del Estado (art. 2 CP); de los postulados de la buena fe (art. 83 CP); del cumplimiento estricto del respeto a la reglamentación de las actividades y derechos (art. 84 CP); el servicio al Estado y al interés general (arts. 123 inc. 2.º y 209 CP); a la legalidad (art. 123 inc. 2.º), entre otros y a los que de manera específica establece la Ley 1437 de 2011^[451].

II. EL SUJETO PASIVO DE LA RELACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA Y SU PERSONALIDAD. LA PERSONA Y EL CIUDADANO

519. Dentro de la dogmática jurídica tradicional del derecho administrativo se identifica al sujeto privado de la relación jurídico administrativa como “el administrado”, el sujeto objeto y finalidad de la administración o sujeto pasivo de la acción o de la omisión de los poderes públicos en especial del poder administrativo del Estado. Denominación dicotómica a la de la administración y que denota el sometimiento al poder y al orden jurídico de todos y cada uno de los asociados.

520. Sin embargo, bajo contextos de Estado social de derecho que son los que materialmente rigen las relaciones entre la administración públicas con el universo de los destinatarios de la función administrativa en tono y en torno a lo social, el sujeto privado de la relación jurídico administrativa es un sujeto que está por encima de una simple relación de poder, dominación, autoridad, y se coloca como una verdadera persona titular de derechos subjetivos y facultades plenas como actor en el ejercicio del poder, razón para preferir la identificación del sujeto como persona o ciudadano de acuerdo a la circunstancias de orden constitucional y legal que le asistan, y un mero sujeto pasible de un accionar absoluto de las potestades de la administración pública, es también, un sujeto activo frente a la administración.

521. El antaño sujeto pasivo “gobernado” ha evolucionado bajo las estructuras e ideas sustentadoras del moderno Estado social de derecho, ejerciendo no solo controles en relación con el aparato administrativo, sino, que enriquece el ejercicio efectivo del poder a partir de los canales institucionales de decisión participativa. El otrora “gobernado”, ha dejado en consecuencia de serlo bajo el entendido absoluto de la palabra, configurando en el mundo actual del ordenamiento jurídico a un sujeto, también, activo, con potestades, derechos, libertades e incluso garantías convencionales y constitucionales

A. RELACIONES GENERALES DE SUJECIÓN DE LAS PERSONAS Y OTROS SUJETOS A LA ADMINISTRACIÓN

522. Ahora bien, la relación jurídico administrativa es esencialmente compleja, en cuanto complejo es el ordenamiento jurídico y el tipo de intereses, derechos, facultades y especialmente los diferentes sujetos que eventualmente se involucren dentro de la misma, lo cual ha llevado a la doctrina a diferenciar entre unas relaciones generales de sujeción dentro de estas relaciones determinables a partir de la presencia de sujetos pasivos simple, y otras de clara naturaleza especial con sujetos cualificados.

523. Se entiende por relaciones generales de sujeción con la administración, aquellas surgidas, entre esta, en el ejercicio de las potestades públicas y para los propósitos y finalidades del interés general, con cualquier persona natural o jurídica u otros sujetos, en donde lo característico del sujeto pasivo es precisamente su simplicidad y la inexistencia de cualquier tipo de cualificación que amerite tratamiento especial en la relación. Son característicos de esta relación por regla general los siguientes sujetos pasivos:

1. LAS PERSONAS DE DERECHO PRIVADO COMO SUJETOS PASIVOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA

524. Retomando lo dispuesto en el artículo 73 del Código Civil las personas son naturales o jurídicas, todas las cuales se pueden ubicar en el ámbito de sujetos privados de la relación jurídico administrativa, al igual que aquellas a las que no hace referencia la norma civil, pero materialmente configuran una realidad inobjetable en cuanto depositarios de derechos y eventualmente del accionar de la administración, como son todas aquellas figuras que sin ostentar personalidad jurídica el ordenamiento acepta su existencia.

a. PERSONAS NATURALES

525. Las primeras indudablemente sujetos capaces de tener derechos y contraer obligaciones, actuando en el ámbito del derecho y del mercado por el solo hecho de su existencia y revistiendo el carácter de ciudadano en los términos que la constitución y la ley les establece. En esencia las personas naturales constituyen la generalidad de sujetos privados de la relación jurídico administrativa destinatarios de la acción o de la omisión de las autoridades administrativas, pero igualmente titulares de derechos subjetivos y de facultades de acción en los destinos de la sociedad, actuante en la configuración del ordenamiento por la vía de la participación activa y directa en vida social y política.

b. PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

526. Así mismo, las personas privadas de la relación pueden devenir de la constitución de personas morales o jurídicas, esto es, de la adquisición de capacidad de tener derechos y contraer obligaciones (cualidad inmotora abstracta) a conjuntos o colectivos de personas de derecho privado, permitiéndoles actuar en el tráfico jurídico y por lo tanto ser sujetos de la acción u omisión de las autoridades tal como ya se expreso.

527. Sin embargo, es de aclarar, que si bien es cierto, el término persona jurídica equivale normalmente a la reunión de individuos no debe perderse de vista que hay casos en los que se personifica la finalidad de utilidad común y por consiguiente la pluralidad de sujetos es irrelevante, como ocurre en las fundaciones, y que hoy por hoy están en boga las empresas unipersonales y las sociedades por acciones simplificadas en donde es posible su constitución con un solo individuo.

528. Por regla general, y de acuerdo con la ley, la existencia de las personas jurídicas de derecho privado no depende de un acto de reconocimiento por parte del Estado sino del acto que la constituye junto con la correspondiente inscripción en la Cámara de Comercio de su domicilio principal⁴⁵², excepción hecha de aquellas personas respecto de las cuales la ley regule de manera expresa y específica su creación pues entonces se regirán en este aspecto por la norma especial⁴⁵³. Lo anterior significa que la posibilidad de que un ente sea persona jurídica radica en últimas en que el ordenamiento jurídico positivo prevea que puede ser constituida como tal.

529. Habiéndose constituido tendrá y se le reconocerán entonces todos los atributos de la personalidad, esto es el nombre, la nacionalidad, el domicilio, la capacidad jurídica o de goce y el patrimonio, exceptuado por supuesto, por obvias razones, el estado civil.

c. ENTES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

530. Lo anterior no excluye la posibilidad de que ciertas uniones de personas actúen en el tráfico jurídico privado, relacionándose o no con las entidades públicas, caso en el cual se entera que lo hacen

a título individual cada uno de los sujetos jurídicos actuantes, destacándose en esta situación los casos de uniones temporales, consorcios⁴⁵⁴. No así, entre otros, los establecimientos de comercio, las comunidades, o los seres no humanos como es el caso de los animales⁴⁵⁵.

531. Eventualmente también pueden darse casos en los que entes sin personalidad jurídica proponen o dan lugar a situaciones o relaciones jurídicas que involucran a la administración pública, bien porque dentro de las funciones constitucionales y legales de estas tales situaciones o relaciones jurídicas deben ser tenidas en cuenta, atendidas o resueltas por ellas, o bien porque directamente se enderezan contra esas entidades públicas, como serían por ejemplo las que se plantean o se originan en relación con patrimonios autónomos, separados o de afectación, las que tienen su génesis en la defensa y protección del que está por nacer (*nasciturus*), las planteadas por grupos de personas, usuarios o consumidores sin personalidad jurídica que han padecido una afectación o daño, y las relacionadas con patrimonios transitoriamente sin titular como la herencia yacente y la masa de bienes del ausente y que aún no ha sido declarado presuntamente muerto⁴⁵⁶.

2. LAS PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO COMO SUJETOS PASIVOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA

532. La relación jurídico administrativa, dada su complejidad, no se agota en cuanto a su componente pasivo, en la presencia de sujetos de derecho privado sean estos naturales o jurídicos, o en la tipología expuesta de entes sin personalidad pero actores vivenciales en el tráfico jurídico. El accionar y las omisiones en el ejercicio de la función administrativa, también, pueden tener como destinatarios órganos y dependencias públicas o personas de derecho público, como sucede de manera frecuente en las llamadas relaciones interadministrativas, en donde es posible identificar un sujeto público dominante que adopta decisiones en relación con otro de la misma naturaleza que le corresponde obedecerlas y cumplirlas.

533. Piénsese nada más, en el ejercicio de las funciones de policía, control, vigilancia en materia de competencia económica, o demás funciones de control, supervisión y vigilancia en materia en servicios públicos, salud, etc., en donde los vigilados pueden ser entidades públicas de servicios y muchas veces igualmente administrativas. Así mismo, esta problemática comprende los contratos y convenios interadministrativos, e incluso típicas actuaciones y procedimientos como en los ambientales o urbanísticos, a los cuales deben acudir los entes públicos cuando deban desarrollar proyectos que se refieran o impacten estos asuntos, tramitando licencias o los permisos correspondientes.

B. RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN DE LAS PERSONAS A LA ADMINISTRACIÓN

534. En sentido contrario, se entiende por relaciones especiales de sujeción con la administración, aquellas surgidas entre esta, en el ejercicio de las potestades públicas y para los propósitos y finalidades del interés general, con cualquier persona cualificada por disposición del orden convencional, constitucional, legal, administrativo o contractual, como sometido a una especial dependencia de la administración dadas sus particulares condiciones, que lo exceptúan del tratamiento común que la administración le brinda a una persona simple en sus relaciones ordinarias y comunes.

535. Son característicos de esta relación por regla general los siguientes sujetos pasivos: personas privadas de la libertad, los estudiantes, los conscriptos, las personas hospitalizadas, los usuarios de los servicios públicos, las personas protegidas en asuntos criminales, al igual, en los términos del artículo

13 de la Constitución Política, que todas las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, entre otras.

C. SITUACIONES ACTIVAS O DE PODER DE LAS PERSONAS Y OTROS SUJETOS EN LA RELACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA

1. POTESTADES

536. El sujeto pasivo de la relación jurídico administrativa, no solo es el destinatario del accionar, el poder y fuerza del Estado a través de la administración, sino que también, el ordenamiento jurídico en escenarios materiales propios del Estado social de derecho, le radica claras e indiscutibles facultades genéricas en sus relaciones con la administración a través de las cuales lo empodera, colocándolo en posición de fuerza jurídica para exigir de la administración decisiones o comportamientos, o reclamar de ella garantías, derechos e intereses, situándola de manera igualmente genérica, en situación de sujeción y obligada en asumir determinadas consecuencias jurídicas.

537. La potestad en cabeza del sujeto activo guarda relación sustancial con los derechos subjetivos de los cuales es titular a la luz del ordenamiento jurídico. Se identifican potestades de esta naturaleza entre otros en los siguientes hipótesis: reclamaciones por la vía judicial contra la administración, en el ejercicio de las acciones judiciales de naturaleza objetiva, subjetiva, mixtas, constitucional, pública o popular por cualquier persona o interesado reclamando del poder judicial pronunciamientos declarativos o de condena frente a la administración a favor de sus derechos subjetivos o de los propiamente colectivos; interposición de recursos gubernativos o solicitudes de revocación de actos administrativos; solicitud de nulidades absolutas de contratos públicos; solicitud de medidas cautelares ante las autoridades judiciales, sean estas nacionales o internacionales en razón de las acciones u omisiones de las autoridades administrativas, etc.

2. DERECHOS SUBJETIVOS

538. Son derechos subjetivos aquellos de los que son titulares todas las personas e individuos en virtud del ordenamiento jurídico entendido en toda su magnitud y en contexto con el orden convencional, que se traduce de manera concreta en facultades o potestades a través de las cuales se habilita al destinatario para que dentro del ámbito de su libertad y los límites del interés general y los impuestos por los derechos de los demás, los haga exigibles conforme a sus necesidades e intereses.

539. El derecho subjetivo genera en los terceros y en especial en el Estado y la administración pública en relación con sus titulares deberes y obligaciones, o incluso en relación con el mismo titular en casos en que el ejercicio del derecho implique cargas y deberes positivos. El derecho subjetivo puede oponerse válidamente frente a otras personas y al colectivo en general con las limitaciones ya advertidas y si es del caso reclamada su protección tanto por vía administrativa como judicial.

540. Son derecho subjetivas de las personas e individuos que deben ser garantizadas y protegidos por el Estado a través de las actuaciones y decisiones de la administración pública entre otros los siguientes: Derivados del orden convencional (derecho internacional consuetudinario de gentes y de los tratados y acuerdos internacionales); Derivados de las declaraciones de derechos fundamentales en el orden constitucional de los países; Derivados del orden legal y reglamentario; Declarados y reconocidos en actos administrativos; Derivados de los contratos públicos⁴⁵⁷.

3. INTERESES LEGÍTIMOS

541. El interés legítimo es el que tiene toda persona o individuo por efectos colaterales en la ejecución de una disposición normativa general de la cual se pueden desprender, no propiamente derechos subjetivos, sino más bien, situaciones personales, subjetivas y directas de ventajas o beneficios derivadas de ellas, las cuales el ordenamiento jurídico protege, permitiéndole al titular de las mismas, en caso de su desconocimiento o vulneración, hacerlos valer y defender en la medida que de ellos (los intereses) surge el deber de protección cuando existan razones del titular que así lo exijan de las autoridades en virtud de la afectación de que es víctima o puede serlo.

542. Ejemplo de esta situación señala la doctrina en los casos de procesos de selección de contratistas del Estado, o en convocatorias públicas para concursos públicos en los cuales por la acción u omisión de la administración se frustra la posibilidad de participación de cualquier interesado, allí se sostiene no que se vulneró un derecho subjetivo, sino su interés legítimo a la participación.

543. En el derecho constitucional y administrativo colombiano el límite entre el concepto de derecho subjetivo y el de intereses legítimos no es visible y su desarrollo conceptual deficiente. En la realidad hipótesis como las que plantea el concepto son fácilmente subsumibles en la idea sustancial y determinante entre nosotros de derechos subjetivo.

D. SITUACIONES PASIVAS O DEBER DE LAS PERSONAS Y OTROS SUJETOS EN LAS RELACIONES JURÍDICO ADMINISTRATIVAS

1. SUJECIONES

544. Configura situaciones típicas de gravamen o de desfavorecimiento para el sujeto pasivo en la relación jurídico administrativa. La sujeción configura ante todo la respuesta del ordenamiento jurídico a la necesidad de obediencia de las personas a las potestades (convencionales, constitucionales, legales y administrativas) de la administración. Implican actos de sumisión en el sentido institucional de la expresión por parte del destinatario de la acción administrativa en un momento dado. De la sumisión surgen deberes y obligaciones para las personas y otros sujetos sin personalidad de las relaciones jurídicas administrativas, que conllevan a acciones de todo orden para la satisfacción de lo dispuesto por la administración, de lo contrario, el deber de esta de hacerlas cumplir a través de los instrumentos que el ordenamiento le brinda y habilita, y con las consecuencias desfavorables que el mismo orden jurídico establece; cumplimiento forzado; infracciones y sanciones; responsabilidad penal y civil.

2. DERECHOS ESPECÍFICOS EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN

545. No obstante el amplio marco de derechos subjetivos de las personas que se relacionan con la administración pública, de manera especial nuestra legislación reconoce algunos derechos concretos en la relación jurídico administrativa los cuales resultan de fácil identificación a partir de la interrelación de las leyes 1437 de 2011 en su componente sobre procedimientos administrativos y 1712 de 2014 que desarrolla el principio constitucional de transparencia.

546. Precisamente dos de las columnas sustentadoras de este marco de derechos están dados por los de petición y el de transparencia o de información y acceso a las intimidades de la información y documentación al interior de las entidades públicas, que generan el consecuente deber administrativo de respuesta y obtención de información no reservada. El artículo 5.º de la Ley 1437 de 2011 retoma ampliamente este y otros derechos propios de la relación en cuestión⁴⁵⁸.

3. DEBERES Y OBLIGACIONES

547. El sujeto pasivo de la relación ostenta dentro de nuestro sistema del ordenamiento jurídico de específicas cargas de naturaleza obligacional o de satisfacción no solo en la relación jurídico administrativa, sino de manera general frente al conglomerado. Se trata de un concreto marco de exigencias constitucionales y legales que ubican a la persona más allá de sus derechos en el contexto de la interacción con la sociedad en general. Precisamente el artículo 95 constitucional al hacer la declaración de deberes de los colombianos precisa que el más importante de todos es engrandecer y dignificar la calidad de colombiano: Calidad que de por sí ya nos enaltece a todos los miembros de esta comunidad⁴⁵⁹.

El artículo 6.º de la Ley 1437 desarrolló la preceptiva constitucional estableciendo algunos precisos deberes y obligaciones⁴⁶⁰.

III. EL SUJETO COLECTIVO DE LA RELACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA

548. El colectivo, sin ser persona jurídica, tiene entidad y relevancia jurídica derivada del reconocimiento de titularidad de derechos subjetivos (comunes) en el orden convencional y constitucional, con claras obligaciones en el marco de las finalidades sociales del Estado, que lo hacen, no solo un destinatario obvio y natural del accionar (positivo o negativo) de la administración pública en el contexto de los compromisos sustanciales del Estado social de derecho y del postulado del interés general, sino también, un actor vivencial, activo y solidario en la relación jurídico administrativa. Son derechos colectivos entre otros los siguientes:

549. No obstante lo precario y difícil de un acercamiento conceptual al fenómeno de los derechos e intereses colectivos⁴⁶¹, es posible a partir de nuestra estructuras y contenidos jurídicos convencionales y constitucionales vinculados con las ideas fuerza de solidaridad y justicia distributiva, sostener que son derechos colectivos aquellos de los cuales somos todos titulares sin distinción alguna y cuyo disfrute pleno y normal nos corresponde en aras del bienestar, la salubridad, el medio ambiente, la convivencia, la calidad de vida, en fin de los propósitos generales que nos involucran como miembros de la colectividad nacional. Son en consecuencia intereses de esta naturaleza aquellos que se relacionan con el provecho o beneficio a la colectividad, a la generalidad, al pueblo en sí mismo y no a un sujeto determinado, desbordando de esta manera la concepción eminentemente clásica de derecho subjetivo de corte individualista⁴⁶².

550. Se trata, por lo tanto, de un fenómeno colectivo, ligado al concepto de lo público, que nos lleva desde la perspectiva de la pertenencia a entenderlo como propio de todos, de cada uno de los miembros de una colectividad sin distinción alguna por el solo hecho de estar en comunidad, reconduciéndose por lo tanto por los senderos de una especie de derecho subjetivo común, que devienen del hecho indiscutible de la existencia de la colectividad como realidad en el contexto estatal con necesidades, ambiciones, finalidades comunes, derechos y obligaciones, tal como se desprende de toda la

construcción convencional en torno a los derechos sociales, políticos y económicos (protocolo de san salvador a la convención americana de derechos humanos), y en la constitución política de nuestros países⁴⁶³.

551. Bajo este contexto entendemos entonces que son derechos e intereses colectivos entre otros los relacionados con los siguientes temas:

552. *Medio ambiente*. El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; así mismo, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente. La protección de las condiciones ambientales y la salubridad pública de las comunidades indígenas⁴⁶⁴;

553. *La moralidad administrativa*⁴⁶⁵. Se incluye bajo este concepto todo lo relativo al debido manejo y al cuidado supremo que debe reinar en los asuntos públicos, tales como contratación, presupuesto, inhabilidades, incompatibilidades, restricciones legales, prohibiciones, etc.⁴⁶⁶;

554. *Urbanismo*. El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; así mismo, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

555. *La defensa del patrimonio público*. Se retoma el tema ya histórico de los bienes y demás pertenencias públicas, su debida utilización y cuidado, incluyendo la defensa del patrimonio cultural de la Nación⁴⁶⁷;

556. *Seguridad y salubridad*. La seguridad y salubridad públicas; así mismo, la prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; en sentido similar, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

557. *Servicios públicos*. El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; así mismo, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. Podríamos ubicar también bajo este precepto los derechos de los consumidores y usuarios;

558. *La libre competencia económica*. Todos aquellos aspectos que se refieran o tengan algún tipo de incidencia en la ciudadanía, la comunidad y no en lo relativo a las relaciones meramente subjetivas con otras empresas⁴⁶⁸.

CAPÍTULO QUINTO

La autotutela de la administración *

INTRODUCCIÓN. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU CAPACIDAD DE TUTELA AUTÓNOMA DE LOS BIENES JURÍDICOS ATRIBUIDOS (AUTOTUTELA)

559. El concepto de autotutela está vinculado al de la capacidad que el ordenamiento jurídico le reconoce a la administración pública para la realización autónoma de los bienes jurídicos que se le han atribuido y que se concreta en la materialización, sin injerencia judicial, de sus decisiones a través de operaciones tendientes al cumplimiento de los cometidos estatales. Se trata de una figura que surge de los trabajos de la doctrina española, expuesta principalmente en los trabajos de Eduardo García de Enterría, quien a partir de los conflictos históricos entre la administración pública y el poder judicial del Estado identifica una especial particularidad del ejercicio de las funciones administrativas que las hace *sui generis* en cuanto a la facultad de imposición unilateral y de ejecución independiente del poder jurisdiccional del Estado.

560. De acuerdo con los trabajos del citado autor,

... la administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad (arts. 59 y 94 LPC), de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, sino sólo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad. Pero tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo), sino que ella misma puede imponer con sus propios medios coactivos de ejecución forzosa⁴⁶⁹.

I. EL CONCEPTO DE AUTOTUTELA

561. Por lo tanto, la debida y oportuna satisfacción de los intereses públicos implica concebir y reconocer, por regla general, en las actuaciones de la administración pública, lo que la doctrina española ha decantado como las prerrogativas de autotutela o de acción unilateral directa e inmediata en aras de la efectividad y eficacia de las decisiones administrativas. Consiste esta figura, exótica dentro del Estado de derecho, en la admisión constitucional y legal de poderes superiores de los entes públicos con funciones administrativas, que rompen el estricto principio de igualdad, otorgándole a los actores públicos la posibilidad de declarar y ejecutar unilateralmente el derecho frente a los administrados, con el propósito de otorgarle relevancia y ejecutoria a las decisiones administrativas, sin necesidad de acudir para estos efectos a los estrados judiciales. En otras palabras, se trata nada menos que de entender como propio y natural de la actividad administrativa el poder suficiente y la capacidad necesaria para tutelar por sí misma los bienes jurídicos cuya realización se le encomiende⁴⁷⁰.

562. Sin embargo, la autotutela no exonera dentro del Estado de derecho a las autoridades e instituciones administrativas de ser controladas judicialmente a través de la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo. La autotutela es un instrumento de configuración y aplicación previa a la instancia judicial, admitida precisamente con el propósito de romper cualquier posibilidad de exigencia del asociado de ser tratado en un plano de exclusiva igualdad con la administración frente a las decisiones unilaterales en detrimento del interés general.

563. La figura tiene plena operancia en aquellos sectores administrativos dominados completamente por el derecho especial administrativo, no ocurriendo lo mismo respecto de aquellos otros donde el derecho privado y el principio de la autonomía de la voluntad le ha ganado terreno a los conceptos y principios públicos; en estos últimos eventos opera sin discusión el principio de igualdad, y quien

ejerce una función regulada por ese régimen no puede imponerse unilateralmente influido por las elaboraciones doctrinales de la autotutela, salvo que la ley reconozca esos poderes exorbitantes de manera excepcional.

564. Bajo las anteriores consideraciones, la doctrina española supone para la autotutela

... un reparto específico de la decisión en materia de derecho administrativo entre la administración y el juez. A la primera se le reserva, en efecto, la primera decisión, a la que se dota de presunción de validez y de inmediata eficacia (ejecutoriedad), pero –al propio tiempo– se le priva de carácter último, en la medida en que se hace susceptible de enjuiciamiento judicial⁴⁷¹.

Se fundamenta esta sujeción de la autotutela al juez en la existencia misma del Estado de derecho. Al pronunciarse sobre este aspecto fundamental de la figura, la Corte Constitucional sostuvo precisamente que

Este formidable privilegio de la administración, en la decisión y ejecución de sus actos, sigue siendo un privilegio, pero no puede ser arbitrario porque la administración no es un fin en sí mismo, sino que está al servicio de la comunidad⁴⁷².

II. MODALIDADES DE AUTOTUTELA

565. La autotutela puede ser declarativa, como en los casos en que la administración en ejercicio de sus facultades unilaterales produce actos que, gozando de presunción de legalidad, se pueden hacer eficaces, haciendo cumplir lo en ellos dispuesto de manera unilateral por la misma administración, incluso forzosamente si no son cumplidos de manera voluntaria por sus destinatarios, retomando bajo esta modalidad la caracterización clásica de los actos administrativos como ejecutivos y ejecutorios.

566. Puede así mismo, la autotutela adoptar la modalidad de ejecutiva o coactiva caso en el cual la capacidad de la administración de tutelar autónomamente sus intereses y bienes atribuidos no se da en el ámbito de las decisiones, sino que se observa ampliamente desarrollada en el contexto de las operaciones necesarias para lograr el cumplimiento de lo decidido u ordenado. Para esos efectos es fundamental contar con el título habilitante o decisión previa a ser operada administrativamente, esto es, de la causa suficiente, clara expresa y exigible que permita actuar dentro de los marcos de la legalidad y con ausencia absoluta de arbitrariedad.

567. Por último, acepta la doctrina la denominada autotutela reduplicativa reconocida a la administración pública en los escenarios de impugnación por la vía gubernativa o administrativa de las decisiones por ella adoptada y la posibilidad que las autoridades administrativas correspondientes tienen para reconsiderarlas, modificarlas o revocarlas a solicitud. Ese poder de volver a considerar lo dispuesto o decidido, acrece la posición de prerrogativas de la administración pública, reduplicando sus facultades unilaterales dentro de la capacidad reconocida para actuar tutelando sus bienes jurídicos.

CAPÍTULO SEXTO

*Las potestades materiales de la administración: discrecionalidad, ponderación y proporcionalidad**

INTRODUCCIÓN. LA DINÁMICA DE LAS POTESTADES MATERIALES DE LA ADMINISTRACIÓN

568. El concepto de derecho administrativo propuesto se soporta de manera trascendente –aunque no exclusiva–, en aras de la satisfacción material de las finalidades estatales, en el ejercicio de actividad típicamente discrecional, dándole por esa vía al ejercicio de la función administrativa una dinámica significativa en procura del cumplimiento material de dichas finalidades. Para la construcción de las decisiones adecuadas en relación con los fines encomendados, la administración se soporta en un vasto escenario de alternativas siempre con la más profunda sujeción al sistema del ordenamiento jurídico.

569. Así mismo, se debe admitir, de todas maneras, que el ejercicio de la función administrativa se hace acompañar de la actividad no propiamente discrecional y que las bases legales que soportan las competencias administrativas nos llevan por senderos diversos, en cuanto se observan redacciones normativas altamente estrictas y restrictivas que hacen de la función y sus desarrollos funciones altamente regladas o de discrecionalidad estrecha.

570. Igualmente, otras disposiciones normativas que incitan a efectuar consideraciones en torno a fenómenos como los de la actividad administrativa sujeta a la configuración de conceptos jurídicos indeterminados⁴⁷³, en lo que la doctrina clásica del derecho administrativo reconoce como la presencia combinada de facultades discrecionales y de atribuciones derivadas de conceptos jurídicos indeterminados, esto es, de amplitud y subjetividad para adoptar una solución o decisión entre muchas posibles, pero también, la de materialización de contenidos no definidos para llegar a una misma solución en la definición de las bases sobre la cual se desarrollara la función administrativa⁴⁷⁴.

571. Todas las anteriores son vicisitudes propias de la presencia de potestades materiales de la administración para el adecuado cumplimiento de sus propósitos y finalidades que bajo los presupuestos del moderno derecho administrativo, el sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho, se viene entendiendo a partir de una reconsideración del fenómeno discrecional como la presencia de una habilitación a la administración para la concreción del derecho y no tanto un fenómeno de libertad de selección, más bien un asunto ligado de manera estrecha con las metodologías constitucionales de la proporcionalidad y la ponderación⁴⁷⁵, en procura de la obtención de decisiones administrativas de profundo contenido material verdaderamente razonadas, justificadas, motivadas en todos sus aspectos que garantizan el tránsito pacífico de la administración por senderos de objetividad y de su no desbordamiento arbitrario.

I. LA DISCRECIONALIDAD Y SU INTENSIDAD (REGLA Y DISCRECIÓN ADMINISTRATIVA)

A. DISCRECIONALIDAD

572. Ahora bien, en cuanto a la discrecionalidad propiamente dicha, en el concepto propuesto de derecho administrativo se refiere a la potestad decisoria para la cual está habilitada legalmente la administración en el marco jurídico estatal tendiente a la definición de la estructura y contenido de sus decisiones, a partir de admitir que las actividades administrativas no están absoluta o plenamente regladas en la normatividad⁴⁷⁶.

573. Para esos efectos el legislador radica en cabeza de las autoridades una facultad conformadora que la habilita para adoptar las soluciones de configuración y contenido de las decisiones que considere mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos, decisiones que necesariamente para

deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad deben ser razonadas y motivadas, expresando las razones que le sirven de fundamento, esto es, conforme a las exigencias doctrinales, respaldadas y justificadas en los datos y pruebas objetivas que de manera concreta justifican la medida o decisión escogida⁴⁷⁷⁻⁴⁷⁸.

574. Las consideraciones de mérito y oportunidad de las decisiones discrecionales de la administración pública son fundamentales; para la adopción de decisiones coherentes con la realidad fáctica que deba enfrentar la administración, la apreciación de circunstancias especiales y singulares resulta inevitable bajo los contextos del Estado social y democrático de derecho. La norma (regla) no tiene la virtualidad de disponerlo y comprenderlo todo. La gran responsabilidad de la administración, a través de la discrecionalidad, es satisfacer los propósitos del Estado social de derecho, que van más allá de la simple legalidad estricta⁴⁷⁹.

575. Así vista, la discrecional opera en los eventos en que para su ejercicio la potestad administrativa, por permisión legal, estima en los procesos de aplicación de la normas las condiciones y el contenido del cuadro de exigencias normativas y, adicionalmente, todas aquellas otras necesarias en el contexto del sistema del ordenamiento jurídico. La norma determina algunas de las condiciones para el ejercicio de la potestad, permitiéndole a la administración que configure el resto de las condiciones, o bien en lo relacionado con la integración última de los supuestos de hecho para su operancia, o en cuanto a su contenido conforme a los presupuestos indicados en ella misma, o en ambas hipótesis. El ejercicio de la potestad administrativa bajo esas condiciones implica irremediamente la sujeción, en todo caso, al texto de la norma correspondiente, esto, sobre la base de que no estamos ante el ejercicio de un poder absoluto y arbitrario del sujeto administrador, sino por el contrario, de potestades sujetas al marco del derecho.

576. La estimación permitida a la administración debe ser necesariamente de origen normativo y no extra jurídico, de carácter parcial, que no implique un traslado total de la facultad configuradora propia del legislador a la administración. En esa dirección, para la procedencia de la autorización correspondiente, la norma debe, como mínimo, haber definido la existencia de la potestad a ser desarrollada por la administración, su extensión, el marco de la competencia de la administración para desarrollarla y la finalidad de su ejercicio bajo esas condiciones.

577. En consecuencia, la discrecionalidad no es otra cosa que una hipótesis de remisión normativa a criterios adicionales de la administración, para efectos de complementar el cuadro regulatorio y de condiciones para el ejercicio completo de la potestad en cada caso concreto, de acuerdo con las circunstancias y condiciones que lo rodean y tipifican, siempre dentro de los senderos del derecho⁴⁸⁰.

B. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

578. El estudio del fenómeno de la discrecionalidad resulta importante y trascendente abordarlo simultáneamente y con especial referencia a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, sobre la cual se han debatido diferentes sectores doctrinales⁴⁸¹, pero que para efectos del presente trabajo sintetizaremos operativamente indicando que guarda una relación inevitable con el ámbito de la estimación y valoración de la discrecionalidad, lo cual no pocos problemas plantea desde la perspectiva doctrinal, sobre todo para entender el ámbito de procedencia de cada una de las figuras⁴⁸².

579. Aspecto este que algunos sectores de la doctrina resuelve (sobre todo quienes se apartan de la discrecionalidad como concepto único⁴⁸³) destacando que mientras el poder discrecional de la administración aparece vinculado a la gama de posibilidades de las consecuencias jurídicas de una

norma, el concepto jurídico indeterminado se localiza al lado del tipo de regulación legal, en donde le corresponde a la administración, mediante técnicas de apreciación y valoración, materializar, para el caso concreto, el contenido específico esperado por la norma y deducir una única conclusión o decisión respecto del mismo⁴⁸⁴.

580. La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados comporta una sutil técnica de redacción y consecuente aplicación de las normas jurídicas frente a hipótesis específicas. Por regla general, las normas jurídicas se caracterizan por delimitar y definir de manera precisa, a través de los conceptos y términos utilizados, el ámbito de la realidad dentro de la cual están llamadas a operar, en lo que se conoce como el contenido inequívoco de la norma.

581. En los conceptos jurídicos indeterminados opera una clara excepción frente a esta caracterización general de la estructuración normativa, en donde precisamente lo característico es el contenido indeterminado de los elementos descriptivos (conceptos, términos utilizados) de la norma, en cuanto conceptos de contornos difíciles de delimitar (vagos, imprecisos o contradictorios), ante la ausencia en ellos de contenidos materiales definitivos, concretos e inequívocos, haciendo de la esfera de realidad propuesta un ámbito fructífero de lo indefinido y abstracto (buena fe, premeditación, fuerza irresistible, incapacidad para el ejercicio de funciones, buen padre de familia, justo precio, interés público, bien común, fundamento importante, confiabilidad, necesidad, etc.)⁴⁸⁵.

582. De todas maneras, y no obstante su generalidad, lo cierto es, y así se acepta por la doctrina, que en la norma se intenta delimitar supuestos específicos (esfera de realidad), a partir de los conceptos abstractos invocados, algo difícil (y que consolida lo indeterminado del concepto) dada la ausencia de rigurosidad de los términos invocados, que impiden su cuantificación o determinación, razón por la cual, de todas maneras, queda en manos de la administración definirlos y concretarlos en aras de la aplicación lógica y coherente de la norma y de la consolidación, a diferencia de la discrecionalidad, de una *unidad de solución justa y adecuada al caso concreto*, o decisión correcta para el caso, esto a través de técnicas de valoración y pronóstico, desarrolladas dentro del espacio de apreciación⁴⁸⁶ autorizado a la administración, o de cognición objetivable como lo denomina la doctrina española⁴⁸⁷, obviamente dentro del contexto impuesto por la norma y, en general, por el derecho.

583. La aplicación de normas discrecionales difiere en consecuencia de este mismo ejercicio, frente a los conceptos jurídicos indeterminados. Respecto de estos últimos, la valoración y pronóstico de los conceptos abstractos empleados en la norma debe llevar irremediablemente a una única solución posible y justa frente al caso concreto.

584. Se trata de aplicar la norma subsumiendo en ella, no obstante su imprecisión, unas circunstancias fácticas concretas y específicas, de ahí que la doctrina sostenga que el método de valoración en que se sustenta es claramente reglado, en la medida en que no interfiere la estimación subjetiva del administrador, es ante todo un procedimiento "... intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido [...]"⁴⁸⁸.

585. Lo anterior es sustancialmente diferente de la actividad discrecional, en donde la administración tiene a su disposición una habilitación para la concreción del derecho que le permite estructurar la decisión más adecuada al caso concreto, decisión posible y justa, derivada del método de estimación subjetiva que se adopte, muchas veces nutrido con elementos de oportunidad y conveniencia, que permite escoger la alternativa que considere prudente y adecuada, sin negar que todas las demás alternativas tengan la posibilidad de ser igualmente catalogadas y justificadas, siempre actuando dentro de los marcos del derecho y con proscripción absoluta de la arbitrariedad, y con la posibilidad clara en nuestro ordenamiento de que tanto esas decisiones, como las que lo fueren de la

valoración propia de los conceptos jurídicos indeterminados, deben estar siempre motivadas⁴⁸⁹ y, en consecuencia, sujetas a control judicial pleno⁴⁹⁰.

586. Ahora bien, así lo señala Maurer, el componente indeterminado e ilimitado utilizado en la disposición normativa, en valoración previa, acepta varias interpretaciones posibles, todas ellas adecuadas y oportunas. En esos casos le corresponde a la administración entender el componente indeterminado en el sentido de que lo lleve a una decisión única y objetivamente justa⁴⁹¹.

587. Para el caso que nos ocupa, si la norma condiciona la configuración de un concepto jurídico abstracto, que de ser materializado por la administración a través de un proceso objetivo de su valoración frente a la realidad fáctica, y que, como consecuencia, da lugar a que la decisión sea inevitable, nos encontramos entonces ante un caso típico de aplicación de la temática de los conceptos jurídicos indeterminados. Al respecto, Maurer ejemplariza el asunto a la luz del derecho alemán en las hipótesis de autorizaciones jurídicas de industria y comercio, que tan solo pueden ser conferidas cuando el interesado posee *confiabilidad necesaria*; o en las hipótesis normativas de protección a los monumentos públicos, cuando se determina la adopción de medidas de protección si la obra es *digna de monumento*⁴⁹².

II. INSTRUMENTOS DE RECONDUCCIÓN OBJETIVA DE LA DISCRECIONALIDAD Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN EL CONTEXTO DE LA LEGALIDAD HABILITANTE

588. En el derecho administrativo el problema principal de la reconducción de la facultad discrecional, o la de concreción misma del concepto indeterminado a raseros objetivos, implica la adopción de una metodología válida que permita llegar a concreciones objetivas en procura de consolidar los propósitos sociales y democráticos del Estado, para lo cual, acudiendo a los trabajos de la moderna doctrina publicista, en especial a los desarrollos logrados por la teoría constitucional en la contención de la arbitrariedad, se sugiere el método de la ponderación y la proporcionalidad, no para efectos de un control judicial de la actuación de la administración, sino, por el contrario, como criterio absolutamente válido para adoptar decisiones administrativas acordes con las bases constitucionales enunciadas a partir del reconocimiento de facultades discrecionales.

589. La moderna teórica del derecho administrativo nos permite visualizar cómo en los últimos tiempos las viejas construcciones en torno a la discrecionalidad, como un fenómeno vinculado de manera directa a los poderes y competencias del juez administrativo en relación con la actividad administrativa, se han ido paulatinamente radicando de una u otra manera, en consideraciones de importancia en relación con la adopción directa de decisiones por la misma administración; esto es, se observa una clara evolución de la discrecionalidad desde la perspectiva del control judicial hacia una nueva perspectiva propiamente de la actuación administrativa⁴⁹³, de la generación de normas por la administración, con sujeción a los parámetros generales y amplios del legislador, por lo tanto con la posibilidad de que, para efectos de su generación, se produzcan conflictos en relación con la aplicación de principios y valores que ameriten solución en sede administrativa⁴⁹⁴.

590. Bajo esta nueva concepción doctrinal la discrecionalidad administrativa se entiende, entonces, como una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado, por lo tanto no limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada en el supuesto de hecho de las mismas, en el vértice del asunto y no en su resultado. El margen de apreciación es también una técnica de la administración para adoptar una decisión y no solo

un criterio para juzgarla. En ese sentido la discrecionalidad se traduce en una facultad específica de la actuación administrativa sujeta a reglas que reconduzcan a la administración a la adopción de decisiones verdaderamente justificadas y transparentes, decantando para el efecto la totalidad de los argumentos fácticos y jurídicos en que se sustenta, al igual que las razones de conveniencia u oportunidad en que se funda, de ser el caso, esto es, verdaderamente ponderadas⁴⁹⁵.

591. Lo anterior resulta lógico frente a los postulados del Estado social y democrático de derecho, y a la visión de la legalidad y del derecho que del mismo se desprende, si se tiene en cuenta que, en ese contexto material, la discrecionalidad no es, ni puede en manera alguna concebirse, como una amplia e limitada libertad de elección. El administrativo en cuanto poder sujeto al derecho, ante la presencia de facultades discrecionales debe sujetarlas a los parámetros de la misma ley que las concede, y al contexto general del derecho, para cual inevitablemente le surge el deber de ponderación, para lograr la adecuación de la conducta funcional a los marcos de la legalidad y de la conveniencia, de ser el caso⁴⁹⁶.

592. Retomando las conclusiones de Eberhard Schmidt-Assmann, la discrecionalidad encierra, entonces, “[...] un mandato de actuación a la administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través de toda una serie de variados articulaciones [...]”, mandato que implica no solo una sujeción estricta a los parámetros del derecho para que la decisión correspondiente no quede incurso en vicios invalidantes, sino también consideraciones que van más allá de lo estrictamente jurídico, como las de oportunidad o conveniencia, que involucran las relativas a los asuntos económicos de la decisión misma, rentabilidad, austeridad, motivos para optimizar recursos, análisis de ventajas o desventajas, determinación de inconvenientes, planeación debida y adecuada para la identificación del objeto que se pretenda desarrollar, valoraciones técnicas, etc.⁴⁹⁷.

593. En esa dirección, para que una decisión originada en facultades discrecionales de la administración sea verdaderamente racional no necesariamente debe recostarse sobre bases de legalidad, sino también en consideraciones adicionales que la hagan realmente adecuada a los propósitos de la norma que la atribuye, y en ese sentido se deduce para la discrecionalidad su carácter pluridimensional y por lo tanto sujeta a una metodología de racionalidad tendiente a su concreción por la administración⁴⁹⁸.

594. Se trata entonces de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante de la administración para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho⁴⁹⁹, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas en una mera y graciosa facultad libertina de la administración, por fuera de la racionalidad⁵⁰⁰.

595. Bajo el contexto del Estado social y democrático de derecho el derecho administrativo es, por definición y conforme a sus bases estructuradoras, un derecho que busca el permanente equilibrio en los conflictos que lo agobian, entre los cuales son constantes los suscitados a propósito de la aplicación de principios de carácter constitucional. Se caracteriza, entonces, por ser un derecho de conflictos al momento de adoptar decisiones normativas sustanciales, lo que convierte a la administración, por consecuencia, en un ámbito adecuado y preciso de búsqueda incansable de puntos de encuentro adecuados, oportunos y lo más cercanos posible a instancias conciliables en procura del logro de su cometido.

596. Esta situación de conflicto y enfrentamiento inevitablemente le abre el paso a modelos metodológicos adecuados para esos propósitos, como los derivados de la construcción constitucional

de la ponderación y la proporcionalidad que, no obstante las críticas que merecen, constituyen una base oportuna y adecuada para el ejercicio administrativo de resolución de conflictos entre principios tendiente a la expedición de decisiones materialmente adecuadas a los presupuestos del Estado social y democrático de derecho⁵⁰¹.

597. Lo anterior guarda coherencia y lógica con los nuevos rumbos y los modernos esquemas de atribuciones funcionales a las administraciones públicas en los modelos sociales y democráticos de derecho, en donde se observa un claro abandono del viejo derecho administrativo clásico, por su misma naturaleza reglado; hoy, a la par de la asignación de responsabilidades estrictamente regladas – programación condicional– que para su concreción requieren de un simple y elemental ejercicio de adecuación normativa, juicio de legalidad o de mera subsunción, han evolucionado de manera evidente, significativa y por lo demás con una mayor trascendencia, atribuciones característicamente discrecionales –programas finales en forma de directrices, y cláusulas generales de apoderamiento–, lo que implica para la administración un profundo ejercicio de concreción en la medida de lo fáctica y lo jurídico, esto es mediante el agotamiento metodológico de la proporcionalidad y la ponderación.

598. El asunto resulta elemental allí donde la administración no esté gobernada por reglas; lo más viable es que la actuación de la administración se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y la ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la administración al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho⁵⁰².

A. LA PONDERACIÓN

599. Como se expuso en los numerales anteriores, la decisión administrativa discrecional implica inevitablemente, al momento de adoptar las decisiones más adecuadas para atender los requerimientos públicos, la posible confrontación de principios que puedan estar en juego para efectos de fundamentar y sustentar la mejor solución al asunto propuesto, y en esa medida la ponderación o el balanceo⁵⁰³ juega un papel trascendente⁵⁰⁴.

600. La teoría de la ponderación⁵⁰⁵ deviene de los trabajos del profesor Robert Alexy, quien a su vez se fundamenta en una teoría estructural del derecho orientada por el profesor Ronald Dworkin y una teoría argumentativa del derecho desarrollada en la teoría del discurso de Jürgen Habermas. Se funda en una teoría normativa basada en la diferencia entre reglas y principios⁵⁰⁶, entendiendo estos últimos como mandatos de optimización, y una propiamente conocida como ley de la ponderación sustentada en una fórmula de peso y una carga argumentativa justificadora de la decisión final que resuelve el conflicto entre principios formales y materiales, concibiendo de esa manera una metodología que ha pasado a ser paradigma del derecho público⁵⁰⁷.

601. La ponderación⁵⁰⁸⁻⁵⁰⁹, no obstante las críticas crecientes de la doctrina⁵¹⁰, pero también a partir del reconocimiento de sus fortalezas⁵¹¹, constituye un preciado e importante instrumento de aplicación de principios jurídicos⁵¹² cuando estos entran en colisión⁵¹³ y no de simples reglas bajo consideraciones meramente formales de subsunción⁵¹⁴.

602. Esto es, se trata de normas que no están dotadas de una estructura condicional hipotética, con un supuesto de hecho y una sanción bien determinada, sino que tienen ante todo una estructura de mandatos de optimización que, como lo destaca Alexy, simplemente ordenan que “... algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes [...]”, en donde las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las

posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Ejemplo de esas normas son, entre otros, los derechos fundamentales –la optimización, aclara Alexy, incluye permisos y prohibiciones–⁵¹⁵⁻⁵¹⁶.

603. Conforme con lo expuesto, bajo la construcción teórica de Alexy los conflictos normativos pueden devenir de la aplicación de simples reglas o de la confluencia de principios al momento de la adopción de una decisión, para lo cual es factible acudir a los métodos de la subsunción o de la ponderación, según sea el caso, conforme a lo expuesto. De manera sencilla el profesor Arroyo, siguiendo de cerca los trabajos de la doctrina, en especial los de Luis Prieto Sanchís, propone el siguiente cuadro resumen de las hipótesis de subsunción y de ponderación en donde las normas en conflicto se denominaran N1 y N2^[517]:

Que N1 preceda a N2 en todo caso (N1 P N2),

Que N2 preceda a N1 en todo caso (N2 P N1)

Que N1 preceda a N2 si se dan unas circunstancias C (N1 P N2) C, y

Que N2 precede a N1 si se dan otras circunstancias distintas a C (N2 P N1) C`.

604. Las dos primeras corresponden a relaciones de precedencia incondicionada que se dan comúnmente entre normas que guardan entre sí relaciones de jerarquía o competencia. Las segundas que en el modelo corresponden a los puntos (iii) y (iv) corresponden a relaciones de precedencia condicionada, esto es, que solo operan si se dan determinadas circunstancias debidamente razonadas y en esencia se ubican en la base de la ponderación. De acuerdo con las elaboraciones de Alexy, la ponderación es, entonces, un juicio de precedencia condicionada. “[...] Un proceso de argumentación en el que se enumeran y justifican las circunstancias que deben concurrir en el caso concreto para que un principio preceda a otro, y se fundamenta correctamente por que en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso. Ponderar significa por tanto establecer y fundamentar una relación de precedencia condicionada [...]”⁵¹⁸.

605. Así las cosas, de entrar en conflicto varias de esas normas, esto es, existiendo para efectos de la adopción de una decisión discrecional principios contrapuestos o que respaldan reglas opuestas, es decir, enfrentada la administración al dilema de una colisión de principios, opera consecuentemente la ponderación, con el claro propósito de darle el mayor peso al principio que mejor solución ofrezca respecto del asunto llamado a ser resuelto, con el fin de evitar la adopción de decisiones contrapuestas u opuestas frente a una misma situación fáctica. Ponderar, por lo tanto, es determinar cuál es el peso específico de los principios que eventualmente entran en colisión, justificada y fundamentada. Ponderar es sopesar dos o más principios del mismo nivel estableciendo entre ellos una precedencia condicionada para la selección del que mayor peso tiene para efectos de fundamentar una decisión⁵¹⁹.

606. Ahora bien, el método resulta efectivo proporcionándonos una ponderación correcta solo si la relación de precedencia condicionada que se establece puede ser fundamentada correctamente, en ese sentido este ejercicio se configura en la teoría de la ponderación en una condición o presupuesto de validez de su resultado⁵²⁰.

607. Desde esa perspectiva la ponderación constituye, entonces, un criterio metodológico apropiado para establecer la “mayor medida posible” en la que un principio aplica para su operancia en una determinada decisión frente a otros de igual categoría y envergadura; esto es, permite determinar el mayor grado de aproximación para satisfacer un principio, en concordancia con otro u otros, que también, teniendo vocación para ser aplicados en relación con el asunto concreto, pero que dadas sus

estructuras, resultan entre sí incompatibles. Así vista, la ponderación es ante todo una estructura formal mediante la cual se establece una relación de precedencia condicionada entre principios relevantes en cada caso o asunto que le corresponda a la administración resolver, y que le permite en consecuencia fundamentar su decisión⁵²¹.

608. Por ejemplo, en los casos en que en la distribución de riesgos dentro de la estructuración del contrato hay que sopesar el peso específico del interés general con los derechos a la libre empresa, ambos constitucionales pero en juego para efectos de una distribución adecuada y equitativa de su carga negocial. O entre propiedad privada e interés público por causa de una obra pública. Así mismo, entre patrimonio público y patrimonio privado, como puede suceder en los casos de la estructuración de contratos de concesión y la definición de garantías de ingresos mínimos, en la definición entre infraestructura y democracia en donde están en juego principios como los relativos a la calidad de vida óptima y todo el sistema fundacional del Estado bajo preceptos de participación e incluso de libre empresa, etc.

609. La ponderación entra a determinar la mayor medida posible con que una de esas normas se superpone a otra y, por lo tanto, resulta preferible frente al asunto en concreto, es decir, de aplicación preferente, evitando la consolidación de la arbitrariedad; obsérvese que por las características que ofrece su aplicación, es viable en tratándose de la adopción de decisiones por su naturaleza discrecionales y no de simples actuaciones regladas.

610. En procura de justificar la racionalidad de esa construcción y responder así a las críticas que en ese sentido le formula la doctrina, Alexy sostiene que la ponderación o el balanceo propiamente dicho, esto es, el ejercicio de medición del peso específico de los principios en colisión, se rige por una relación de precedencia condicionada⁵²² entre los principios en colisión⁵²³, la cual se obtiene a partir de una estructura integrada por tres elementos que pueden desagregarse para su cabal entendimiento: la denominada ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de argumentación.

611. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha retomado los principios analizados y los ha incorporado como directrices del funcionar de los poderes públicos⁵²⁴. En cuanto a la ponderación, la jurisprudencia constitucional ha deducido este principio de proporcionalidad, entre otros, de las normas y cláusulas constitucionales relativas a la concepción de Estado social de derecho y del principio de dignidad humana; del principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona; de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas, y del artículo 214 de la Constitución que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción⁵²⁵.

1. LA LEY DE LA PONDERACIÓN

612. Mediante la formulación de la ley de la ponderación se pretende establecer los grados de insatisfacción o detrimento de un principio en juego: "... Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro [...]"⁵²⁶. Esta ley, así entendida, permite reconocer en la ponderación un sendero lógico de conformación de la decisión a través de la cual se observa el grado de aceptación o no de uno de los principios en conflicto, en otras palabras, su grado de satisfacción o afectación; la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; la determinación de si la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. Se trata de una estructura que

busca ante todo consolidar el carácter racional de la ponderación, negando su carácter arbitrario o irreflexivo⁵²⁷⁻⁵²⁸.

613. El grado de satisfacción o afectación y la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario son análogos. A través de estas dos operaciones se pretende establecer la importancia de los principios en colisión. En relación con ello, se puede predicar el grado e intensidad de la satisfacción o afectación de los principios en juego a través de la denominada escala triádica⁵²⁹: leve (l), moderada (m), y grave (g). A la par de esta consideración, es decir, de la importancia de los principios en colisión, es de trascendencia para la teoría de la ponderación el peso abstracto de los correspondientes principios, el cual puede variar de acuerdo con diferentes circunstancias, entre otras, el carácter de sus fuentes y los valores sociales positivos involucrados en ellos.

614. Es trascendente para este análisis de la ley de la ponderación una tercera consideración: la que se

[...] refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto [...].

La certeza en estos casos puede estar sujeta a gradualidades, lo cual impacta de manera evidente el peso relativo que se le atribuya a cada principio en la ponderación. Para esos efectos resulta de la mayor importancia la fórmula del peso⁵³⁰.

2. LA FÓRMULA DEL PESO

615. La fórmula del peso resulta esencial al sistema; a través de ella se busca reconocer matemáticamente el valor que cada variable le concede a cada principio⁵³¹; especialmente lo que se busca a través de esta fórmula es establecer la importancia para la metodología de satisfacer el principio que de la oposición resulta favorecido. La fórmula del peso pretende acercarnos a una metodología racional en procura de una respuesta lo más acertada posible con las bases constitucionales, y para esos efectos se hace acompañar, según Alexy, de un sistema de interferencias que guarda relación con el concepto de corrección, lo que se conoce en la doctrina como la “fórmula del peso”, la cual constituye para esta teoría un baluarte sustancial en procura de darle suficiente consistencia al predicado de la ponderación como un instrumento racional. Se trata de una fórmula que reviste el carácter de contraparte deductiva de la racionalidad.

616. Alexy representa la fórmula del peso bajo el siguiente esquema lógico: “[...] $W_{i,j} = I_i$ sobre I_j ”, en donde I_i equivale a la intensidad de la interferencia con el principio (P_i); I_j representa la importancia de satisfacer el principio en colisión; $W_{i,j}$ equivale al peso concreto del principio (P_i); de esa manera, agrega Alexy, se hace que el peso específico sea un cociente de la intensidad de la interferencia del principio (P_i) y de la importancia concreta del principio en colisión (P_j). En ese sentido, para la teoría de la ponderación, la fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio, es en realidad, un peso relativo⁵³².

617. La fórmula del peso permite concluir una triada o escala de valores en relación con la intensidad del conflicto que parte de lo leve para llegar a lo grave, pasando por lo simplemente moderado. Los tres valores del modelo, lo leve, lo moderado y lo grave, dentro de la fórmula del peso se pueden representar por las letras l, m y g, todas ellas objeto de valoración a través de la multiplicidad de fórmulas que se adopten para cada caso; en esto la doctrina respectiva no tiene

fórmula sacramental, lo importante es poder graduar las intensidades de la afectación de manera tal que permita su justificación⁵³³.

618. La escala triádica, que en la realidad no es triádica sino adecuada en la intensidad que intuitivamente el operador considere, y que busca modular las intensidades de la afectación para efectos de la ponderación, ofrece la ventaja de que proporciona suficientes elementos para efectos de una debida argumentación jurídica⁵³⁴.

3. LA CARGA DE LA ARGUMENTACIÓN

619. Las denominadas cargas de la argumentación constituyen un elemento crucial de la teoría en la búsqueda de la racionalización. Con ella se procura establecer hasta qué punto ha trascendido un principio en relación con otro, y si se justifica el detrimento o insatisfacción del primer principio; hasta qué punto es viable, vale la pena y se justifica en el debate y la confrontación de principios, despreciar uno de ellos y darle prevalencia al que emerge como triunfador⁵³⁵. La carga de la argumentación configura la justificación de las deducciones obtenidas en aplicación de la fórmula del peso, como explicita Alexy:

[...] la fórmula del peso es una clase de argumento. Las formas de argumento definen la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestran cómo los movimientos se relacionan entre sí [...] ⁵³⁶.

620. En relación con la carga argumentativa o de argumentación agrega Bernal que la misma también opera cuando en el resultado de la aplicación de la fórmula del peso se produce un empate: “[...] cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico [...]”⁵³⁷.

621. De acuerdo con las exposiciones de Alexy, en el derecho constitucional alemán la ponderación o balanceo configura uno de los temas centrales del debate en torno a la interpretación de los derechos fundamentales y se ubica, conforme a la jurisprudencia de ese país, dentro del más amplio concepto de proporcionalidad, de ahí que sus reglas sean parte importante y componente inevitable de cualquier aplicación efectiva del método ponderativo o del balanceo. Es así como los subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, desarrollados dentro de la metodología ponderativa, sean parte e inherentes al contenido mismo de la ponderación⁵³⁸⁻⁵³⁹.

B. PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

622. El de proporcionalidad⁵⁴⁰⁻⁵⁴¹ es un principio general del derecho, derivado de la idea de justicia material, a través del cual se busca fundamentalmente que las restricciones estatales de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas –subjetivos– sean realmente útiles, imprescindibles, necesarias y sobre todo equilibradas y fundadas en razones de interés general especialmente dirigidas a la protección de los intereses de la colectividad; así mismo, que el ejercicio de las competencias estatales en relación con los derechos de los asociados se agote con la menor intensidad posible y que ninguna acción del Estado exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos establecidos en el ordenamiento jurídico⁵⁴².

623. Se trata de un principio de la mayor magnitud e importancia en el derecho público, que ha trascendido de manera espectacular⁵⁴³ y que se ha ubicado en la hora actual de nuestras instituciones en las bases mismas del sistema constitucional, como son las derivadas de las cláusulas del Estado de

derecho y del Estado democrático, lo que hace del mismo, un principio sustantivo. Bajo esas consideraciones guarda estrecha relación con la racionalidad de la intervención del Estado en la esfera de acción de los particulares, y con el deber constitucional de motivación cierta y adecuada de todas las decisiones públicas; en otras palabras, con el ejercicio moderado del poder, sobre todo en tratándose del ejercicio de facultades discrecionales⁵⁴⁴.

624. El principio de proporcionalidad configura un precioso instrumento reductor de la arbitrariedad de la administración, de aplicación en el ámbito de las actuaciones y decisiones de contenido discrecional. El juicio de proporcionalidad, se rige doctrinalmente por tres subprincipios básicos, integradores de su configuración material pero que implican a su interior juicios y análisis de naturaleza diferentes: el de la utilidad, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en estricto sentido: “[...] el medio ha de ser idóneo en relación con el fin; necesario –el más moderado– respecto de todos los medios útiles, y proporcionada la ecuación coste-beneficio [...]”⁵⁴⁵.

625. El *test* propuesto escalonadamente invita a la realización de una pluralidad de juicios que buscan determinar, en primer lugar, la idoneidad de la medida o la utilidad de la misma, actuación conocida también como “juicio de adecuación” tendiente básicamente a determinar si la medida administrativa es adecuada para alcanzar los fines esperados; en segundo lugar, un “juicio de necesidad” con el cual se invita a reflexionar a la administración acerca de si el medio utilizado es realmente el más eficaz para alcanzar los fines y propósitos perseguidos, y el menos limitativo de los derechos subjetivos; que la medida es la única posible en cuanto no se advirtió la existencia de alguna otra más suave o moderada, decisión que debe ser medible objetivamente, “[...] conforme al cuadro de intereses que representa un ciudadano medio”; y por último, un “juicio propiamente de proporcionalidad” que permite visualizar las ventajas que se alcancen con el fin perseguido; debe ser, en esencia, “[...] razonablemente proporcionada en relación con los valores políticos y sociales que encierra la finalidad perseguida [...]”. Para efectos de esta valoración le asiste a la administración un amplio margen de valoración y de apreciación⁵⁴⁶⁻⁵⁴⁷.

626. Desde esa perspectiva, el principio incorpora dos aspectos básicos de trascendencia para las actuaciones administrativas vinculadas a la conformación de las relaciones negociales: las relativas a resolver los conflictos entre derechos individuales y las relacionadas con los bienes e intereses de la comunidad; y dentro de ese conflicto, basándose en un desarrollo lógico de medio a fin, establecer si la utilización de un determinado medio es proporcional para la consecución de cierto fin⁵⁴⁸.

627. La proporcionalidad no solo constituye un instrumento de control a la arbitrariedad de la administración, es también una norma guía del comportamiento permanente de la administración en todas sus relaciones con los asociados, sea en la estructuración de decisiones generales o particulares. En esa dirección se le conoce doctrinalmente como una vertiente normativa o de mandato⁵⁴⁹.

628. La proporcionalidad se incorpora en el derecho positivo nacional por la vía del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 que la instituye como la metodología adecuada para efectos de reconducir por los ámbitos de la jurisdicción las facultades discrecionales de la administración, estableciendo que en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

629. De donde se concluye que todo aquello que pueda calificarse de desproporcional es arbitrario y, por lo tanto, contrario a la Constitución. Frente a los derechos fundamentales, destaca la Corte Constitucional, la proporcionalidad busca ante todo evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio

constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional⁵⁵⁰.

630. En lo que respecta los de proporcionalidad, la Corte Constitucional ha indicado de manera reiterada que constituyen principios de orden constitucional cuya operatividad jurídica implica la contención a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos⁵⁵¹, sujetándolos a los parámetros del orden constitucional, haciéndolos respetuosos de las bases sustentadoras del orden jurídico a partir de la adecuación de su ejercicio a los senderos limitadores de orden superior, impidiendo el ejercicio ilimitado y sin justificación razonada, razonable, valorada, adecuada, necesaria y útil del poder en dirección al cumplimiento de sus propósitos y finalidades⁵⁵². La proporcionalidad está sujeta a un claro *test* lógico que combina una serie de principios determinantes para su debida estructuración garantística⁵⁵³, al igual que a un profundo análisis en torno a la adecuación o no al principio de igualdad⁵⁵⁴.

631. Sobre esa base, y frente al respeto y preponderancia de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional, se espera que el ejercicio del poder esté dado a partir de decisiones ponderadas o proporcionales, esto es, que las mismas, independientemente de la finalidad legítima pretendida en el ejercicio del poder, sean el resultado de un proceso de valoración de la necesidad y utilidad de la restricción impuesta a los derechos fundamentales para el logro de la misma; que exista coherencia y adecuación razonada, razonable, valorada, adecuada, necesaria y útil entre las restricciones impuestas para el ejercicio del poder y los beneficios que se generan de las mismas. De donde se concluye que todo aquello que pueda calificarse de desproporcional es arbitrario y por lo tanto contrario a la Constitución.

632. Dentro del Estado constitucional no se desconoce que el legislador posee una potestad de configuración en diversas materias, entre ellas principalmente en lo relacionado con los derechos fundamentales, de por sí amplia, mas no ilimitada, mucho menos arbitraria. La potestad configuradora del legislador está fundada en la Constitución, por tanto, ello implica su naturaleza limitada, en especial, por los principios generados en ese mismo orden normativo, como son los de razonabilidad y proporcionalidad que hacen que el ejercicio configurador del legislador se amolde a los principios y valores constitucionales, haciendo en consecuencia, que las posibles limitaciones a los derechos fundamentales, que se puedan producir en aras del cumplimiento de los propósitos y finalidades estatales, no resulten en manera alguna arbitrarias.

633. Las limitaciones a los derechos fundamentales, aceptadas por el ordenamiento constitucional en ejercicio de la potestad configuradora del legislador, son solo aquellas que resulten ser adecuadas para lograr el fin buscado; adicionalmente deben ser necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último, deben ser “proporcionales *stricto sensu*”, esto es, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar⁵⁵⁵.

La actividad de la administración pública y sus principales manifestaciones *

INTRODUCCIÓN. FORMAS DE ACCIÓN O ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

634. Administrar lo público es esencialmente una acción encauzada y predeterminada a los propósitos de la comunidad y de los asociados en su conjunto, luego el derecho administrativo, como régimen jurídico de la administración pública, está naturalmente comprometido por esos propósitos. Así las cosas, profundizar en el tipo de acciones o actividades que se pueden desarrollar bajo el concepto de administración pública implica de manera irremediable aproximarse a todas aquellas materias con incidencia directa en la sociedad, a partir de actuaciones de las autoridades o los particulares con investidura pública, desarrolladas a través de los mecanismos o medios de acción institucional como los actos administrativos (individuales o generales) y el contrato estatal⁵⁵⁶.

635. Identificar sustancialmente todos aquellos asuntos de los cuales puede ocuparse la administración pública, esto es, integrar el marco funcional de la misma, constituye en la actualidad un problema de magnitud ante la especulación doctrinal y las constantes variaciones en los papeles estelares del Estado y de la administración en los diferentes ordenamientos, a partir de las más variadas influencias ideológicas, políticas o económicas, lo que nos invita, dentro de un criterio amplio y generoso frente al interés general, a señalar simplemente que el contenido funcional de la administración pública está dado por el conjunto de sus responsabilidades para con la comunidad y la sociedad derivadas de los principios, valores y normas que integran su conglomerado jurídico y que se desarrollan por los medios de acción institucional⁵⁵⁷. En torno a posibles soluciones a esta problemática se han planteado por la doctrina dos grandes metodologías: la gramatical, que busca ante todo una identificación material de la actividad a partir de las acepciones de administrar y administración, y la de la enunciación, que señala y determina las más significativas actividades identificables en el ejercicio de la función pública administrativa. Veamos cada una de ellas.

A. CRITERIO O MÉTODO GRAMATICAL

636. Son actividades materialmente administrativas, vinculadas de manera inmediata a la función administrativa, aquellas que se desprenden de las acepciones de administrar y de administración. Para tales efectos se tiene que la expresión administración pública solo puede ser entendida (en lo jurídico o político) a partir del verbo rector cuya acción desarrolla, esto es, la de administrar. En su formación etimológica, administrar posee un interesante y complejo sistema estructural que impide determinar con certeza su origen. El *Diccionario de la lengua castellana* lo atribuye a los conceptos latinos de *administrare* (servir) o *ad-manus trahere* (manejo o gestión)⁵⁵⁸.

637. En su acepción moderna administrar entraña la idea de dirigir, cuidar, gestionar bienes e intereses, la economía, lo público o lo privado. Combinando sus diferentes acepciones, y procurando el significado de las mismas, se puede concluir que administrar, dentro del concepto de dirección, implica decisiones, orientaciones y aplicaciones; por lo tanto, las de organización, planeación y coordinación⁵⁵⁹. Se trata de conceptos dinámicos, de acción plena, que ubicados en el mundo de la administración pública le trasladan e imprimen una nueva perspectiva en cuanto al cumplimiento de los cometidos estatales, dentro de los senderos del Estado de derecho.

638. Precisamente, desde el punto de vista gramatical, esta es la idea que emana del contenido mismo de las acepciones de administrar. Por una parte, la acción, el verbo potenciado (administrar), y por otra, los medios a través de los cuales se ejecuta dicha acción y la ejecución efectiva de la misma (administración), con sujetos y órganos predeterminados para este propósito (administrador). De ahí

que la administración sea entendida precisamente como la “acción y efecto de administrar. Conjunto de funciones que se ejecutan por un sujeto administrador”, lo que permite, en una perspectiva jurídico-pública, observar dos sentidos –en nuestra opinión complementarios– de un mismo fenómeno: su carácter sustancial, objetivo o simplemente material en cuanto función o suerte de actividades; y el orgánico o subjetivo, en cuanto sede de la actividad, o aparato-organización, dispuesta al desarrollo de la actividad administrativa⁵⁶⁰. Ambos irremediabilmente interrelacionados de manera complementaria dentro de un contexto de colaboración armónica y por regla general tendiente a la puesta en acción de los cometidos estatales⁵⁶¹.

639. Así entendido, esto es, dinámico y teleológico, el concepto de administración pública involucra el más claro y profundo compromiso de las instituciones, autoridades, servidores y particulares de entender y ejecutar las funciones, atribuciones o competencias propias de la administración pública en dirección a la satisfacción del interés general o comunitario, para lo cual cuenta con los medios y las prerrogativas de autotutela necesarios. De no ser así, no estaríamos real y materialmente frente a fenómenos de esa naturaleza. Solo existe administración pública allí donde el objeto y la finalidad de los órganos y de las actividades públicas se justifican y se desarrollan frente a las necesidades de la población⁵⁶². Lo contrario constituiría su negación y el actuar público se tornaría subjetivo, personalizado, desviado de los más altos intereses que fundamentan la cosa pública como lo son los generales.

B. CRITERIO O MÉTODO DE LA ENUNCIACIÓN

640. A título simplemente enunciativo, podemos destacar, entre las más importantes y trascendentales para el cumplimiento de los cometidos estatales, las actividades de policía (seguridad, tranquilidad, salubridad, limitaciones a la libertad), intervención, regulación, control, planificación, programación, defensa, preservación, gestión económica, fomento, infraestructura, servicios públicos, arbitral, etc. Veamos las principales de ellas.

I. ACTIVIDAD ORDENADORA Y DE INTERVENCIÓN EN LA ACTIVIDAD DE LOS PARTICULARES (POLICÍA)

641. La actividad administrativa ordenadora o de limitación de actividades y derechos, retoma la vieja conceptualización de poder de policía⁵⁶³, hoy revaluada y reconducida, en cuanto al componente de intervención y limitación en la actividad de los particulares, por los senderos doctrinales del concepto de administración ordenadora⁵⁶⁴.

A. EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD ORDENADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

642. Se entiende entonces por actividad ordenadora de la administración pública, aquella que conlleva los poderes y facultades necesarias, en los términos de las normas imperativas superiores (sujeción al sistema del ordenamiento jurídico en todos sus aspectos –principio de legalidad), para ordenar las actividades de los particulares en aras de preservar los intereses de la comunidad. En ese sentido, el ejercicio de la actividad ordenadora de la administración tiene la particularidad de incidir en la vida social, económica, política y civil de los particulares, esto es, en todas las actividades o derechos que eventualmente afecten su vida en comunidad. Se trata de limitaciones y regulaciones a las actividades y

derechos de los ciudadanos-administrados, por lo tanto se caracteriza por ser una intervención productora de limitaciones en las posiciones y situaciones subjetivas de aquellos⁵⁶⁵.

643. De acuerdo con las consideraciones de la doctrina alemana, de la cual se ha retomado para los análisis de los fenómenos nacionales en la materia, la actividad de ordenación es aquella que se ocupa de evitar peligros. Vigila, reacciona ante situaciones concretas de crisis. En ese sentido, la administración interviene mediante órdenes, prohibiciones y controles previos. La actividad ordenadora tiene como bases para sus decisiones regulaciones normativas imperativas. Por su caracterización teórica la actividad ordenadora es típicamente restrictiva de derechos, sin embargo, en la reciente literatura jurídica se amplía el marco de acción de la ordenación incluyendo actividades de prevención de peligros y riesgos en desarrollo de las actividades por los particulares. Así las cosas, se observa a la administración no solo regulando, sino también accionando mediante técnicas de advertencias y recomendaciones, acuerdos previos y entendimientos con los particulares para evitar el acaecimiento de males a la comunidad⁵⁶⁶.

B. PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN (HABILITACIÓN) EN DESARROLLO DE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA. CONCESIONES Y AUTORIZACIONES. DIFERENCIAS

644. Bajo el anterior marco conceptual y de ejercicio de la moderna actividad ordenadora de la administración (o si se quiere, dentro del contexto clásico del poder de policía⁵⁶⁷), se han desarrollado dos importantes instrumentos ordenadores de la vida y actividad económica en ejercicio de los poderes de intervención del Estado permitidos por el legislador: el concesional, en relación con bienes de titularidad pública, y el autorizatorio, en relación con bienes de titularidad privada. Ambos, en todo caso, de carácter interventor, limitativo y ordenador a las posiciones y situaciones de los particulares que surgen por razones de orden público o interés general⁵⁶⁸.

645. Para un cabal entendimiento de estas figuras es importante no perder de vista que, de acuerdo con las elaboraciones y los parámetros del modelo del Estado social y democrático de derecho⁵⁶⁹, que a la luz de nuestras estructuras constitucionales se ha edificado sobre la base del respeto a la libertad económica y a la iniciativa privada⁵⁷⁰, dando sustancia de esa forma a una inevitable y armónica convivencia entre tales fenómenos, la figura concesional, sea de carácter contractual o simplemente unilateral, resulta materialmente distinta, no pudiendo confundirse, ni mucho menos asumirse, en su conceptualización jurídica, como vinculada a la actividad estatal de intervención económica en relación con bienes y actividades de titularidad privada, en donde lo propio es que la presencia ordenadora de la administración se dé mediante otro tipo de actos administrativos (autorizaciones) como las licencias y permisos creadores de situaciones jurídicas de contenido particular, o incluso por medio de simples instrumentos decisorios que se caracterizan por hacer viable el ejercicio de derechos de contenido subjetivo de los particulares⁵⁷¹.

646. Estas figuras, hoy pomposamente retomadas de manera genérica por algunos sectores de la doctrina como meras autorizaciones⁵⁷², no son el resultado de una mera calificación coyuntural del moderno derecho administrativo, sino que corresponden en esencia a una interesante evolución de las instituciones, desde los remotos tiempos de la civilización romana⁵⁷³, de donde obtuvo algunas de las características, y sobre todo el contenido jurídico que hoy se predica de ellas, que, por cierto, fue retomado luego en el derecho medieval⁵⁷⁴ y acogido de manera magnífica en la sistemática del derecho continental europeo⁵⁷⁵, del cual nos llegó al derecho nacional.

647. Nos encontramos, por lo tanto, ante dos grupos de instituciones, la concesional y la autorizatoria, de por sí absolutamente diferentes, pero coincidentes en un propósito común: el de la intervención económica en procura de la consolidación y preeminencia del interés general. Mientras la concesión entraña materialmente una habilitación al particular para ocuparse y explotar bienes o prestar servicios de titularidad pública, los demás actos de intervención se estructuran, en lo sustancial, en decisiones administrativas interventoras, absolutamente excepcionales y por lo tanto restrictivas, mediante las cuales se viabiliza el ejercicio de la libertad económica –eventualmente contenida de derechos preexistentes– en aras de su adecuación a los propósitos y finalidades del interés público o general⁵⁷⁶.

648. En estricto sentido, la concesión es un instrumento de ordenación e intervención de la administración en asuntos de su titularidad o de sus monopolios, que parte del supuesto de la existencia de títulos o derechos radicados a su nombre de los cuales puede disponer. No existen, por lo tanto, razones constitucionales ni legales para la procedencia de los instrumentos concesionales de la administración donde materialmente la economía fluye bajo conceptos de iniciativa y titularidad privada, con títulos e intereses de los cuales no es titular el Estado; en esos casos, constitucionalmente reina la libertad como derecho subjetivo, por lo demás, configurador de una grande e importante regla general determinante del comportamiento de los particulares.

649. Esta situación proviene del contexto económico y social definido constitucionalmente. Al respecto, no podemos perder de vista el hecho de que la incorporación constitucional de la cláusula la proclamación del Estado social y democrático de derecho, en interacción sustancial con el también postulado constitucional de la libertad de empresa e iniciativa privada⁵⁷⁷, lleva al reconocimiento, en relación con los particulares, de un precioso principio rector: el de su autonomía y libertad de actuación en relación con sus bienes e intereses, pero con responsabilidades y límites frente al bien común, por lo tanto, el del reconocimiento amplio y general de títulos y privilegios estrictamente en cabeza de los mismos, imposibles de ser intervenidos bajo conceptos concesionales, es decir, el rechazo por regla y postulado constitucional de la intromisión del Estado allí donde no ostente título o monopolio alguno que le permita actuar respecto de los particulares, dispensándolos o concediéndoles lo que ya ellos tienen como indiscutible derecho subjetivo⁵⁷⁸.

650. Conforme a las bases de nuestro modelo constitucional, la libertad económica es un claro derecho subjetivo que se ejerce, por regla general, de manera directa, sin necesidad de permisos previos o requisitos de ninguna naturaleza, a través, simplemente, de los instrumentos y mecanismos derivados de la iniciativa y autonomía privada. Puede, así mismo, ser ejercida, excepcionalmente, mediante el trámite previo de expresas habilitaciones derivadas de los límites obvios y claros que requiera el bien común, materializados en permisos, licencias, esto es, en autorizaciones o el cumplimiento de requisitos, todos ellos previos, esto, únicamente en los casos expresamente dispuestos por el legislador, para efectos de garantizar la misma libertad y ordenarla por razones de interés general⁵⁷⁹.

651. Esta última hipótesis, acogida constitucionalmente, no implica ni conlleva en manera alguna elementos concesionales; el legislador simplemente interviene el ejercicio de actividades de titularidad privada, para hacerlas viables dentro del tráfico jurídico, de manera excepcional, cuando esté de por medio y comprometido el interés público o general, o cuando el legislador lo hubiere dispuesto⁵⁸⁰.

652. En ese sentido, resulta entonces claro a la luz de nuestro ordenamiento constitucional que el ejercicio de la libertad económica como derecho subjetivo no es absoluto⁵⁸¹: está sujeto a la dirección e intervención del Estado conforme a los mandatos legales; por lo tanto, sujeto a controles y

delimitaciones que pueden materializarse en el requerimiento de lo que se conoce como actos propios de la intervención, que pueden revestir, entre otras, las formas de permisos, licencias, autorizaciones, etc., y otros tipos de exigencias o de condicionamientos, sustentados, todos ellos, en razones de interés público o social, ambiental o relativas al patrimonio cultural de la nación, que en los términos de las normas constitucionales pretenden, básicamente, garantizarle a la comunidad la debida, oportuna y adecuada explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, la prestación de los servicios públicos y privados, la racionalización de la economía, todo lo anterior buscando ante todo el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, la preservación de un ambiente sano, el pleno empleo de los recursos humanos, asegurando de esta forma que todas las personas, en particular las de menos ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios públicos básicos, y la promoción de la competitividad y la productividad⁵⁸²⁻⁵⁸³.

653. De todas formas, la intervención autorizada por la Constitución Política en relación con la libertad de empresa e iniciativa privada no es tampoco, ni puede significar en manera alguna, el reino de la arbitrariedad del Estado o la administración para su determinación y procedencia. Al igual que lo expuesto a propósito de la concesión, y dado el alto grado de discrecionalidad del legislador en estos asuntos, para el logro de su coherencia con los postulados constitucionales que la inspiran, cualquier decisión al respecto, sea de permiso o licencia, es decir, de autorización, que de acuerdo con el ordenamiento jurídico incursione en el ámbito de la discrecionalidad, debe irremediamente estar precedida de una definición metodológica que la haga coherente con los propósitos y finalidades constitucionales, esto es, que impida la configuración de un desbalance en relación con los también postulados fundamentales de la libertad de empresa e iniciativa privada, asunto que a la luz de nuestra estructura jurídica se obtiene a partir de la definición de un método garante para el logro de este balance esencial, método que, a no dudarlo, debe recoger conceptos como los de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad⁵⁸⁴.

654. El direccionamiento e intervención ordenadora de la actividad económica de iniciativa privada, permitida constitucionalmente, se fundamenta no solo en la responsabilidad de los individuos frente a la comunidad, sino también en la necesidad de controlar y sancionar los abusos que se puedan dar en el ejercicio de esos derechos subjetivos constitucionales, de ahí la importancia y el papel que cumple la administración pública en desarrollo del régimen de intervención mediante las figuras que de acuerdo con cada caso deba proferir, esto es, permitiendo o licenciando, en el entender genérico, autorizando.

655. Obsérvese que las facultades de dirección, intervención o delimitación de la libertad económica, que pueden, entre otros instrumentos, efectuarse mediante la exigencia de permisos, licencias –autorizaciones– u otro tipo de condicionamientos administrativos, no puede en manera alguna confundirse con la acción concesional de la administración, en cuanto que, mediante esos instrumentos, la administración no dispensa el ejercicio de bienes, servicios o ejecución de obras de los que es titular o posee legalmente un monopolio, reconociendo derechos, o autorizando el goce de un bien o servicio, sino que simplemente hace ejercicio de su función ordenadora o policiva, determinando y encausando el ejercicio de los derechos económicos de los asociados, para efectos y por razones de interés público o social y para el cumplimiento de los propósitos constitucionalmente admitidos⁵⁸⁵.

656. La intervención del Estado constituye una garantía de convivencia, control y ponderación en un medio de por sí propenso a la arbitrariedad como lo es el del mercado, cuando está dominado, no por la

libertad individual racional y lógica, conforme a los parámetros constitucionales, sino por el libertinaje que históricamente lo caracterizó en otras épocas.

657. Bajo esas consideraciones, a la luz de nuestro ordenamiento constitucional resulta clara, por un lado, la sustancial diferencia entre la actividad interventora de la esfera de libertad de acción de los particulares como efecto de la titularidad pública o monopolio legal de un bien o servicio público en cabeza de la administración, que se concreta a través de la actividad concesional, y por otra, la derivada de la intervención ordenadora en la actividad económica y la iniciativa privada, esto es, sobre bienes o actividades de carácter económico, por regla general de titularidad privada, para efectos y por razones de interés público o general, que se concretan en la presencia, entre otros, de instrumentos jurídicos permisivos, licenciatarios –autorizatorios– o de exigencias de otras características o magnitudes para efectos de los propósitos indicados en los párrafos anteriores.

658. Ahora bien, es necesario admitir que la precisión conceptual propuesta se hace de manera estrictamente operacional, en la búsqueda incansable de delimitar en lo posible, y para efectos del presente trabajo, el concepto de concesión, depurándola de otros elementos con los cuales fluye de manera indistinta en el tráfico jurídico, como consecuencia precisamente de la ausencia de una debida conceptualización al respecto. En ese sentido, al igual de lo que ocurre en la doctrina general del derecho administrativo, en el derecho nacional la distinción conceptual propuesta no resulta en manera alguna ser de aceptación pacífica⁵⁸⁶.

659. En la tradición jurídica nacional, a partir no solo de los trabajos legislativos sino también jurisprudenciales, es frecuente que actos unilaterales, sustancialmente contentivos de habilitación para el uso o disfrute económico de bienes públicos, sean etiquetados como meramente autorizatorios, permisivos o licenciatarios, cuando en realidad involucran elementos propios de una verdadera concesión unilateral mediante acto administrativo; y al contrario, hipótesis en donde de manera indiscutible se efectúa una clara intervención sobre bienes e intereses privados, y la habilitación correspondiente deviene mediante figuras concesionales; o incluso, es común que se estructuren concesiones cuyo objeto es la explotación de bienes públicos, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas, en donde eventualmente resulten involucrados derechos subjetivos que ameriten licencias o permisos, y los mismos se entiendan concedidos con el acto concesional.

660. En estos aspectos lo que se observa en el derecho nacional es un verdadero galimatías, que por ahora resolvemos reiterando la argumentación expuesta, en la medida en que la misma deviene de los fundamentos constitucionales, en relación con la intervención económica, que permiten visualizar las diferencias señaladas de manera reiterada en los párrafos anteriores.

661. Como se advertía al inicio de esta exposición, consideramos superada en la hora actual de la evolución del derecho administrativo la vieja y, por qué no decir, ya clásica concepción de los actos autorizatorios que limitaba los mismos a simples habilitaciones de derechos preexistentes, es decir, sin posibilidad de generar decisiones verdaderamente configuradoras de derechos. Con fundamento en las normas constitucionales ampliamente informadas en este apartado, la habilitación que se puede desprender de ellas para el ejercicio de la libertad e iniciativa privada no está circunscrita de manera exclusiva a la construcción clásica de la autorización, y en ese sentido lo que se deduce del texto constitucional es una amplia facultad ordenadora de la administración en esos aspectos, que puede oscilar entre meras habilitaciones de derechos preexistentes a través de decisiones esencialmente regladas, o también, mediante el ejercicio de facultades discrecionales que lleven a proferir actos administrativos que, para determinar la habilitación de la autonomía del individuo, impliquen hacer algún tipo de reconocimiento de derechos⁵⁸⁷.

662. En esto, lo que se observa en la legislación nacional es un amplio espectro creativo a cargo del legislador que no puede ser limitado mediante un simple planteamiento histórico-jurídico en relación con el alcance de las autorizaciones administrativas. Nuestro concepto de autorización, sin desconocer los ámbitos propios del principio de legalidad, no está sujeto a las amarras del derecho administrativo individualista clásico, adoptando en la hora actual, una configuración amplia en esta materia.

663. Ahora bien, fijada la anterior posición, que reafirma el carácter autónomo de la figura concesional, y que adoptamos operativamente como el concepto central del presente trabajo, resulta conveniente anotar que en relación con la topología de actos y decisiones propios de la intervención en relación con bienes e intereses de los particulares –autorizaciones– no existe tampoco uniformidad conceptual⁵⁸⁸.

664. Los conceptos de licencia o permiso propios de una desagregación conceptual de la figura genérica autorización no han tenido un desarrollo coherente, adecuado y pacífico en el derecho administrativo, si se tiene en cuenta que a partir de las mismas bases del derecho positivo su tratamiento jurídico ha estado signado por diferentes tensiones doctrinales y normativas que nos reconducen, en consecuencia, por senderos de tratamientos diferenciados y complejos que dificultan ostensiblemente la elaboración de un concepto uniforme, único o universal en relación con cada uno de ellos⁵⁸⁹. Las acepciones que se involucran y dificultan la estructuración de los conceptos en cuestión se sustentan en consideraciones extremas, muchas veces irreconciliables, lo que nos lleva a la necesidad de reconocer su inevitable contenido diverso y plural, esto, en aras de hacer que abarquen, en lo posible, todas las hipótesis que el legislador pretende amparar bajo la denominación de cada uno de ellos⁵⁹⁰.

II. ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

665. La prestación de los servicios públicos constituye una de las actividades clásicas de la administración pública, desarrollada primordialmente en Francia, como columna vertebral no solo para identificar las actividades propiamente administrativas, sino también para justificar la existencia de un derecho especial administrativo con principios y fundamentos diversos a los del derecho común, así como un control jurisdiccional propio y autónomo para juzgar a la administración en sus litigios con los particulares. Desde el punto de vista material el servicio público como actividad vinculante de la administración pública significaba una forma alternativa propia de la concepción francesa de entender el interés general y las responsabilidades públicas frente a la comunidad.

A. LA CONCEPCIÓN CLÁSICA COMO ACTIVIDAD Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

666. Como lo señala Jean Rivero, materialmente en el derecho francés se entendió por servicio público toda actividad de interés general que la administración debe asumir porque le es connatural para brindar soluciones a la comunidad:

... los elementos comunes a todas las actividades de servicio público se reducen a dos ideas. La primera, que el servicio público corresponde a la satisfacción de una necesidad de interés general. La segunda, que el servicio público, directa o indirectamente, depende en última instancia de una autoridad pública⁵⁹¹.

B. LA CONCEPCIÓN ECONOMICISTA COMO ACTIVIDAD DE MERCADO

667. El concepto tradicional de servicio público expuesto por la teoría francesa como justificante de actuación administrativa se rompe en los actuales momentos del derecho administrativo ante el surgimiento de corrientes económicas que, fundadas en las teorías de la libre economía y el mercado, pretenden divorciar el servicio público de la esencia de la actividad administrativa, tal como lo hemos explicado anteriormente. Para los seguidores de esta concepción el Estado ha sufrido profundos cambios en su modelo económico y prestacional, con efectos indiscutibles en la forma de prestación y operación de los servicios públicos, los cuales deben ser regulados por las leyes del mercado y no a partir de criterios determinantes de funciones típicamente administrativas, conservando el Estado, a través de la administración pública, exclusivamente su regulación.

668. Al identificar las necesidades para fundamentar “un nuevo modelo de los servicios públicos”, el profesor Gaspar Ariño señala que

... la esencia del cambio en el concepto y régimen del servicio público consiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión-rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de servicio público (se trata de un servicio de interés general esencial para las gentes), pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos). Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad de que se trate⁵⁹².

C. LA CONCEPCIÓN MIXTA. TESIS CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

669. Nuestro sistema jurídico de los servicios públicos no corresponde ni a una lectura de estricto derecho administrativo, que confunde servicios con función administrativa, ni tampoco a una enraizada concepción neoliberal absoluta, dependiente radicalmente de las contingencias de los mercados y de la competencia económica. Ni lo uno, ni lo otro; de ahí precisamente los grandes conflictos que el tema engendra, y las profundas limitaciones para resolver elementales situaciones de estricto carácter jurídico sobre la materia, que se ven interpretadas o leídas bajo ópticas diferentes por quienes no identifican certeramente la fuente real de cada componente del sistema mixto en que nos hemos involucrado.

670. El estudio de las disposiciones constitucionales permite visualizar un régimen de los servicios públicos con influencia evidente del mercado y de la libertad de empresa e iniciativa conforme a los postulados del artículo 333 constitucional, pero también con aspectos supremamente influidos por las doctrinas intervencionistas que no permiten que el Estado se aleje sustancialmente de temas como tarifas, subsidios, regulación, control, inspección, vigilancia, regulaciones al mercado con propósitos de interés general, cobertura, calidad, financiación, régimen del usuario, etc. Mientras son del dominio del mercado la misma prestación, la competencia, la eficiencia, la calidad, condiciones y contenido de los contratos, etc., y en fin todas las vicisitudes propias de su dinámica asistencial.

671. Esto sin desconocer la posibilidad constitucional de que el Estado no solo sea regulador de los servicios sino también un prestador de los mismos en aquellos ámbitos donde todavía continúe con titularidades, como sucede en materia de construcción de infraestructura y obra pública, o incluso en el manejo de los bienes de uso público y fiscales.

672. Agregaría a esta lista de hipótesis los casos en que se debe agotar la cláusula del servicio universal que impacta directamente en las responsabilidades del Estado creándole titularidades excepcionales. Podría sostenerse, entonces, frente a estas realidades jurídicas, que en aspectos esenciales el sistema económico adoptado en la Constitución Política, sustenta y explica los servicios públicos, admitiendo su articulación entre las actuaciones intervencionistas permitidas y autorizadas constitucionalmente, con la iniciativa privada. Que realmente existe una verdadera interacción entre Estado y libertad económica armoniosa.

673. Este carácter mixto del régimen constitucional de los servicios públicos se acrecienta con el estudio detallado de la totalidad de la base constitucional de la materia contenida en los artículos 365 a 367 de la Carta. Bajo los presupuestos de la concepción mixta propuesta, el contenido de esas disposiciones no puede elaborarse por fuera del contexto del sistema económico definido en la Constitución Política de 1991, pero tampoco desconociendo las responsabilidades estatales en esas materias, es decir, debe corresponder a un análisis sistemático dentro del cual el legislador deberá elaborar los parámetros normativos que regirán los procesos intervencionistas del Estado y determinarán el comportamiento regulatorio de las diversas comisiones⁵⁹³.

674. Las responsabilidades sociales en materia de servicios, consagradas en el inciso 1.º del artículo 365 constitucional, deben ser entendidos en el sentido de que el Estado asegurará su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional a través de los senderos del mercado, recalando que la iniciativa privada y el mercado tienen compromisos sociales, que implican obligaciones, a partir de los cuales se deben satisfacer los servicios y las necesidades de la población. En ese sentido su prestación directa por el Estado debe ser totalmente excepcional en relación con servicios liberalizados o simplemente privatizados, en cuanto no es, por su propia naturaleza, un actor natural de la economía de mercado.

675. En consonancia con los textos constitucionales la Corte admite que los particulares también pueden asumir responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos, en cuanto que la eficiencia que ordena la Constitución para su prestación no resulta, a la luz de la carta, ser un privilegio de la administración pública⁵⁹⁴. Históricamente así ha ocurrido, y el constituyente lo ha retomado en el inciso segundo del artículo 365 constitucional. Además, para la Corte esta incorporación normativa implica de todas maneras la aceptación constitucional de la gestión privada bajo conceptos de utilidad, es decir, una participación del privado pero con sujeción a los principios y reglas propias de las doctrinas neoliberales⁵⁹⁵.

676. Para la organización política y administrativa quedan reservados constitucionalmente la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, pero también su prestación cuando se trate de asuntos de su titularidad, o excepcionalmente en los casos de activación de la cláusula del servicio público universal.

677. En este sentido, tanto el Congreso Nacional, cuando expida el régimen jurídico que prevé el artículo 365 constitucional para cada servicio, como las asambleas y concejos en ejercicio de sus facultades constitucionales deben dejar reflejada esta situación, sin desconocer que también existen competencias reservadas exclusivamente al Estado⁵⁹⁶ y que este es el depositario de la responsabilidad de materializar los servicios públicos en cuanto fenómenos inherentes a la función social del Estado⁵⁹⁷.

678. En la misma dirección, obsérvese que el artículo 366 de la Carta le atribuye responsabilidades directas al Estado en la prestación de ciertos servicios y responsabilidades sociales: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado [...]

Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

679. El artículo 367 constitucional se refiere específicamente a los servicios públicos domiciliarios como una modalidad del concepto genérico de servicios públicos⁵⁹⁸, asignándole especiales atribuciones al legislador para que fije las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, de solidaridad y de redistribución de ingresos. Es decir, en esta materia el constituyente tampoco deja al libre juego de las reglas del mercado la determinación de las bases sustentadoras de los domiciliarios, en razón de la importancia y trascendencia para la vida comunitaria.

680. Determina así mismo esta suprema disposición la competencia para garantizar el llamado servicio público universal en cabeza de los municipios. Señala que los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

681. Esto último interpretado a la luz de la concepción económica significa que no es responsabilidad permanente de los municipios la prestación de los servicios sino excepcional, cuando se den las circunstancias que lo permitan. Con fundamento en esa disposición se sustentó el artículo 6.º de la Ley 142 de 1994 que estableció los eventos en que los municipios pueden asumir la prestación de los servicios públicos.

682. Otro de los aspectos que resalta el constituyente en la disposición es el relativo a los costos o tarifas por los servicios domiciliarios que se presten a los usuarios o consumidores de los servicios públicos. En ese aspecto la Constitución colombiana se aparta considerablemente de las exposiciones doctrinarias neoliberales, en el sentido de que los precios por los servicios esenciales deben surgir de la libertad de contratación, es decir, del libre juego del mercado. La Constitución adopta una posición intervencionista, según la cual es el legislador el que debe determinar las bases para la estructuración de un régimen tarifario, en donde necesariamente se debe retribuir por el consumo real y efectivo realizado por cada sujeto.

683. La Corte Constitucional así lo ha entendido cuando relaciona los postulados del artículo 367 de la Carta sobre tarifas con el artículo 95 numeral 9 de la misma, que establece como deber y obligación de todo colombiano “[...] Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad [...]”. Es decir que cualquier política en materia tarifaria paternalista, irreal o irrazonable frente al costo de un servicio o las condiciones económicas y sociales de los usuarios, podría eventualmente ser inconstitucional. La gran labor del legislador es ponderar esos elementos sobre la base de que le ha sido encomendada una importante y trascendente competencia discrecional que debe ser ejercida de manera adecuada y proporcional a la realidad económica del servicio, pero también a las condiciones de la población⁵⁹⁹.

684. La política estatal en materia de tarifas establecida en la Constitución Política se complementa en su aspecto social con las regulaciones incorporadas en artículo 368 de la Carta, que autoriza con cargo a los presupuestos públicos, el otorgamiento de subsidios para las clases más desprotegidas de la población⁶⁰⁰. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

685. El contenido de esta disposición recoge sin dudas, lejos del pensamiento neoliberal, una filosofía de clara tendencia redistributiva dentro del Estado social de derecho. El objetivo indiscutible de la disposición es llegar con una mayor proporción de servicios públicos a los estratos pobres de la sociedad, no de manera coyuntural o esporádica, sino como parte de toda una política permanente de Estado tendiente a mejorar y elevar las condiciones de vida de los estratos más pobres de los diferentes municipios del país.

686. Al ocuparse del alcance de esta disposición superior la Corte Constitucional señala que en la misma se recogen dos de los pilares sustentadores de nuestro Estado constitucional: el democrático y el social de derecho. Recuerda la corporación, estudiando dogmáticamente la norma, que es precisamente al legislador al que le corresponde fijar la política y los criterios para la redistribución del ingreso en materia de subsidios tarifarios.

687. La norma contiene la clara e indiscutible dirección de promover la igualdad material entre la población usuaria de servicios, para que usen y disfruten de los mismos sin limitación, en razón de su condición social o económica. Lo anterior sin duda responde a la idea central del Estado social de derecho y no a la concepción ideológica del neoliberalismo.

688. La política de subsidios a la que se refiere el artículo 368 de la CP es uno de los medios a disposición del Estado social de derecho al cual puede recurrir con el objeto de asegurar su prestación a las personas de menores recursos que, por esa circunstancia, sin el apoyo estatal, quedarían marginados. En estricto sentido, estamos ante un sistema de discriminación positiva que tiene el claro propósito de beneficiar a las personas de menores recursos, y que cubre el pago subsidiado de las tarifas de servicios públicos de sus consumos básicos⁶⁰¹.

689. Otros de los aspectos que el constituyente consideró necesario sustraer de las leyes del mercado y de su definición a través de las fuerzas de la competencia fueron los relativos a los usuarios y el papel de los municipios en la dirección de los servicios públicos domiciliarios. Frente a esos temas, la alternativa constitucional es la definición de un régimen de intervención que fije las reglas a las cuales deben sujetarse tanto usuarios como municipios.

690. El artículo 369 de la Constitución señala al respecto que

La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

691. Como se puede observar, la tensión entre las fuerzas ideológicas de los servicios públicos resulta relevante y latente al momento de cualquier aproximación al estudio de sus contenidos, y sobre todo a propósito de la estructuración de un concepto único y verdadero, o por lo menos jurídicamente puro y autónomo de servicio público en el derecho colombiano.

692. Por el contrario, un recorrido conceptual de la institución nos coloca en la posición de tener que aceptar, como lo hemos indicado anteriormente, la irrefutable realidad de su configuración mixta, a partir de la conjugación de conceptos ideológicos manifiestamente contrarios, los cuales en aras de la satisfacción de las finalidades propias del Estado social de derecho, corresponde armonizar necesariamente.

693. De todas maneras las tensiones y dilemas doctrinarios también obtienen una respuesta de la Corte Constitucional a partir de la identificación de las finalidades estatales y, por lo tanto, de los supremos propósitos que deben dominar a todos los operadores y autoridades vinculadas al tema de los

servicios públicos. Para esta corporación la concepción de los servicios públicos establecida en la Carta de 1991 es esencialmente finalística y, por lo tanto, su razón de ser está dirigida fundamentalmente a brindar soluciones finales a las necesidades de los habitantes de la República.

694. En ese sentido se definieron las que, en nuestra opinión, constituyen las más claras bases del sistema de los servicios públicos en el derecho colombiano, resaltando a la persona como el destinatario natural y último de dichos servicios, asumiendo una posición social, lo que nos permite sostener que la esencia de los mismos no ha sido modificada y continuamos sumidos en un régimen profundamente comprometido con los intereses de la comunidad, independientemente del régimen jurídico aplicable⁶⁰².

695. Los anteriores planteamientos doctrinales se inspiran en las bases sustentadoras del Estado social y democrático de derecho definidos por el constituyente de 1991. Para la Corte nuestro sistema de principios y valores, esto es, la más amplia y consistente base sobre la cual se soporta la Carta Política de los colombianos, reconoce al individuo como el centro de toda la actuación del Estado y de los particulares. Prácticamente el hombre pasa a configurar un fin en sí mismo para quien asuma las responsabilidades en servicios públicos, con el propósito de defender su dignidad humana y su derecho a la realización personal dentro de una sociedad igualitaria⁶⁰³.

696. En fallo posterior, al hacer referencia al elemento finalístico de los servicios públicos y su proyección sobre la comunidad, la Corporación precisó, recogiendo de esa manera la preceptiva constitucional anteriormente analizada, que los servicios públicos son un fenómeno indiscutiblemente inherente a la finalidad social del Estado, y si bien su prestación no constituye un deber ineludible y exclusivo de este, es su responsabilidad asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente, es decir, por más que se quiera, en derecho colombiano el Estado siempre tendrá responsabilidades relacionadas con los servicios así no sea su operador o prestador directo⁶⁰⁴.

697. Estos planteamientos resultan a todas luces coherentes con los postulados del artículo 365 constitucional, en cuanto que de esa disposición se deduce sin mayores esfuerzos que en general los servicios públicos son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del Estado social de derecho colombiano, que buscan servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, de ahí entonces la persistencia doctrinal de entenderlos como indisolublemente ligados al concepto de interés general, base ideológica de la cual nuestros constituyentes no se desprendieron al redactar la Carta Fundamental del Estado en 1991^[605].

698. En Colombia, independientemente de las discusiones sobre el papel de la iniciativa privada en la gestión y prestación de los servicios públicos, resulta de la mayor claridad que el Estado conserva poderes de dirección, control, regulación e inspección de trascendencia en defensa de los intereses de la comunidad⁶⁰⁶.

III. LA ACTIVIDAD DE FOMENTO

699. La actividad de fomento resulta particular e inherente al ejercicio de la actividad administrativa en cuanto implica el desarrollo concreto y efectivo de las políticas de presencia estatal en la promoción del desarrollo social y la generación de oportunidades económicas propias de todo Estado social de derecho. El fomento no se materializa de manera exclusiva en la asunción de responsabilidades industriales o comerciales directamente por las entidades administrativas, sino también en economías

de mercado como las actuales en la generación de todos los mecanismos propicios para impulsar la iniciativa privada y fortalecer a la misma.

700. El fomento se materializa a través de la adopción de medidas económicas como primas, subvenciones, desgravaciones fiscales, empréstitos, líneas de crédito, incentivos a la industria, al comercio, y así mismo en decisiones de carácter jurídico a través del otorgamiento de concesiones, privilegios, explotaciones y operaciones por los sujetos particulares. Igualmente, hace parte del fomento la intervención necesaria del Estado en la economía y el mercado con el fin de propiciar las condiciones para el desarrollo económico y social a través del estímulo positivo a la iniciativa privada, evitando que los principios y reglas propias de tales actividades sean desbordadas por sus actores generando con ello el caos a través de la ruptura de la libertad y de la competencia leal⁶⁰⁷.

IV. LA ACTIVIDAD DE INTERVENCIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA

701. En consecuencia, será actividad administrativa materialmente considerada toda aquella en la cual las autoridades adoptan decisiones, y ejecutan o desarrollan operaciones tendientes a intervenir en la actividad de los particulares para regular procesos o impedir su desbordamiento en detrimento del interés general, procurando mantener el balance indispensable en las relaciones entre los asociados.

702. De igual manera, todas aquellas actividades encomendadas por el ordenamiento jurídico en dirección al ejercicio de controles de tipo disciplinario o fiscal, como el depositado en los llamados órganos de control, y aquellos otros de supervisión de procesos o actuaciones de particulares e, incluso, de instituciones públicas, que implican el ejercicio de inspección, control, vigilancia, supervisión y sanción cuando se ha desconocido el principio de legalidad.

703. Es común la presencia de este tipo de actividad pública administrativa respecto de actividades como la bancaria, bursátil, financiera, cambiaria, educativa, de servicios públicos, urbanística, notarial, etc. En los últimos años, y en razón de las políticas neoliberales privatizadoras y de relegación al mercado de muchas actividades tradicionalmente desarrolladas por la administración, a esta le ha correspondido asumir frente a las mismas precisamente un papel de control e inspección, vigilando su ejercicio adecuado, oportuno y eficiente frente al interés general, por quienes los han asumido, e incluso sancionando administrativamente a esos sujetos cuando se apartan de la ley, de la regulación, o desconocen las reglas y principios del mercado, a través de actos de competencia desleal o abusando de la posición dentro del mismo.

V. LA ACTIVIDAD NORMATIVA Y REGULADORA

704. En la reciente evolución de las actividades estatales resulta innegable que también es peculiar a la actividad administrativa el ejercicio de ciertas potestades tendientes a la habilitación de las autoridades para expedir normas o, en algunos casos, regulaciones de carácter general subordinadas y dependientes de la Constitución y de la ley, que abordan materias y áreas específicas que por sus complejidades, o en virtud de procesos de descentralización, ameritan ese tipo de desarrollo.

705. Se concreta esta actividad administrativa con la presencia de regulaciones provenientes de organismos públicos especializados o de autoridades expresamente habilitadas, al igual que en el ejercicio de la potestad reglamentaria; con la expedición de actos administrativos de carácter general, la promulgación de órdenes, directivas, circulares y demás disposiciones que impliquen, independientemente del nombre que se les otorgue, el establecimiento de normas o disposiciones de

diversos contenidos determinantes de la conducta a seguir por los asociados o incluso por las mismas autoridades públicas.

706. Si bien es cierto que dictar normas generales corresponde en estricto sentido a la naturaleza del poder legislativo, esta realidad doctrinal no impide que para el cumplimiento directo de la Constitución o de la ley las autoridades administrativas expidan normas de carácter general, o establezcan regulaciones, sin desconocer el principio de la división de poderes, y respetando los estrictos parámetros del principio de legalidad y el ámbito de competencias de los poderes públicos y de sus autoridades; cuando esto ocurre, estamos sin duda, desde el punto de vista genérico, frente a decisiones administrativas de carácter general.

VI. LA ACTIVIDAD PLANIFICADORA Y PROGRAMADORA

707. La actividad administrativa, en cuanto depositaria del interés general, no puede ser el producto de la improvisación; de ahí que todo Estado social de derecho se sujete a la adopción de las más trascendentales decisiones públicas, y la operación o ejecución de las mismas a la identificación previa de planes, programas y políticas. Es decir, la actividad administrativa resulta vinculada necesariamente, dentro de su legalidad y como condición fundamental para su desarrollo, a senderos de orden y de prioridades, que permitan adecuar el comportamiento público a las reales necesidades de la comunidad evitando a todo momento el desvío de recursos y esfuerzos a lo no trascendental de la vida ciudadana.

708. En ese contexto las decisiones administrativas de política económica, de preservación ambiental, de infraestructura en todos sus aspectos y sectores (transporte, vías, aeropuertos, puertos, etc.), de prestación de servicios públicos, de fomento, y la dirección que al mismo se le otorgue, desarrollo urbano e, incluso, hasta la misma defensa de las instituciones o del territorio nacional, o la simple ejecución de los presupuestos públicos, dependen de una adecuada y oportuna planeación y planificación.

VII. LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y DE BANCA CENTRAL

709. En economías incorporadas dentro de contextos de libertad de mercados el postulado constitucional básico rector de esa actividad invita al Estado a respetar la iniciativa privada, permitiendo que las actividades económicas sean desarrolladas independientemente por los particulares, siempre y cuando no atenten contra el bien común, esto es, asuman responsabilidades y compromisos. Bajo esas circunstancias el Estado tan solo puede asumir una posición de control, con el propósito de que los actores de la economía no desborden los parámetros que tanto el mercado como el interés general le imponen.

710. En ese sentido, resulta obvio y evidente que no se espera que Estado como tal, y en especial la administración, asuma el papel de actor central de la economía produciendo bienes y servicios a semejanza de los particulares; cuando esto ocurre, lo cual debe ser absolutamente excepcional y por razones de interés general, la función desarrollada en esas circunstancias prácticamente se desnaturaliza de la base administrativa y adquiere las mismas características de aquella de los particulares, incluso sujetándose al régimen jurídico de estos.

711. Sin embargo, lo anterior no se opone a que el Estado, por mandato constitucional, sea un protagonista inevitable en cuanto a la dirección general de la economía, para enderezar procesos productivos y de explotación de recursos, uso del suelo, distribución, utilización y consumo de bienes con estrictos propósitos de mejorar las condiciones de vida de la comunidad. En ese sentido, la

actividad desarrollada por los entes estatales competentes en cumplimiento de lo dispuesto en las normas legales sobre la materia es función típicamente administrativa.

712. Revisten esta misma naturaleza las decisiones, regulaciones y operaciones relativas al ejercicio de la banca central; consideramos que la emisión y regulación de la moneda, los cambios internacionales y el crédito, la administración de las reservas internacionales y todas las demás funciones que le correspondan a los bancos centrales en desarrollo de sus competencias constitucionales y legales hacen parte de las importantes funciones administrativas de los Estados modernos, por lo tanto, sujetos a los principios y controles de estas funciones.

Instrumentos jurídicos vinculados a la actividad de la administración pública *

INTRODUCCIÓN. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ACCIÓN, OMISIÓN Y ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

713. Al concebir el Estado como un fenómeno de poder que se proyecta a través del ejercicio de funciones básicas, entre otras, las legislativas, las ejecutivas o administrativas y las judiciales, a través de órganos y autoridades debidamente instituidos y sujetos a un ordenamiento de principios, normas y valores con controles y contrapesos prefijados, corresponde entonces determinar en qué eventos de su devenir funcional se compromete a través de manifestaciones de voluntad creadoras de situaciones jurídicas que podamos calificar como administrativas.

714. La primera observación ante ese dilema parece lógica, pues no todas las manifestaciones de los poderes del Estado pueden ser calificadas de administrativas, en la medida en que, orgánica o formalmente, las fuentes de decisión pública revisten diferente naturaleza. Es decir, nos enfrentamos a instituciones que por su origen, atribuciones y funciones están llamadas a producir pronunciamientos con fuerza de ley (Congreso) o decisiones judiciales (jueces y tribunales). Providencias que de ninguna manera podemos atribuir, por lo menos de manera genérica, al ejercicio de atribuciones propias de la administración pública.

715. El criterio tradicional que acepta excepciones ha sido el de atribuir la producción de los llamados actos administrativos, por regla general, a los órganos que ejercen la función administrativa –criterio orgánico o formal–, es decir, al poder ejecutivo en todas sus modalidades. Por vía del contenido, de manera excepcional, a los otros poderes públicos y a los particulares –criterio material o sustancial–. Adicionalmente, las teorías normativistas identifican la actividad administrativa como aquella sujeta de manera jerárquica tanto a la Constitución como a la ley.

716. Ahora bien, “la función administrativa es una expresión compleja”⁶⁰⁸, lo que nos obliga, con antelación a un estudio detallado del concepto de acto administrativo, a proceder al análisis de toda aquella complejidad conceptual que, siendo accesoria a la actividad de la administración, constituye de igual manera fenómenos cotidianos de su actuar. Efectivamente, desde la óptica jurídica, por sus múltiples caracteres, la actividad de la administración adopta una variedad de exteriorizaciones que la vinculan o comprometen; figuras estas que conocemos como hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones, las cuales no son más que mecanismos de expresión de la administración. A continuación expondremos los rasgos característicos de cada una de ellas para luego, con criterios definidos, proceder al estudio concreto del acto administrativo.

I. HECHOS ADMINISTRATIVOS

717. Son aquellos fenómenos, situaciones o acontecimientos con entidad propia independientes de la voluntad de la administración, que producen efectos jurídicos respecto de ella. Esto es, cualquier acontecer producido por fenómenos físicos, por la interrelación entre naturaleza y hombre (involuntaria), o por la sola intervención del hombre (involuntaria), es un hecho que adquirirá connotaciones jurídicas si vincula a la administración generándole obligaciones.

718. En los hechos administrativos no es la voluntad de la administración su elemento determinante, pues el querer de la administración no actúa directamente. No obstante, es el ejercicio de la actividad administrativa el ámbito en el cual se producen los hechos administrativos; es evidente que estos no son el resultado de la intervención del elemento volitivo de la administración. El hecho se le presenta a la administración independientemente de sus deseos conforme al ordenamiento jurídico.

719. Si bien es cierto que hacemos referencia a la voluntad de la administración como no determinante, la discusión se hace interesante cuando es la voluntad del sujeto intérprete de la voluntad estatal la que protagoniza el acontecer que vincula a la administración. Tal es el caso del soldado que resuelve con el arma de dotación quitarle la vida a su enemigo; o del alcalde que emite la orden de demoler un edificio sin el agotamiento de los procedimientos legales. En esos casos estamos ante evidentes operaciones administrativas que, desde el punto de vista contencioso administrativo, reciben un tratamiento procesal similar al del hecho administrativo. Lo determinante del hecho, insistimos, es la falta total de voluntad de la administración que, frente a un suceso o acontecer determinado, resulta vinculada obligacionalmente⁶⁰⁹.

720. En consecuencia, el criterio determinante para identificar un hecho es la voluntariedad de la administración que pueda existir en su materialización. El Decreto 01 de 1984 que adoptó el CCA acudía precisamente a los anteriores criterios cuando en la redacción original de su artículo 83 definía los hechos administrativos como “... los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia...” (norma derogada por el Dcto. 2304 de 1989 y no reproducida en el ordenamiento jurídico).

721. El concepto que hemos acogido encuentra sus bases en las elaboraciones ius-privatistas, especialmente las de derecho francés, las cuales fueron recogidas por nuestra jurisprudencia administrativa. No obstante, vale la pena resaltar que no estamos frente a un concepto de tratamiento uniforme en la doctrina. Para algunos autores los hechos de la administración configuran fenómenos similares a las operaciones administrativas, sin que sean tenidos en cuenta los análisis referentes al elemento volitivo como determinante de su naturaleza y que permite diferenciarlo de otros conceptos como el de acto administrativo.

722. En esta dirección encontramos a tratadistas para quienes el hecho administrativo es “... toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa productora de efectos jurídicos directos o indirectos...”. La diferencia entre este fenómeno y el acto administrativo está dada por la naturaleza de la actividad: mientras el concepto de hecho implica un hacer material, operación técnica o actuación física, el acto conlleva siempre una declaración intelectual de voluntad, de decisión, de cognición u opinión. El hecho, agrega, puede ser la ejecución de un acto o simplemente una operación material, sin decisión o acto previo. En ese sentido, según esta concepción el hecho administrativo pasa a ser una figura similar a la que conocemos en derecho colombiano como la operación administrativa⁶¹⁰.

723. Tesis igualmente sostenida por la doctrina brasileña. Al identificar la institución, Seabra Fagundes la sitúa dentro del marco de materialización del derecho en donde la totalidad de actuaciones del Estado, tendientes a poner en práctica los actos generales o especiales, estructuran los llamados hechos de la administración⁶¹¹.

724. Para el derecho y la doctrina italiana el concepto tiene otras connotaciones; se trata de un término genérico (*fatto*) dentro del cual se comprenden todos aquellos eventos o fenómenos que pueden producir efectos jurídicos. Incluso los relacionados con la constitución, modificación y extinción de los mismos. Los hechos jurídicos pueden consistir en fenómenos naturales (*fatti naturali*) o del comportamiento humano (*fatti umani*). Tratándose del derecho administrativo la teoría del hecho constituye el punto de partida de la teoría del acto jurídico, sea este simplemente administrativo o negocio jurídico⁶¹².

725. Como se observa, al no existir uniformidad en la doctrina nos ha correspondido adoptar una de las tesis de manera operativa, y esta no puede ser otra que la dominante en la dinámica del derecho colombiano, en otras palabras, la que tiene como punto de partida la ausencia del elemento de voluntariedad para vincular jurídicamente a la administración. Respetamos las otras posiciones doctrinales mas no las compartimos, en la medida en que hemos desarrollado otros conceptos que las recogen: en el caso de la tesis de Dromi y de Fagundes, el derecho nacional ha elaborado la tesis de la operación administrativa. En el caso del concepto italiano nuestras bases se han edificado sobre la teoría general del acto o negocio jurídico, del cual indudablemente se han extraído los elementos esenciales del acto administrativo.

II. OPERACIONES ADMINISTRATIVAS

726. Se trata de un fenómeno de trascendental importancia para la vida práctica del derecho. Constituye el aspecto dinámico-práctico en la materialización de lo dispuesto en la ley o en el Acto. Tradicionalmente se ha considerado como operación administrativa aquel fenómeno jurídico que consiste en un conjunto de actuaciones administrativas tendientes a la ejecución de la decisión legal o administrativa. Es decir, el traslado real y evidente de la decisión administrativa al mundo de la eficacia. Por lo tanto, no se trata de un fenómeno predicable de la legalidad o validez del acto administrativo, sino, por el contrario, del posterior y complementario de la eficacia del mismo.

727. En la operación administrativa influye en algún grado la voluntad de la administración conforme al ordenamiento, sin que esto permita confundirla con el acto administrativo. Mientras la voluntariedad en el acto administrativo es previa y concomitante con la legalidad aplicable a su formación, en la operación es posterior a la existencia misma del acto y tendiente de manera exclusiva a estructurar mecanismos coherentes con la materialización de las decisiones contenidas en el acto administrativo, es decir, trasladarlas al mundo de la eficacia, para lo cual la administración podrá acudir, entre otros medios, a procedimientos escritos, verbales o materiales. En la práctica la operación depende del tipo de decisión que deba materializarse.

728. Como lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, la operación administrativa es generalmente un proceso de ejecución de la ley o de un acto administrativo. Mientras la norma organiza el derecho, el ordenamiento administrativo lo aplica y la operación administrativa lo ejecuta. La operación es, por consiguiente, la culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del derecho, la cual puede estar vinculada a la Constitución, la ley o inmediatamente a un acto administrativo⁶¹³. En consecuencia, la operación siempre será un fenómeno posterior a la decisión normativa, para efectos de nuestro estudio, al acto administrativo.

729. La jurisprudencia colombiana clasifica en dos tipos las operaciones administrativas, partiendo de si el acto al que se pretende dar cumplimiento es expreso o tácito. De esta forma se conoce la operación dependiente de un acto escrito o aquella que emana de un acto no escrito.

730. En la primera hipótesis la decisión administrativa que le sirve de apoyo a la operación está contenida en un documento escrito a través del cual se aplica el bloque de legalidad y se establece una relación jurídica entre la administración y los particulares afectados por ella. Una vez que ese acto se ha perfeccionado, queda amparado por una presunción de legalidad que engendra para la administración pública el privilegio de la ejecución oficiosa, el cual implica, como obligación necesaria para la administración de instrumentar, conforme a las previsiones del ordenamiento jurídico, todos los

medios idóneos para darle cumplimiento a lo decidido; medios que no son otra cosa que operaciones administrativas.

731. Ahora bien, si la persona interesada acata lo decidido en el acto administrativo, las actuaciones ulteriores, esto es, las operaciones administrativas podrán ser calificadas de normales u ordinarias, constituyendo la regla general de funcionamiento del ordenamiento jurídico administrativo. Pero si hay renuencia a cumplir el mandato administrativo la operación puede tornarse en compulsiva o coactiva, y la administración podrá utilizar los procedimientos legales de compulsión escritos o verbales y realizar los actos materiales indispensables para ejecutar lo dispuesto en la correspondiente providencia. A ese sistema de imposición unilateral y de actuación material se le ha identificado como operación administrativa excepcional.

732. Los actos que profiera la administración pública en virtud de los procedimientos de ejecución de lo dispuesto en un acto administrativo, es decir, los actos obvios y necesarios dentro de una operación administrativa, son parte integrante de ella, comparten su misma naturaleza jurídica y procesalmente se les debe dar similar tratamiento.

733. En la segunda hipótesis, esto es, tratándose de operaciones que dependen de un acto administrativo no escrito, se debe tener en cuenta que en la práctica los dos fenómenos se producen, por así decirlo, simultáneamente. Se trata de casos en los cuales el ejercicio del poder público administrativo invita a que la operación sea lógica e inmediata con la decisión administrativa. La Constitución Política y las leyes confieren al órgano ejecutivo ciertos poderes jurídicos para actuar en situaciones especiales. Esas circunstancias imponen en algunos casos la necesidad de apelar a procedimientos rápidos y expeditos de decisión y ejecución. Ocasiones hay en que las órdenes serán necesariamente verbales, y materiales los sistemas inmediatos para cumplirlas⁶¹⁴.

734. Para efecto de aplicar el bloque de legalidad en esas situaciones de urgencia el Gobierno profiere actos administrativos de ejecución inmediata. La decisión no se escribe, se realiza, pero el acto o sucesión de actos materiales de ejecución no son más que la consecuencia forzosa y necesaria de la decisión verbal que los precede. Como lo expresa el artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, esas situaciones son típicas de los procedimientos militares o de policía, donde se requieren decisiones de aplicación inmediata para evitar o remediar perturbaciones al orden público, a la seguridad, tranquilidad y salubridad, a la defensa nacional, a la circulación de personas o de cosas. No obstante, nos resulta claro que los actos administrativos verbales pueden darse igualmente en situaciones de normalidad de la administración, cuando por esta vía las autoridades produzcan decisiones, creando situaciones jurídicas que se hagan ejecutorias.

735. Es importante señalar que en el ámbito doctrinal se presentan algunas dificultades terminológicas con respecto a lo que conocemos como operación administrativa, la cual en algunos casos es asimilada con el denominado “acto complejo”. Sin embargo, entre nosotros el término tiene connotaciones totalmente diferentes. Precisamente, la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado diferenciándolos en detalle⁶¹⁵.

736. El régimen original del Decreto 01 de 1984 asimilaba, en nuestro concepto de manera poco técnica, las llamadas operaciones administrativas a los actos administrativos, cuando realmente se trata de fenómenos complementarios. Consideramos que, contrariamente a lo expresado por el legislador en aquella época, el fenómeno, en su naturaleza intrínseca, siguió existiendo y haciendo surtir los efectos esperados al acto administrativo; en cuanto se refiere a su control jurisdiccional, se le otorga un trato similar al de los hechos administrativos⁶¹⁶.

737. La doctrina italiana recoge el concepto de operación tal como fue elaborado en el derecho francés. No obstante, no existe uniformidad acerca del mismo; al respecto se expresa que el significado no es, sin embargo, unívoco, y que algunas de aquellas que la ley denomina operaciones son simples declaraciones. Para la doctrina italiana la operación es un fenómeno estrictamente voluntario que no se traduce en una declaración pero que se caracteriza porque está precedido de ella⁶¹⁷.

738. Por último, en derecho colombiano se ha desarrollado por vía del artículo 87 constitucional la posibilidad de que las operaciones necesarias para el cumplimiento de lo decidido en los actos administrativos sean de carácter general o particular, e incluso en la ley se haga a través de decisión judicial. Indica la norma que toda persona podrá acudir ante las autoridades judiciales para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. Como se observa, se trata de un mecanismo garante de las decisiones legales o administrativas, que compromete al juez en el impulso necesario para que las mismas se hagan eficaces.

739. El anterior precepto ha tenido desarrollos prácticos en las leyes 388 del 18 de julio de 1997 y 393 del 29 de julio del mismo año. En la primera se establece la acción de cumplimiento en asuntos urbanísticos, cuando alguna autoridad administrativa no esté cumpliendo lo dispuesto en la ley o en un acto administrativo, o las órdenes o instrucciones impartidas por un superior. El conocimiento en esos casos corresponde al juez civil del circuito (art. 116). En la segunda se reguló la acción de cumplimiento para todas las demás materias, y la competencia se le asignó a los jueces administrativos y tribunales administrativos de departamentos.

III. VÍAS DE HECHO

740. Se trata de una institución como muchas otras, nacida de los desarrollos legales y jurisprudenciales en Francia, pero que en su aplicación a la realidad administrativa de nuestros países ha sufrido cambios sustanciales y en algunos casos ha tomado direcciones opuestas a las originarias. Inicialmente se calificaron por el Tribunal de Conflictos francés como vías de hecho aquellas decisiones de la administración, producto de un desconocimiento total del ordenamiento jurídico, *actos manifiestamente insusceptibles de vincularse a la aplicación de un texto legal o reglamentario*, irregularidades groseras en su formación o en su ejecución que atentaban contra el derecho fundamental de propiedad y contra las libertades esenciales. Posteriormente el Consejo de Estado de ese mismo país las definió como *la acción manifiestamente insusceptible de ser vinculada al ejercicio de un poder perteneciente a la administración*, es decir, actos u operaciones totalmente apartados del bloque de competencias, atribuciones y funciones de la administración pública.

741. En consecuencia, el concepto de vía de hecho administrativa se ubica por sus caracteres en el ámbito del desconocimiento al bloque de la legalidad, producido este por la irregular, grosera, manifiesta y flagrante actuación de la administración que violenta los derechos, libertades y garantías al expedir un acto administrativo o en sus operaciones de cumplimiento; bien porque la administración no tenía poder para proferir el acto o desarrollar la actividad material de ejecución o porque teniendo ese poder utilizó procedimientos manifiestamente irregulares, exagerados o desbordados⁶¹⁸.

742. En derecho francés, la razón de la existencia de las vías de hecho se justificó exclusivamente para el ámbito de lo procesal, en cuanto configuraban circunstancias determinantes de la competencia para la jurisdicción ordinaria previa autorización del Consejo de Estado. El argumento que se esgrimía inicialmente era el de que las vías de hecho no constituían verdaderas actuaciones administrativas. Si

se trataba de situaciones en las cuales las autoridades rebasaban los márgenes impuestos por el ordenamiento jurídico, lo lógico era entonces que dichas actuaciones no pudieran ser calificadas como administrativas, sino propias de la persona del funcionario y por lo tanto juzgables por la jurisdicción ordinaria. Realmente, se sostenía, una pérdida de la naturaleza administrativa de la actuación que habilitaba el conocimiento del asunto por el juez ordinario. En los últimos años la tendencia del Consejo de Estado francés es asumir el conocimiento de materias calificadas como vías de hecho, en un evidente declive de la concepción clásica del concepto.

743. Contrariamente a los criterios jurisprudenciales franceses, en el derecho colombiano la noción de vía de hecho tuvo consagración para determinar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa –arts. 30 y 32 Dcto. 528 de 1964, y 83 Dcto. 01 de 1984⁶¹⁹.

744. Con la vigencia original de los artículos 83 y 86 del Decreto 01 de 1984 en Colombia se venían sosteniendo dos hipótesis concretas de vía de hecho: una, cuando la administración obraba en ejercicio de un pretendido derecho que no tenía, caso en el cual debía entenderse que el derecho ejercitado no existía –faltaba absolutamente–, porque, de lo contrario, si había, así fuere, un principio de poder, se estaría tipificando un claro exceso de poder; otra, cuando en el ejercicio de un derecho que realmente se tenía se actuaba con ausencia total de procedimiento legal. En esos eventos se estaba ante una ausencia total de procedimiento y no ante una simple irregularidad procedimental. El Decreto 2304 de 1989 desmontó el concepto de vía de hecho del régimen positivo, dejando que las situaciones fácticas que la constituían configuraran otras expresiones de la administración más coherentes con su naturaleza como, por ejemplo, las operaciones administrativas si la vía de hecho se configura en las actuaciones tendientes a darle eficacia al acto administrativo, o alguna de las causales de nulidad del acto, si el grosero desconocimiento del ordenamiento y la violación a los derechos fundamentales se produce durante la etapa de la formación del acto administrativo.

745. En cuanto a la responsabilidad correspondiente a la administración frente al administrado, por la vía de hecho, se decía en la jurisprudencia nacional, que aquella sería responsable con la sola demostración de la grosera y violenta ilegalidad provocada por la administración, siempre y cuando el afectado demostrara que existía una evidente relación de causalidad entre la vía de hecho y el daño causado⁶²⁰.

746. La Corte Constitucional ha venido reconociéndole entidad a la vía de hecho en el derecho colombiano, calificando como tales todas aquellas actuaciones de las autoridades que desconocen abiertamente el ordenamiento jurídico, contradiciéndolo o violando de manera ostensible los procedimientos y el debido proceso en situaciones que prácticamente rayan con la arbitrariedad⁶²¹: todas aquellas ostensibles violaciones al ordenamiento jurídico que, no obstante su ropaje de actos administrativos, se pueden calificar como vías de hecho si desconocen y alteran los derechos fundamentales⁶²², sin perjuicio de pregonar que la categoría ha caído en desuso con ocasión de la superación de ese concepto en cuanto hace a las acciones de tutela contra decisiones judiciales⁶²³.

VI. OMISIONES

747. Las omisiones o conductas omisivas de la administración son las abstenciones de la misma que la vinculan jurídicamente. En el derecho colombiano la naturaleza de la omisión depende del mayor o menor grado en que la voluntad administrativa pueda influir en su estructuración. Si la omisión es producida con la intervención voluntaria del órgano administrativo, el tratamiento que se le otorga es el de un acto administrativo; por el contrario, si la voluntad no ha influido de modo directo e inmediato,

la omisión se considera como un hecho administrativo. En el primero de los casos se configura el llamado silencio de la administración, positivo o negativo, al cual, desde el punto de vista de sus efectos, se le da por el legislador un tratamiento especial similar al del acto administrativo. La doctrina lo identifica como un acto presunto, sujeto a los mismos controles administrativos y jurisdiccionales que el acto administrativo. El segundo sería el hecho negativo que se sustenta en las mismas razones expresadas a propósito de los hechos en punto anterior. A este fenómeno jurídico hace referencia el artículo 86 del CCA, al regular la acción de reparación directa. De todas maneras resulta claro, desde el punto de vista de la Constitución Política, que las omisiones comprometen no solo la responsabilidad del Estado sino también la persona del funcionario que actúa a nombre de la administración. Recordemos cómo el artículo 6.º constitucional, al definir el marco de la legalidad de la administración, la compromete y la hace responder no solo por sus acciones sino también por sus omisiones⁶²⁴.

El procedimiento administrativo de formación de las decisiones administrativas *

INTRODUCCIÓN. LA IDEA DEL PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA

748. La idea de un procedimiento aplicable a la actividad administrativa –en especial a la formación del acto administrativo–, símbolo indiscutible de la garantía de seguridad, defensa y contradicción, en un ámbito de respeto al ordenamiento jurídico y como sinónimo de participación y debate entre interesados y administración, en procura de decisiones administrativas sustanciales y respetuosas de los derechos fundamentales, es reciente en el orden jurídico: prácticamente se relaciona con la evolución del Estado de derecho, que tiene como punto de partida el Código austriaco de los procedimientos administrativos de 1925^[625] y no propiamente la conceptualización clásica francesa en relación con el concepto de acto administrativo de contenido individual⁶²⁶.

749. Con anterioridad a 1925, incluso ya en marcha el Estado constitucional, resultaba extraño y exótico referirse al procedimiento administrativo como presupuesto inevitable del acto administrativo de contenido individual⁶²⁷, en cuanto pugnaba con las concepciones clásicas del ejercicio de la función administrativa. La administración se ubicaba en posición de superioridad y exorbitancia respecto de los asociados. Sus pronunciamientos se caracterizaban por la unilateralidad en su formación, ausencia de controversia, réplica o argumentación de los sujetos pasivos de sus decisiones⁶²⁸.

750. A partir de los aportes del positivismo, y principalmente de la legislación austriaca referenciada⁶²⁹, el viejo concepto de acto administrativo individual o concreto cambió de sentido y posición dentro de la dogmática del derecho administrativo, pasó de ser la decisión inicial de toda actuación, o punto impulsor de cualquier actuación y operación de las autoridades administrativas, a constituirse en el producto final de un procedimiento debido y adecuado a la ley, plenamente garantístico, en donde, previo debate y participación de los posibles destinatarios del accionar administrativo⁶³⁰, se adoptó una decisión creadora, modificadora, transformadora en alguna forma del ordenamiento jurídico específicamente aplicable al interesado, o como el moderno constitucionalismo lo acepta, también al conjunto de interesados o colectividad en general, cuando pueda ser objeto de una decisión administrativa que aborde de alguna manera sus derechos subjetivos, al igual que los colectivos. La decisión así vista, como efecto de un procedimiento, puede abordar derechos subjetivos y colectivos.

751. No se puede perder de vista, dentro de una concepción moderna de la institución, es decir, la vinculada a un Estado constitucional y social de derecho, que el acto administrativo no puede seguir entendiéndose como una creación espontánea y aislada, simple resultado del ejercicio arbitrario o prepotente de la fuerza, o de sus atribuciones, por parte de los órganos administrativos, sino, por el contrario, como producto de un poder público aconductado y sometido al derecho, ejercido a través de unos procedimientos garantísticos previamente definidos. Por este sendero doctrinal el acto administrativo, particular, en la hora actual del derecho administrativo, se reconduce como el producto final del debate, la controversia y la participación⁶³¹.

752. De esa manera se acepta para el derecho administrativo, en especial para la actividad de las autoridades que ejerzan funciones administrativas, la necesidad de incorporar, para el cabal cumplimiento de los preceptos, principios y valores del ordenamiento jurídico, un elemento adicional que consolida la seguridad jurídica en la actividad administrativa: se trata del proceso, institución desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que no puede ser extraña para el eficaz encauzamiento y organización de la actividad administrativa como instrumento garante del Estado social de derecho para los asociados⁶³².

753. En ese sentido, en tratándose del ejercicio de la función administrativa, la doctrina plantea la necesidad de la presencia previa del sujeto pasivo de futuras decisiones como un presupuesto indispensable para la defensa de sus intereses frente a las autoridades, para lo cual se hace indispensable consolidar el principio de legalidad y acatamiento del orden jurídico por parte de las autoridades a través de procedimientos verdaderamente garantísticos y participativos. En consecuencia, la administración abandona cualquier plano de arbitrariedad y de ejercicio de poder unilateral para colocarse en posición garantística, admitiendo que por su naturaleza las personas que se le relacionen tienen derechos que pueden reclamar ante ella, y que por lo tanto su participación y contradicción resulta vital para la consolidación de instituciones verdaderamente democráticas.

754. Ya no es un particular indefenso el que la administración va a tener en frente, en las relaciones jurídicas, sino un particular bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que signifique la desmejora de esas garantías⁶³³⁻⁶³⁴.

755. La importancia del acercamiento de la administración al proceso es tan grande que, en la práctica, la legalidad, al igual que los demás principios, reglas y valores del ordenamiento jurídico, solo podría garantizarse en la medida del establecimiento de mecanismos claros sobre el comportamiento de los órganos y de los servidores del Estado con la participación armoniosa de los ciudadanos y demás sujetos y personas interesadas, en procura de adoptar las decisiones que correspondan⁶³⁵, de lo contrario las decisiones correspondientes estarían viciadas por violación del debido proceso en especial del derecho de audiencia y defensa. En otras palabras, el proceso aplicado a la administración pública constituye el elemento dinámico y cotidiano que garantiza decisiones conforme a un ordenamiento jurídico ligado estrechamente al derecho y a la democracia y a las exigencias del ordenamiento convencional.

756. Desde esa perspectiva, los procedimientos administrativos encauzan la actividad pública a través de reglas y principios que buscan en esencia otorgar garantías a los asociados, tal como lo hemos reiterado, pero también imprimir eficacia a las actuaciones públicas. Resulta, por lo tanto, indispensable que se adopten procedimientos que faciliten los medios para el efectivo ejercicio de las normas sustanciales. De allí que el procedimiento administrativo sea la herramienta más idónea para reasegurar la ausencia de arbitrariedad en el obrar de la administración⁶³⁶.

757. El fin del proceso administrativo es, en últimas, el acto administrativo, pero no por sí mismo, sino en cuanto que el acto administrativo de contenido particular debe concretar el ordenamiento jurídico, sus principios, reglas y valores. En esa dirección es necesario, entonces, precisar que al procedimiento administrativo se le debe entender como el más importante instrumento con que cuentan quienes ejercen funciones públicas administrativas para el cabal, adecuado y oportuno cumplimiento de los propósitos y finalidades del Estado, que no son otros que todos aquellos que fluyen de la esencia y naturaleza de las cláusulas o bases constitucionales de carácter normativo que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, y que podríamos concretar para efectos operativos en las de “Estado de derecho”, “Estado democrático”, “Estado social de derecho”, “Estado unitario”, y “la de la integración”, los cuales, a su vez, son portadores de principios y valores que orientan y determinan la acción de los poderes públicos y de las relaciones entre el Estado y los asociados.

I. LAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DEL ESTADO DEMOCRÁTICO EN LA BASE DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

758. El Estado social, que puede haber alcanzado o no los estadios óptimos del bienestar⁶³⁷, constituye un concepto general, de reciente conformación en la doctrina constitucional, a partir de una particular convergencia ideológica liderada por las ideas socialistas⁶³⁸, y adoptado en importantes ordenamientos jurídicos, que irradia la plenitud de las decisiones y actuaciones de los poderes públicos, en todos aquellos ordenamientos jurídico políticos que lo hubieren adoptado. Por lo tanto, de sus elementos y contenidos materiales se pueden deducir, sin mayores dificultades, los principios, reglas y valores que dan razón y sustento a los diferentes instrumentos jurídicos a los que debe acudir la administración pública, en cuanto ordenadora de la configuración constitucional y legal de este modelo Estado, para hacer realidad sus postulados, enmarcados tanto en la regla general que el postulado involucra como en las múltiples hipótesis constitucionales que le dan contenido, de aquí su vinculación irremediable con los procedimientos administrativos, en cuanto mecanismos para la satisfacción de esos cometidos.

759. En sentido general se puede afirmar que bajo la estructuración de la cláusula del Estado social se dan las condiciones materiales para la estructuración y materialización de todas las decisiones propias de los poderes del Estado; en consecuencia, corresponde a las autoridades el agotamiento de los trámites y procedimientos que hubiere establecido el legislador para los designios del principio y no para propósitos diferentes.

760. En esa dirección el procedimiento administrativo se torna, entonces, en un instrumento de carácter sustancial para el cumplimiento de los propósitos y finalidades constitucionales, esto es, no estrictamente formal, esencialmente material, sustentado en una legalidad consonante con las finalidades sociales del Estado, justificado en esas razones y no en un mecánico cumplimiento de una legalidad desposeída y ausente de propósitos constitucionales. El elemento finalístico y teleológico, que vincula en consecuencia a las autoridades administrativas con la participación activa en la materialización de las finalidades sociales, no se puede perder de vista en los procedimientos administrativos⁶³⁹.

761. Complementa la anterior idea el marco democrático dentro del cual se debe ubicar y desenvolver la administración pública, para efectos de dar cumplimiento al mandato constitucional de la satisfacción de las necesidades públicas. El modelo de Estado democrático constituye, dentro de nuestro ordenamiento, la columna sustentadora de la inclusión, el equilibrio, la igualdad, la transparencia, el debido proceso, la libertad de los asociados en sus relaciones con los poderes públicos y sobre todo la seguridad jurídica.

762. La idea de un Estado democrático⁶⁴⁰ no es, a la luz de la doctrina, de fácil abordaje conceptual⁶⁴¹, sobre todo cuando se la vincula e integra con la cláusula constitucional del Estado social. De todas formas, en procura de lograr una aproximación operacional en torno a un concepto de democracia⁶⁴², entendemos la cláusula constitucional del Estado democrático estrechamente vinculada a la forma como se ha diseñado el marco institucional del poder y su ejercicio en el ordenamiento jurídico, si este, su ejercicio, se sumerge sustancialmente por fuera de la arbitrariedad⁶⁴³, relegando la autocracia⁶⁴⁴, y sustentándose en la igualdad y libertad para el logro de sus propósitos sustanciales⁶⁴⁵, irradiando a partir de esa caracterización, no solo la actividad configuradora del legislador en relación con los procedimientos administrativos, sino también, y de manera primordial, la actividad de la administración pública en todos sus aspectos.

763. La base constitucional de la democracia, más que un mero instrumento adjetivo, constituye un fenómeno sustancial y cultural con indudables efectos políticos, sociales y jurídicos, que debe dominar el ejercicio del poder en todas sus manifestaciones⁶⁴⁶, y la administración pública, al desarrollar los procedimientos administrativos, no puede alejarse de esos presupuestos conceptuales.

764. Lo anterior es así, en la medida en que con los procedimientos administrativos el papel de la administración pública resulta a todas luces esencial y garantizador⁶⁴⁷ para el ejercicio de la función administrativa. Para efectos de adecuación constitucional plena, la administración pública debe sujetarse a las bases sustentadoras del ejercicio democrático del poder⁶⁴⁸, que implican circunscribir cualquier trámite administrativo, en especial el que se sigue para la adopción de las decisiones, a principios como los de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de consolidar sobre bases ciertas, entre otros, los fines de supremacía del interés general, inclusión social, protección a los derechos individuales y colectivos, no discriminación, igualdad, transparencia, pluralismo, tolerancia, participación, objetividad, imparcialidad, publicidad y previsibilidad⁶⁴⁹. Todo lo anterior, bajo el entendido de la defensa y protección de los derechos fundamentales⁶⁵⁰.

765. Conforme a lo expuesto se tiene que en vigencia de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de derecho el procedimiento administrativo tiene un objeto preciso y una finalidad concreta: garantizar los contenidos sustanciales del concepto de Estado social en un ambiente democrático de participación, transparencia, debate y controversia entre quienes ejercen la función pública administrativa y cada uno de los destinatarios de sus decisiones, sustentando el debido proceso de manera que se protejan y garanticen de manera igualitaria y plena los derechos subjetivos y colectivos, las libertades públicas, el interés general y demás fines del Estado, bajo un contexto de respeto y acatamiento absoluto al ordenamiento jurídico, sus principios, reglas y valores, al igual que a los asociados y las autoridades, haciendo que la administración satisfaga las necesidades públicas, cumpla con sus funciones, preste los servicios que le han sido atribuidos, y los particulares o la comunidad en general acate y materialice sus deberes y demás compromisos como actores de la sociedad.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS A LA LUZ DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

766. Del análisis en contexto de las cláusulas constitucionales en comento se deduce una serie de principios rectores de las actuaciones y procedimientos administrativos. Los principios identifican, en esencia, aquellos conceptos sustanciales que le dan contenido y justificación, permiten interpretar y aplicar el procedimiento y sus reglas en el marco del sistema del ordenamiento jurídico.

767. El Código de procedimientos administrativos y contencioso administrativos, incorpora los principios de las actuaciones y procedimientos como elementos de aplicación de las normas y reglas relativas a los procedimientos y actuaciones administrativas, debiéndose entender entonces que cada disposición del Código, en lo relativo a esta materia debe leerse, entenderse y aplicarse siempre a la luz de cada uno de los principios propuestos y cuya fuente no es otra que la convención, la Constitución, y la ley; en otras palabras, los principios acompañan a cada una de las normas del Código de Procedimientos Administrativos⁶⁵¹, a la luz de los bases sustentadoras de los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia y precedentes de los tribunales internacionales, al igual que los postulados constitucionales y legales, en los términos indicados por la jurisprudencia nacional.

A. EL PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL

768. Como consecuencia directa del carácter material del concepto de Estado social y democrático de derecho, encontramos como presupuesto básico y determinante del ejercicio de la función

administrativa el llamado principio de la prevalencia del interés general⁶⁵². En cuanto concepto básico, su incorporación al ordenamiento jurídico corresponde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular o nacional del poder, que considera como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual, el cual no desaparece sino que debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que este sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema⁶⁵³.

769. En esta perspectiva el principio se vincula directamente con las finalidades estatales, y debe acudir necesariamente, para su concreción, a todos aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo torna en un concepto abierto e indeterminado. Al fin y al cabo la prevalencia del interés general constituye el sendero para la satisfacción final de los grandes propósitos que justifican la existencia del Estado, que no son otros que los de complacer a la comunidad.

770. En su relación con el mundo de lo jurídico, el interés general o público encarna inevitablemente la necesidad de que toda actuación de las autoridades de cualquiera de los poderes, procure el cumplimiento de los fines estatales y no los personales de los agentes públicos, en decisiones desviadas. La finalidad del interés público o general que se predica de la actuación de todo servidor público lo es precisamente en la medida que acompaña o es connatural a las competencias atribuidas al mismo; de allí que cualquier decisión que aparte del interés general sencillamente se está produciendo por fuera de los marcos de competencia de los actores públicos.

B. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL MARCO SUSTANCIAL VINCULANTE DE LA CONVENCIONALIDAD

771. Una de las principales consecuencias de la existencia plena de un Estado de derecho se traduce en el denominado “principio de legalidad”⁶⁵⁴. En estricto sentido, el principio de legalidad no puede ser identificado con el Estado de derecho. Si se quiere, debe ser entendido como una de sus características determinantes, producto de la indiscutible sujeción a un orden jurídico, significando este no bajo la concepción formal positivista, sino bajo su expresión material que, como lo vimos, resulta más amplia e ilustrativa⁶⁵⁵.

772. La legalidad, entendida como elemento del Estado de derecho, no se circunscribe a los estrechos marcos del positivismo legal. En otras palabras, no podemos asimilarla exclusivamente al acatamiento o sometimiento de la ley en estricto sentido. Como lo observamos al desarrollar el concepto de Estado de derecho, la legalidad implica una aproximación al concepto sustancial de derecho, lo que recoge irremediabilmente la totalidad de normas, principios y valores que inspiran el sistema jurídico, derivadas del ordenamiento convencional, constitucional o legal.

773. El principio de la legalidad se estructura en el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a los principios, normas y valores superiores –sujeción al sistema del ordenamiento jurídico– previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior que la legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, en nuestro concepto, la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento

formativo como en la vigencia plena de los mismos⁶⁵⁶. Se caracteriza de manera consecuente por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo⁶⁵⁷.

774. La legalidad en el procedimiento administrativo, tal como se ha advertido, se nutre e integra bajo consideraciones monistas con el orden convencional, esto es, con el marco formal y sustancial de principios y valores derivados de las convenciones, tratados y del mismo derecho internacional consuetudinario de gentes. Es decir, se encaja de manera absoluta en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano con la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, y la estructura y contenido del *corpus iuris* internacional, los cuales configuran un precioso parámetro de validez del acto administrativo en el marco de los procedimientos administrativos, objeto por lo tanto posible del llamado control de convencionalidad. La convencionalidad sustancial es en sí misma un parámetro directo de validez de los actos administrativos.

775. El Estado tiene la obligación de armonizar el ordenamiento jurídico interno con lo previsto en dichos tratados internacionales. Se debe tener en cuenta que la antigua Corte Permanente Internacional de Justicia sostuvo, desde su primer fallo en 1923^[658], que en el derecho internacional público existe una norma consuetudinaria que prescribe que un Estado que ha celebrado un tratado internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*principe allant de soi*) del Derecho internacional público⁶⁵⁹.

776. En igual sentido, la Corte Internacional de Justicia ha indicado en varios de sus fallos que ningún Estado puede invocar una disposición de derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación contraída en virtud de un tratado internacional⁶⁶⁰. El razonamiento anterior goza de plena aceptación dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en reiteradas ocasiones que la CADH es un tratado internacional en virtud del cual los Estados partes se obligan a respetar los derechos y libertades consagrados en ella, y a garantizar su pleno ejercicio a todas las personas sometidas a su jurisdicción⁶⁶¹, para lo cual deben adoptar todas las medidas que sean necesarias para armonizar su ordenamiento interno con la CADH. Este principio se encuentra expresamente consagrado en el artículo 2.º de la CADH, el cual establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma con el fin de garantizar los derechos y libertades en ella consagrados⁶⁶².

777. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que, ciertamente, el artículo 2.º de la CADH no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno con las disposiciones de la Convención, lo cual se explica en razón a que ello depende de las circunstancias de cada caso en concreto y de la naturaleza de la medida que se requiera. Por tal motivo, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas negativas y positivas, a saber: 1. La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la CADH o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y 2. La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichos derechos, libertades y garantías⁶⁶³.

778. En ese sentido, la Corte Interamericana ha entendido que la obligación negativa se incumple mientras la norma violatoria de la CADH se mantenga vigente en el ordenamiento jurídico⁶⁶⁴ y se

satisface, *contrario sensu*, con la modificación⁶⁶⁵, derogación, anulación o reforma, según sea el caso, de las disposiciones normativas de derecho interno que atenten contra la CADH⁶⁶⁶.

779. Conviene resaltar, que la Corte Interamericana ha llamado la atención en el sentido de que tales medidas negativas y positivas deben ser efectivas (principio de *effet utile*)⁶⁶⁷, ello es, que tengan la virtud de garantizar eficazmente los derechos y libertades previstas en la CADH, lo cual no es otra cosa que la concreción del principio *pacta sunt servanda* que rige en todos sus aspectos el derecho de los tratados y cuyo asidero positivo reposa en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados. En ese sentido se pronunció el Comité de Derechos Humanos de la ONU en la Observación General n.º 31^[668].

780. La antigua Corte Permanente Internacional de Justicia afirmó, a propósito del tema, que las leyes nacionales, las medidas administrativas y las sentencias judiciales son solo hechos que no tienen incidencia alguna en el derecho internacional, razón por la cual no pueden ser válidamente invocados por un Estado para justificar el ilícito internacional⁶⁶⁹. Este principio ha sido igualmente reconocido por la Corte Internacional de Justicia⁶⁷⁰. El razonamiento de la antigua Corte Permanente Internacional de Justicia y de la Corte Internacional de Justicia fue acogido a plenitud por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para indicar que los Estados son internacionalmente responsables por todos los hechos y omisiones provenientes de cualquiera de las tres ramas del poder público⁶⁷¹. Lo anterior genera claras obligaciones funcionales en los jueces y tribunales en el ámbito de sus competencias⁶⁷².

C. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO (*DUE PROCESS OF LAW*) Y EL MARCO SUSTANCIAL VINCULANTE Y DE GARANTÍAS DE LA CONVENCIONALIDAD

781. Introducirse en el análisis del concepto del debido proceso en las actuaciones administrativas en el derecho colombiano, implica hacer una aproximación a los contenidos del derecho según la concepción inglesa y norteamericana. El debido proceso tiene sus orígenes en el más entrañable derecho inglés medieval, en donde surgió como concesión garante de protección procesal para los nobles. En su más elemental concepción se le entendía simplemente como una limitación procesal (*procedural limitation*). Con posterioridad comenzó a tener connotaciones de una verdadera garantía sustancial o de fondo (*general limitation*). Básicamente a partir del derecho inglés originario, la institución se caracterizó por su carácter restringido: se trataba de una mera garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias, penas pecuniarias y confiscaciones o aplicación injusta de las normas del *common law*. Por otra parte, contenía garantías contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces, mas no del parlamento.

782. El marco sustancial convencional del debido proceso tiene sus fundamentos en los principios de tutela judicial (administrativa) efectiva en todo proceso o actuación, y de acceso a la justicia (administración) que deviene de los artículos 1.1, 2.º, 8.1, 10.º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran la tutela del derecho de acceso a la justicia. Se destaca, a este respecto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que

... se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de

aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987).

783. En su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde los casos Velásquez Rodríguez⁶⁷³ y Godínez Cruz⁶⁷⁴, considera que la eficacia de las garantías judiciales (administrativas) consagradas en el artículo 25 no se limitan a la existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2.º de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos⁶⁷⁵, y adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para la que fueron concebidos, de manera que puedan resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no (administrativos), que adelanten las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales de orden material que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos⁶⁷⁶.

784. Al respecto ha dicho la Corte Interamericana que el “acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados”⁶⁷⁷, pues lo contrario sería tanto como considerar a las cartas de derechos humanos o fundamentales como proclamas retóricas carentes de vincularidad jurídica que dejarían inerte a su titular cuando sus derechos le sean conculcados, algo inaceptable en el marco de un Estado social y democrático de derecho.

785. Establecido, entonces, este principio en nuestro derecho positivo en los términos expuestos, esto es, imperativo y material conforme a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Constitución Política lo eleva a la categoría de derecho fundamental de aplicación sin restricciones a toda actuación jurisdiccional y administrativa, no solo para la defensa, garantía y protección de los bienes jurídicos de la vida, la propiedad, la libertad y la persona, como en el derecho norteamericano, sino de todos los demás bienes que eventualmente se encuentren en juego en una actuación procesal. Dentro de ese contexto se debe entender, entonces, por debido proceso el más amplio sistema de garantías que procura, a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas⁶⁷⁸.

786. Desde el punto de vista formal, en cuanto simple respeto a las garantías del derecho positivo, el concepto de debido proceso adquiere también trascendencia, complementando la finalidad primordial de todas las actuaciones administrativas, cual es la de la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material⁶⁷⁹⁻⁶⁸⁰. En ese sentido, se entienden como elementos del debido proceso, entre otros, los siguientes: ser oído antes de la decisión; participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas o motivadas; notificaciones oportunas y conforme a la ley; acceder a la información y documentación sobre la actuación; controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal; intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas⁶⁸¹.

787. En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos que, como lo anotábamos, buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas, sin lesionar los intereses individuales en juego⁶⁸², proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales. En otras palabras, se busca un equilibrio permanente en las

relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo frente al derecho sustancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general⁶⁸³.

788. El fenómeno del debido proceso es la esencia misma del Estado de derecho (para nuestro caso, de las relaciones entre administración y administrados), con profundas raíces en un régimen de justicia y equidad en permanente articulación de las bases positivas del régimen de garantías procesales, con el propósito de que todos los sujetos involucrados en una actuación administrativa no se vean atropellados por actuaciones arbitrarias, y los fallos realmente sean el reflejo de un derecho material. Desde esa perspectiva el régimen colombiano del debido proceso en las actuaciones administrativas resulta fundamentalmente material, dándole a la regla procedimental una lectura conforme a los principios⁶⁸⁴.

789. A partir de las anteriores aproximaciones al concepto convencional del debido proceso se llega a la inevitable conclusión de que el mismo no se puede encausar de manera exclusiva en el ámbito de las simples reglas procesales. No se trata de un fenómeno ligado a los estrechos márgenes del positivismo. A ese planteamiento se llega si se tiene en cuenta que el debido proceso en cuestión tiene en el ordenamiento jurídico un peso o importancia mayor que el derivado de su consideración como una simple regla⁶⁸⁵ determinadora del accionar de la justicia y sus agentes o, visto desde otra perspectiva, se le tiene, en consecuencia, como un claro e inobjetable mandato de optimización, que implica que lo prescrito en su estructuración normativa o postulación debe ser observado en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles⁶⁸⁶.

790. Su estructura encierra un cierto tipo de normas que no llevan aparejada dentro de su marco normativo un claro supuesto de hecho, así como tampoco la indicación de una consecuencia jurídica precisa, por lo tanto, se trata de normas jurídicas con un espectro de aplicación fáctico y jurídico ciertamente más amplio que las reglas, siendo esto una cuestión de grado, en cuanto que la tutela efectiva de la figura pasa a ser en consecuencia criterio de interpretación adecuada del universo de reglas referidas y aplicables a la administración de justicia, o en desarrollo de procedimientos administrativos y a la actividad de sus agentes⁶⁸⁷⁻⁶⁸⁸.

1. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA

791. En su relación con la actividad de la administración, el principio de la economía, al igual que los otros principios señalados, emana directamente del derecho fundamental al debido proceso. Precisamente, a partir del contenido del artículo 29 constitucional se establece, entre otros elementos básicos del debido proceso, el del desarrollo de las actuaciones procesales “... sin dilaciones injustificadas...”; esto es, que en sentido estricto se adecuen a la “... plenitud de las formas propias de cada juicio...”, o, lo que es igual, que sean congruentes con la legalidad establecida para cada uno de ellos, de manera tal que la administración no pueda introducirle elementos temporales, pecuniarios o materiales diversos a los establecidos o previstos por el ordenamiento jurídico.

792. Se pretende con su aplicación que las normas de procedimiento administrativo agilicen las decisiones y, en consecuencia, que las actuaciones administrativas se cumplan en el menor tiempo posible⁶⁸⁹. El procedimiento debe buscar, de igual modo, la disminución de los gastos en que puedan incurrir tanto el administrado como la administración, y desde el punto de vista material, que no se exijan más documentos y copias de los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal, sino cuando la ley lo ordene en forma expresa⁶⁹⁰.

2. EL PRINCIPIO DE CELERIDAD

793. Al igual que en el principio de economía, el debido proceso extiende sus raíces para configurar el conocido como principio de celeridad de las actuaciones administrativas, no solo para evitar “dilaciones injustificadas” en las mismas que puedan dar al traste con los derechos fundamentales de los asociados, sino también para lograr que se observen plenamente las formas y contenidos propios de cada juicio. A las autoridades les corresponde el peso y la obligación de darle plena vigencia a los elementos centrales del concepto de debido proceso⁶⁹¹.

794. A través de la celeridad se le imprime la fuerza necesaria tanto a los elementos formales como sustanciales del procedimiento para proteger al asociado, otorgándole las garantías indispensables y logrando decisiones de fondo. Se trata, por lo tanto, de un principio dinámico de impulso permanente y continuo cuyo objeto no es otro que el de la preservación del debido proceso, y su finalidad, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Comporta necesariamente agilidad y prontitud, con el propósito de que su gestión se cumpla cabalmente⁶⁹².

795. Pretende este principio que en la actividad administrativa las autoridades impriman al procedimiento la máxima dinámica posible. De ahí que deberán ser los conductores officiosos de las actuaciones administrativas quienes podrán suprimir todos aquellos trámites innecesarios y procurarán, en la medida de lo posible, utilizar formas impresas en aquellas actuaciones que por su estricta formalidad lo faciliten. La ejecución de ese principio no puede ser motivo para que las autoridades se abstengan de considerar todos los argumentos y pruebas que los interesados aporten de manera legal y oportuna. La celeridad procesal implica para los funcionarios el cumplimiento de sus obligaciones procesales-administrativas; de lo contrario, y salvo justificación, estos serán responsables disciplinariamente⁶⁹³.

3. EL PRINCIPIO DE EFICACIA

796. El principio de la eficacia, tal como se plantea en la Constitución Política y en los desarrollos del artículo 3.º del CCA, no es más que un instrumento complementario de la celeridad que demanda el debido proceso en las actuaciones administrativas. Desde esa perspectiva coadyuva a que los deberes y obligaciones de las autoridades, tendientes a imprimir el impulso necesario a las actuaciones y procedimientos que deban adelantar, garanticen el núcleo central del debido proceso y hagan realidad los fines para los cuales han sido instituidas a través de la imposición de logros mínimos en relación con las responsabilidades confiadas, con miras, como lo anotábamos, a la efectividad de los derechos individuales y colectivos⁶⁹⁴.

797. De esta manera, constituye un punto de apoyo a la naturaleza teleológica del proceso y reafirma el carácter material que debe prevalecer en la interpretación de las normas procedimentales. Con la eficacia en las actuaciones administrativas se pretende básicamente que los procedimientos logren su finalidad, para lo cual las autoridades removerán de oficio, entre otros, los obstáculos puramente formales, dándole prevalencia al derecho sustancial y de esta manera evitarán decisiones inhibitorias.

798. En cuanto instrumento para la celeridad, la eficacia comporta para la administración pública la posibilidad de dar efectiva aplicación a las normas, principios y valores establecidos en el texto constitucional. Desde esa perspectiva se traduce en la más importante vía para consolidar los contenidos del artículo 4.º constitucional, produciendo al interior de las actuaciones administrativas las

nulidades, anulaciones y revocaciones, o dejando sin efecto todas aquellas actuaciones procesales con las cuales eventualmente se hubiere podido desconocer el bloque de constitucionalidad tal como se establece en los artículos 41 y 45 de la Ley 1437 de 2011^[695].

4. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

799. La imparcialidad deviene a las actuaciones administrativas por vía del artículo 13 constitucional, que consagra el derecho fundamental a la igualdad, básicamente a partir de las relaciones entre autoridades y administrados. Según ese postulado constitucional, la totalidad de las personas deben recibir de las autoridades igual trato y protección, quedando proscrita cualquier forma de discriminación en razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. La igualdad, entonces, como base de la imparcialidad configura otro de los elementos constitutivos del núcleo central del debido proceso. Es decir, la imparcialidad⁶⁹⁶ en las actuaciones administrativas constituye un presupuesto garantístico de la más alta importancia para la estabilidad del Estado de derecho.

800. Por lo tanto, las autoridades deben actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos es asegurar y garantizar los derechos de todas las personas y de la colectividad sin ningún género de discriminación, proporcionando a los ciudadanos igual trato, y respetando siempre el orden en que actúen ante ellas. Ello se relaciona indubitablemente con el elemento finalístico del acto administrativo, que invita a la administración al cumplimiento de los cometidos estatales, y no a la consolidación de sistemas de actuación subjetivos, generadores evidentes de desviación de poder –art. 209 constitucional–.

801. La efectividad de la imparcialidad no solamente depende de la vocación objetiva con que actúa el servidor público respecto de los administrados, sino también de la aplicación oportuna que se haga del régimen legal sobre causales de recusación o impedimento, permitiéndose de esa manera que autoridades ajenas a criterios subjetivos sean las que decidan las actuaciones administrativas⁶⁹⁷.

5. LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

802. Los principios de publicidad y transparencia guardan profunda relación dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, de hecho, en nuestra opinión, se encuentran incorporados en el artículo 209 constitucional y desarrollados en el Código de Procedimientos Administrativos no solo de manera expresa en el artículo 3.º sino también dentro de su cuerpo normativo en la medida en que constituyen la esencia misma del procedimiento administrativo democrático que garantiza actuaciones públicas y abiertas como regla general⁶⁹⁸.

803. Su punto de partida lo constituye la necesidad de que la totalidad de actuaciones y decisiones de las autoridades⁶⁹⁹ se caractericen por ser públicas y abiertas a la totalidad de los asociados⁷⁰⁰, salvo las situaciones excepcionales y restrictivas que por vía de mandato constitucional o legal se establezcan⁷⁰¹.

804. Por lo tanto, referirse a la transparencia y a la publicidad dentro del Estado social y democrático de derecho significa abordar uno de sus principales sustentos, que se caracteriza por proporcionar elementos suficientes para una verdadera convivencia, para el respeto a la igualdad de los asociados, y en especial para garantizar el ejercicio del poder sobre bases de imparcialidad, tendientes a evitar actuaciones oscuras, ocultas y, por lo tanto, arbitrarias⁷⁰² de los servidores públicos en desarrollo

de sus competencias o atribuciones⁷⁰³. Desde el punto de vista de la ciencia política, implica referirse a un elemento de consolidación de la institucionalidad y de ruptura con el ejercicio personalizado o subjetivo del poder, que, como es evidente, atenta contra los postulados del interés público y general.

805. Dentro del contexto del Estado de derecho, estos principios son importantes y aún trascendentales: se niega la posibilidad de actuaciones o decisiones por fuera del conocimiento general, o que produzcan sus efectos jurídicos de manera sorpresiva frente a los sujetos relacionados en una actuación administrativa. El principio, sin embargo, no es absoluto. El ordenamiento deja abierta la posibilidad de que en determinadas situaciones de excepción existan documentos reservados, fundamentalmente por razones de defensa nacional o en los casos en que se encuentren involucrados derechos individuales. La Constitución y la ley son llamadas a definir las excepciones al principio de la publicidad.

806. Los anteriores planteamientos se recogen en el texto constitucional de 1991 y se desarrollan en las normas contentivas de las reglas, principios y procedimientos relacionados con la actividad de la administración pública. Según se desprende de los principios fundamentales del Estado consagrados en su Carta Política, Colombia, en cuanto Estado social de derecho, democrático y participativo, tiene como fin esencial de su existencia facilitar a todas las personas la participación en las decisiones que las puedan afectar con el fin de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (arts. 1.º y 2.º C.N.)⁷⁰⁴. A más de lo anterior, se debe tener en cuenta que el artículo 13 constitucional proclama el derecho fundamental a la igualdad y obliga a las autoridades a que otorguen a las personas trato similar, sin discriminaciones de ningún género.

807. Complementa esta relación normativa el artículo 209 de la C.N., que le reitera a los servidores públicos, y en especial a quienes ejercen la función administrativa, que se encuentran al servicio de los intereses generales, y por lo tanto, que sus actuaciones o decisiones hacen parte y son del interés del común, para lo cual deben garantizar principios como los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

808. En ese sentido se observa que las bases filosóficas de nuestro sistema jurídico se orientan a fortalecer cada vez más la transparencia en la actividad pública, y a que los procedimientos y decisiones que puedan afectar a los habitantes del territorio nacional se caractericen por ser cristalinos y públicos esto es, permitan ver y sentir lo que sucede al interior de la administración pública. Esta sistematización encuentra instrumentos para hacerla efectiva en disposiciones como el artículo 74 constitucional, que consagra como derecho fundamental de todas las personas acceder, por regla general, a los documentos públicos, salvo en los casos que establezca la ley⁷⁰⁵⁻⁷⁰⁶.

6. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

809. El principio de la contradicción es probablemente, dentro del análisis del artículo 29 constitucional, el de mayor trascendencia sustancial en cuanto implica la posibilidad de actuación simultánea de administración y administrado dentro de la actuación administrativa, enfrentando criterios y opiniones en torno a los medios de prueba solicitados o aportados. Constituye la dinámica misma de la actuación. Su garantía, como lo expusimos al analizar los fundamentos del debido proceso, no se logra exclusivamente al reconocer oportunidades para interponer los recursos de ley⁷⁰⁷, sino, además, al permitir la participación inmediata y efectiva del administrado en toda actuación desde el mismo instante en que se advierta que sus derechos o intereses pueden ser objeto de la decisión final⁷⁰⁸.

810. Se refiere, por lo tanto, no solo al debate en la formación de la decisión, sino también a su impugnación posterior⁷⁰⁹, permitiendo a los interesados acudir tanto a la vía gubernativa como jurisdiccional. Su existencia consolida los presupuestos de cualquier Estado organizado jurídicamente, en la medida en que implica la natural posibilidad de participar en la práctica y evaluación de las pruebas en la actuación administrativa, al igual que, como lo expusimos, la posibilidad de indicar las razones sustanciales y formales por las cuales considera que la administración se equivocó y violó el ordenamiento, al adoptar decisiones lesivas a sus intereses⁷¹⁰.

7. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE BUENA FE O DE TUTELA A LA CONFIANZA PÚBLICA

811. El principio de la buena fe, que rige tanto para las actuaciones de las autoridades como de los particulares, es de origen constitucional⁷¹¹ y su consagración corresponde a un desarrollo preciso de garantías de los derechos tendientes a consolidar la confianza, la seguridad jurídica, la credibilidad, la certidumbre, la lealtad, la corrección y la presunción de legalidad como reglas básicas de convivencia dentro de la comunidad política, en el entendido de que la desconfianza y la deslealtad no pueden constituirse en las reglas generales y ordinarias del comportamiento público frente a los ciudadanos y demás asociados en cualquier actuación administrativa o de los particulares para con las autoridades⁷¹².

812. En el sentir del constituyente, resulta impredecible una buena fe parcial o de exclusivo peso administrativo. El principio constitucional de la buena fe es de doble vía, en cuanto de la simple lectura del artículo 83 de la Carta se entiende que el mismo se predica de las actuaciones tanto de los particulares como de las autoridades públicas, en todos los casos ceñidas a consideraciones de mutuo respeto y confianza⁷¹³ y a consideraciones de objetividad cuando se trate de dar aplicación al ordenamiento jurídico en todos sus aspectos. La buena fe no solo puede ser vista desde la perspectiva subjetiva, pues la seguridad jurídica y el principio de legalidad reclaman también considerar la buena fe objetiva, en aspectos cruciales y determinantes como los de trámites y decisiones regladas e incluso en asuntos referentes a la contratación pública.

813. La administración está obligada a ser consecuente consigo misma y a no asaltar la buena fe de los particulares, al igual que la de estos para con aquélla. Esta regla admite, sin embargo, excepciones⁷¹⁴.

814. Con la incorporación del principio de la buena fe en el derecho colombiano, la actitud de la administración pública frente al ciudadano sufrió un cambio cualitativo y significativo en sus posiciones tradicionales de desconfianza y desprecio frente a los actos, manifestaciones y pruebas invocadas por las personas interesadas en las actuaciones públicas o en los procesos de la misma naturaleza. Se puede sostener que la vigencia del artículo 83 de la Carta Política de 1991 ha significado un cambio profundamente material para el cumplimiento de las funciones estatales. Los términos de la relación jurídico administrativa con los asociados evidentemente se ha invertido por mandato constitucional⁷¹⁵.

815. Lo anterior guarda relación con el carácter con que se formula el principio en la Constitución. El postulado de la buena fe deviene para nuestro ordenamiento administrativo por la vía de una típica presunción de carácter normativo constitucional, que en nuestra opinión se reviste de los elementos propios de las presunciones *juris tantum*; es decir, no estamos ante una ortodoxa presunción absoluta o *juris et de jure*, sino, por el contrario, ante una clásica presunción debatible, de aquellas que admiten prueba en contrario, por lo tanto impugnables y controvertibles. Precisamente el artículo 83

constitucional establece que “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

816. En cuanto se refiere al sentido de la buena fe de los particulares para con la administración, el principio plantea como elementos básicos el de la confianza, la credibilidad, la aceptación y, sobre todo, la seguridad. En esa perspectiva, conlleva inevitablemente el elemento psicológico de la credibilidad y, por lo tanto, de la estabilidad emocional de los asociados, que desde la perspectiva estrictamente jurídica se reconduce en el concepto de confianza legítima, o sea, en la acción ciudadana bajo la absoluta creencia de estar acorde con el orden jurídico, excepto en los casos que opere la buena fe objetiva; de aquí la necesidad de su permanencia y respeto por la autoridad, preservando la confianza y restableciéndola cuando con sus actos pueda generar situaciones de ruptura de este vínculo esencial para la convivencia. Definitivamente, cuando la administración pública ha creado expectativas para los asociados debe respetarlas, en cuanto constituye elemento de estabilidad y seguridad dentro del Estado social de derecho, expectativas de todas maneras bien habidas y no derivadas del desconocimiento de la buena fe objetiva.

8. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

817. El principio de la igualdad establecido en el artículo 13 constitucional reviste el carácter de fundamental, en consecuencia determinante directo de la acción de la administración, en la ponderación de tratos a los sujetos con los cuales se vincule en cada una de sus actuaciones. Pretende infundir el respeto como base de la convivencia social. Busca por lo tanto evitar la desigualdad, el trato diferente, injustificado y discriminatorio de las autoridades frente a los asociados.

818. Sin desconocer la pluralidad y las diferencias reinantes en nuestras comunidades, proclama de todas formas un trato administrativo uniforme para toda la base de administrados característicamente similares, evitando discriminaciones no emanadas del orden positivo o aceptadas institucionalmente; por otra parte, reconoce un trato diferente, derivado de un orden jurídico especial, para aquellas personas que presentan características diversas, por las condiciones en medio de las cuales actúan, o por las circunstancias particulares que los afectan, con el fin de procurar un equilibrio justo y equitativo⁷¹⁶.

819. Los tratos diferentes, objetiva y razonablemente justificados, no constituyen violación o desconocimiento de la igualdad, haciendo claridad, en el sentido de que el trato diferente no es sinónimo de trato discriminatorio. Bajo esas circunstancias y conforme al contenido del artículo 13 constitucional, estas sutiles diferencias jurídicas provienen inequívocamente de una clásica diferenciación positiva de criterios que pretende otorgarle al principio el ámbito material justo, racional, razonable y proporcional que la Constitución Política del Estado le concede.

820. Así las cosas, y en desarrollo de esa diferenciación, la discriminación se caracterizaría por ser la vía de violación del derecho a la igualdad. La prohibición constitucional de la discriminación va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio solo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable⁷¹⁷.

821. Guarda estrecha relación este principio con el tema de los precedentes administrativos, que se han incorporado en el derecho administrativo por vía del artículo 10.º de la Ley 1437 de 2011. Al precedente se le tiene, bajo la construcción jurídica del sistema del *common law*, como una fuente

formal de creación del derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la mismas –*ratio decidendi*–, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual, por efectos de la evolución del sistema, pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad –*stare decisis*–, configurando de esa manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica.

822. En consecuencia, lo que se busca con la elaboración de un concepto de precedente administrativo es que a través de decisiones administrativas sujetas a la legalidad, pero también respetuosas de los principios constitucionales de igualdad y buena fe, se ofrezca plena seguridad jurídica a los asociados, para lo cual inevitablemente se le debe reconocer fuerza vinculante a las decisiones administrativas que fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal que a un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad.

9. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

823. El concepto de participación es inherente al Estado democrático. Constituye no solo uno de sus principales mecanismos para acercar a la realidad el principio de igualdad de los asociados en el ejercicio del poder, sino que coadyuva como el principal medio de ampliación de los instrumentos democráticos de cualquier sociedad. La participación se instituye como solución histórica frente a la grave crisis del sistema democrático representativo. La crisis del sistema representativo, con la acumulación de funciones en el ejecutivo, ha hecho que la esencia de la democracia se amplíe y que los ciudadanos se incorporen directamente a los asuntos administrativos, que es donde evidentemente se concentra el poder político. El moderno derecho administrativo no puede negar esta realidad, de ahí que incluye en su objeto el estudio de estos fenómenos amplificadores⁷¹⁸.

824. El principio de la participación constituye la base de las garantías constitucionales dentro de las actuaciones administrativas, conforme se deduce del texto del artículo 29 C.N., en el sentido de que sería imposible tramitar válidamente una actuación administrativa sin la presencia directa de los interesados en las resultas de la misma. El principio garante del debido proceso, incorporado como derecho fundamental en nuestro ordenamiento, presupone la necesaria presencia procesal de los interesados con el propósito de tramitar en derecho el expediente respectivo y lograr materialmente los propósitos de la acción administrativa.

825. Las garantías derivadas del artículo 29 C.N., como las de la controversia, la transparencia, la imparcialidad o la defensa, entre otras, serían ineficaces de no entenderse que el procedimiento administrativo es ante todo un estadio de debate participativo y no un contexto de oscuras actuaciones unilaterales de la administración. El trámite de una actuación administrativa sin la presencia de los interesados debe ante todo constituir una clara excepción a los postulados del artículo 29 C.N.

826. Desde la perspectiva estrictamente procesal, explicábamos a propósito del principio del debido proceso, esta tesis adquiere importancia suprema en la redacción del artículo 35 del derogado Código Contencioso Administrativo y en los artículos 3.6 y 42 de la Ley 1437 de 2011, los cuales parten del supuesto cierto de que la administración debió haber dado oportunidad a los interesados de participar en la actuación administrativa para entrar a decidir o fallar lo que correspondiere. El principio de la participación se consolida en nuestro ordenamiento como un claro presupuesto de validez de las decisiones de la administración pública.

827. En derecho colombiano la incorporación del principio de la participación no ha sido pacífico. Las doctrinas de la supremacía administrativa hacían imposible concebir una administración garantística. Los criterios de poder público prevalecieron durante largos periodos de nuestra vida institucional. El ejercicio de la función administrativa fue dominado durante largos periodos por la prepotencia y el absolutismo. Oscuros estadios estos de la vida institucional, donde la claridad del pensamiento jurídico no se había consolidado definitivamente.

828. La ausencia de procedimientos y garantías previas a la adopción de decisiones fue una constante histórica prácticamente hasta entrados los años ochenta, cuando, como producto de las corrientes renovadoras y democráticas que se dieron en la América Latina, los juristas nacionales cayeron en cuenta de que las garantías a los ciudadanos dentro de las actuaciones administrativas no surgían con posterioridad a la vigencia de los actos administrativos, sino con anterioridad, en el mismo momento que la administración se relacionara con el sujeto de derecho; esto, por la elemental razón de que las personas para el Estado y el derecho no surgen como consecuencia de una decisión, todo lo contrario, ya existen desde antes, al igual que sus derechos fundamentales.

829. Este principio, que tiene sus bases en el preámbulo y en artículo 2.º del texto constitucional, se torna en un imperativo dentro de las finalidades de nuestro Estado social y democrático de derecho, implicando por lo tanto la ruptura de fronteras entre gobierno y administrados, en el sentido de abrir las puertas a otras intenciones populares tradicionalmente reprimidas por un sistema representativo alejado del querer y de las necesidades de la comunidad. En ese sentido, la participación significa senderos amplios y decisorios en la vida política, económica, cultural, social e incluso administrativa, si se tiene en cuenta la importancia que adquiere el principio para la legalidad de las actuaciones administrativas en desarrollo de directrices como la del debido proceso y del derecho de defensa recogidas en el artículo 29 de la Constitución y en los códigos de procedimientos administrativo y contencioso administrativo⁷¹⁹.

10. EL PRINCIPIO DE MORALIDAD

830. Llevar a norma positiva el principio de la moralidad⁷²⁰ constituye no solo un error, sino el mayor de los despropósitos del constituyente. Convertir en norma jurídica la moralidad implica distorsionar el sentido de las cosas y normativizar lo que, por naturaleza, es imposible circunscribir al mundo positivo. Vale aquí recordar lo que expresa Ángel Latorre sobre el problema de lo jurídico y lo moral: mientras en el mundo de lo jurídico al establecerse una norma jurídica se pretende formalizar una regla de conducta, "... que es un enunciado que establece la forma en que ha de ordenarse una relación social determinada, es decir, una relación entre dos o más personas...", con sanción prefijada en el mismo ordenamiento, en lo moral el problema es diferente: "... la norma moral supone la conciencia de un deber, de una conducta que hemos de observar. Su infracción lleva aparejado el reproche moral, es decir, el juicio de que no se ha hecho lo que se debía, el juicio de que esa conducta es mala...".

831. Mientras el derecho pretende garantizar un orden social y sanciona con la fuerza del Estado, la moral impone un orden personal que orienta las conductas del sujeto de acuerdo con sus convicciones. De allí que las mismas puedan resultar indiferentes para el derecho. Pero el problema es aún más complejo: ¿cuántos son los criterios morales que pueden existir?, sin duda alguna, muchos; de ahí que su elevación a norma jurídica no sea otra cosa que un absurdo⁷²¹.

832. No obstante, como intérpretes del ordenamiento nos corresponde darle efectividad al principio para no caer en interpretaciones que lo hagan inaplicable. En ese sentido, y teniendo en cuenta que en cuanto valor el concepto de moralidad pretende denotar una actitud coherente del servidor público para con la legalidad y los fines del ordenamiento, no nos queda otra alternativa que la de sostener que la moralidad a que hace referencia el constituyente no es otra que la de un adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de la legalidad⁷²². La moralidad del servidor público solo puede ser medida directamente con los parámetros que se deduzcan de los principios, valores y normas a los cuales se encuentre sujeto⁷²³.

11. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD

833. Congruente con el ejercicio del poder institucionalizado, el Estado de derecho proclama la inevitable necesidad de hacer a los organismos públicos y a las personas a ellos vinculadas responsables de manera general frente al ordenamiento jurídico, y de manera personal cuando hubiesen desbordado los parámetros definidos para el ejercicio de sus funciones⁷²⁴. Esta responsabilidad lleva las condenas patrimoniales a cargo de unos y otros en caso de generarse daños de carácter antijurídico que hicieren necesario restablecer en sus derechos o indemnizar a los asociados⁷²⁵.

834. Constitucionalmente el principio de la responsabilidad se determina a partir del artículo 6.º de la Carta fundamental cuando de manera expresa indica respecto de las autoridades públicas que ellas son responsables por infringir la Constitución y las leyes y “por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Este artículo está en relación directa con el 124 constitucional que le traslada al legislador la obligación de determinar el régimen para la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Ahora bien, desde el otro extremo, la responsabilidad en el Estado de derecho comprende igualmente al Estado y sus organismos. En ese sentido el artículo 90 constitucional, en su inciso 1.º, establece que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”.

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE FORMACIÓN DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS. ASPECTOS GENERALES

835. Visto lo anterior, y reiterando las elaboraciones doctrinales, entendemos por procedimiento administrativo el sendero preestablecido legalmente, y que consiste en trámites y formalidades a los cuales deben someterse las autoridades administrativas en ejercicio de sus actuaciones, tendientes a la producción de actos administrativos, para que estos en su formación obedezcan a una trayectoria garante de la participación previa y de los derechos de los interesados y de la comunidad en general, lo mismo que de las ritualidades tendientes a impedir la arbitrariedad o el incumplimiento de los fines sociales y el interés general.

836. Resulta frecuente encontrar autores que utilizan indistintamente los términos proceso administrativo y proceso contencioso administrativo. En el derecho colombiano resulta absurdo

incurrir en este tipo de error. Entre nosotros, el proceso contencioso administrativo no es más que el proceso judicial que se sigue ante jueces especializados de la jurisdicción contencioso administrativa; mientras que el proceso administrativo se surte ante funcionarios de naturaleza administrativa, tanto del poder ejecutivo como de otros poderes con estas funciones.

837. Diferenciar los contenidos de estos dos institutos no constituye, como algún sector de la doctrina pretende llamarlo, “problema terminológico”. Por el contrario, nos encontramos ante dos conceptos de características, naturaleza y principios completamente diversos, aunque dependientes como ramas especializadas del tronco común denominado proceso; razón que nos impide asimilarlos, pese a que en la práctica de cierto modo se complementan, en la medida que el proceso administrativo resulta en algunos casos presupuesto indispensable para el ejercicio del contencioso administrativo, como puede ocurrir en las relaciones entre la vía gubernativa y las acciones de naturaleza individual, por ejemplo la de nulidad y restablecimiento del derecho.

838. Por derecho procesal administrativo se entiende el conjunto coordinado de reglas y principios reguladores del procedimiento seguido por los órganos administrativos, en ejercicio de la función administrativa, que persigue la estructuración de una decisión. Por su parte, el derecho contencioso administrativo comprende el conjunto de normas y principios reguladores de los procedimientos que han de seguirse ante los tribunales jurisdiccionales especializados para resolver las diferencias, controversias o litigios suscitados entre la administración pública y sus contradictores.

839. El proceso administrativo se adelanta ante los órganos de la administración, y, si bien es cierto que brinda las mismas garantías de los procesos judiciales, en últimas quien decide es un representante de una de las partes interesadas, esto es, la administración. No es litigioso. Es una verdadera acción administrativa, tendiente a ejecutar finalidades también administrativas. En cambio el proceso contencioso busca restablecer un derecho subjetivo administrativo.

840. Como lo advertimos y reiteramos, el objeto del proceso administrativo es, en últimas, el acto administrativo. Sin embargo, su finalidad se ubica en el ámbito de la satisfacción de bienes superiores de carácter material, y en ese sentido la finalidad del proceso administrativo se puede asimilar a un triángulo en cuya base se ubica el acatamiento al sistema del ordenamiento jurídico; en uno de sus lados la garantía del respeto a los derechos subjetivos de las personas y demás sujetos que se relacionan con la administración al igual que del colectivo, y en el otro, el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general.

A. RELACIONES ENTRE LAS NORMAS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, EL PROCEDIMIENTO GENERAL DE LA LEY 1437 DE 2011 Y LOS MÚLTIPLES PROCEDIMIENTOS ESPECIALES QUE RIGEN PARA DIVERSAS MATERIAS

841. Como lo advertíamos, el procedimiento administrativa y las normas generales del mismo contenidas en la Ley 1437 de 2011 constituye la regla general de los procedimientos administrativos en el derecho colombiano, es decir, operan en la medida en que la función correspondiente carezca de un trámite procesal específico. En el evento de haberse adoptado un procedimiento administrativo especial para el ejercicio de determinada función pública, este debe privilegiarse frente al procedimiento general establecido en la Ley 1437 de 2011 en su primera parte. En consecuencia, en nuestro derecho opera, para esta relación de procedimientos, el llamado principio de especialidad normativa regulado en el artículo 10.º numeral 1 del Código Civil según el cual para resolver incompatibilidades en la

interpretación de los códigos, “La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”.

842. En materia administrativa este divorcio entre la especialidad y la generalidad no es de mayor profundidad. De conformidad con lo dispuesto en el inciso 3.º del artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, el respeto a la especialidad no implica negación de la integración y la complementariedad normativa entre las normas generales de la primera parte de la Ley 1437 de 2011 y los procedimientos especiales. Las falencias normativas de estos últimos, que coloquen en peligro las garantías del debido proceso y el derecho de defensa o la preservación de los principios básicos de las actuaciones administrativas, postulados en la Constitución Política, deben ser llenadas con las disposiciones de la primera parte de la Ley 1437 de 2011.

B. COMPETENCIA PARA LA EXPEDICIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

843. En lo que respecta a la competencia para el establecimiento de procedimientos administrativos, sean generales o especiales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 150 numeral 2 constitucional le corresponde al Congreso de la República en cuanto depositario del privilegio para la expedición de códigos, en el entendido de que los procedimientos administrativos constituyen un componente importante del Código Contencioso Administrativo. Por lo tanto, es esta corporación la llamada a su expedición, modificación, derogación, etc.

844. Es de advertir, que de acuerdo con el numeral 10 inciso 3.º de ese mismo artículo, esa competencia no puede ser objeto de facultades extraordinarias al Presidente de la República. Así las cosas, por regla general, solo por ley podrían expedirse normas relativas a procedimientos administrativos. No obstante ese planteamiento, en desarrollo de sus competencias constitucionales y legales las corporaciones departamentales y municipales de elección popular, asambleas y concejos pueden expedir procedimientos administrativos por vía de actos administrativos de carácter general⁷²⁶, lo que significa, entonces, que en Colombia los procedimientos administrativos pueden surgir o de la ley prácticamente en todos los asuntos de nivel nacional o, por acto administrativo de contenido general para los asuntos relativos a los órdenes departamentales y municipales⁷²⁷.

C. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

845. No se aplican los procedimientos generales de la Ley 1437 de 2011 a las hipótesis determinadas por el mismo legislador, las cuales son radicalmente excepcionales en nuestro derecho. El inciso 2.º del artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011 es claro ejemplo de esas situaciones de excepción en materia de procedimientos administrativos. Esas disposiciones indican que carecen de procedimiento previo y formativo las decisiones de aplicación inmediata para evitar o remediar una perturbación de orden público, en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas o el ejercicio de la facultad de libre nombramiento o remoción. Las excepciones a la aplicación de los procedimientos para la adopción de decisiones son de estricto carácter excepcional y por lo tanto de naturaleza restrictiva. Operan por razones de interés general concretándose muchas veces en la adopción de medidas cautelares de carácter policivo, como ocurre en materia ambiental, urbanística, de orden público, disciplinaria, etc.

D. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA FORMACIÓN DE ACTOS DE CONTENIDO INDIVIDUAL, GENERAL Y MIXTO

846. La característica que se observa del procedimiento administrativo general de la Ley 1437 de 2011 es que prácticamente fue diseñado para la formación de decisiones administrativas de contenido individual; por lo menos en tratándose del derecho de petición en interés individual o colectivo, de la iniciación oficiosa o del cumplimiento de una obligación o deber legal, esa es la tendencia, en cuanto que, por regla general, tales actuaciones terminan con una decisión de esa naturaleza. No ocurriendo lo mismo con las iniciadas en ejercicio del derecho de petición en interés general, que en la mayoría de los casos no se consolidan en una decisión propiamente dicha, sino en una simple respuesta genérica, no creadora de situaciones jurídicas. Por esa razón se puede sostener que el procedimiento general es principalmente un instrumento propicio para la creación de actos de contenido individual.

847. En general se puede sostener que en los actuales momentos, salvo lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 8.º de la Ley 1437 de 2011^[728] se carece de ella en el ordenamiento jurídico nacional. Existen sí procedimientos de carácter especial dispersos en diferentes normatividades para la formación y expedición de los más diversos actos de contenido general, e incluso para algunos otros se carece por completo de procedimiento específico.

848. A manera de ejemplo, la expedición de un decreto reglamentario de la ley, la ordenanza o el acuerdo por la autoridad competente carece de un procedimiento específico en la ley o en los actos generales normativos de las competencias de las autoridades locales o departamentales. Así mismo, la expedición de una ordenanza o de un acuerdo está sometida a los procedimientos internos de las correspondientes corporaciones públicas. Algunas entidades administrativas, como las comisiones de regulación, acuden para el ejercicio de sus competencias a las normas especiales de la Ley 142 de 1994, que les permite adoptar regulaciones generales en materia de servicios públicos. En fin, la gran característica de esos actos, y de los mixtos, es que dependen en la práctica de procedimientos administrativos especiales para su estructuración y expedición.

E. CARÁCTER MIXTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL EN LA LEY 1437 DE 2011

849. Los senderos procesales establecidos como generales en la Ley 1437 de 2011 permiten tramitar todo tipo de asuntos administrativos sin diferencia sustancial, material o de naturaleza, esto lo hace, en nuestra opinión, un procedimiento mixto o promiscuo, que sirve en consecuencia para adoptar decisiones tendientes al simple reconocimiento de derechos, al igual que hacer otro tipo de pronunciamientos en relación con los derechos subjetivos y colectivos o incluso para la resolución de conflictos por parte de la administración. En las dos primeras hipótesis, actuando la administración como parte interesada y obligada a decidir, y en la última, como tercero imparcial, en lo que en los modernos procedimientos administrativos se conoce como actuación trilateral o procedimiento trilateral; sin embargo, la complejidad de las funciones asignadas a los órganos administrativos en los últimos años ha llevado a que se aplique este procedimiento a casos como estos, con las dificultades que ello implica⁷²⁹.

F. FUENTES O FORMAS DE INICIO DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS AL INTERIOR DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

850. Tras estudiar los conceptos básicos del procedimiento, debemos acercarnos a las razones procesales que llevan, a quien ejerce funciones administrativas, a producir un acto decisorio, lo cual significa adentrarnos en la teoría de las fuentes de las actuaciones administrativas. El ordenamiento colombiano, en procura de garantizar una máxima protección ciudadana en esa materia, establece en el artículo 4.º de la Ley 1437 de 2011 las diferentes puertas de entrada al mundo de las actuaciones administrativas.

851. La característica fundamental del sistema de iniciación del procedimiento administrativo es la del abandono del carácter exclusivo de iniciación a la simple voluntad estatal, y el reconocimiento a las personas interesadas de acceso inmediato a las autoridades a través del llamado derecho de petición (mecanismo de origen constitucional y con naturaleza de derecho fundamental). El artículo en cuestión determina que las actuaciones administrativas pueden iniciarse: por quienes ejerciten el derecho de petición en interés general; por quienes lo ejerciten en interés particular; por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal, y por las autoridades, oficiosamente.

852. Ahora bien, debe admitirse que el ejercicio de estas fuentes no lleva todas las veces a la adopción de decisiones, pues eventualmente pueden culminar los procedimientos correspondientes en simples conceptos, o en opiniones no vinculantes o simplemente informativas.

1. DERECHO DE PETICIÓN

853. El derecho de petición⁷³⁰ es un derecho fundamental⁷³¹ de origen constitucional⁷³², con profundas raíces convencionales⁷³³, que se fundamenta para su desarrollo en la presunción legal según la cual, "... 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..."⁷³⁴, y que con su ejercicio posibilita el acceso de las personas a las autoridades públicas y privadas, para solicitar entre otras cosas, "... el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos"⁷³⁵⁻⁷³⁶, y las obliga a responder prontamente lo requerido por los solicitantes⁷³⁷ o los recursos interpuestos oportunamente contra las decisiones administrativas⁷³⁸.

854. Este derecho fundamental⁷³⁹ ha sido desarrollado por el legislador en la Ley 1755 de naturaleza estatutaria que sustituyó las disposiciones originarias de la Ley 1437 de 2011, declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional⁷⁴⁰. Su ejercicio ciudadano es público y gratuito, y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado, o de persona mayor cuando se trate de menores en relación con las entidades dedicadas a su protección o formación, "... de tal forma que en los demás eventos es preciso que el niño, niña o adolescente sea representado por un adulto para el ejercicio del derecho de petición pues no reconoce el legislador la potestad de hacerlo directamente..."⁷⁴¹.

855. No solo constituye un derecho fundamental, sino que también entraña una de las más claras garantías de que gozan los asociados en cualquier Estado organizado jurídicamente para relacionarse con los administradores y demás servidores públicos. Como derecho fundamental, el derecho de

petición significa que su aplicación consolida el Estado de derecho⁷⁴², en la medida en que respeta aspectos básicos de la vida y la individualidad de las personas como, por ejemplo, relacionarse con las autoridades cuando lo requieran. En cuanto garantía implica el ejercicio de las vías adecuadas para que oportunamente⁷⁴³ se satisfagan sus derechos o inquietudes.

856. La Corte Constitucional ha expuesto su carácter de norma fundamental para la vida política del Estado. Es más, su efectividad la liga de manera inevitable a las mismas razones que justifican la existencia del Estado. Se trata, indica la Corte, de uno de los

... derechos fundamentales cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas...⁷⁴⁴.

857. Adicional a su carácter de derecho fundamental, resulta evidente por las mismas razones que desde el punto de vista específico este derecho puede ser calificado como subjetivo, y concretamente como uno de los derechos subjetivos del derecho público; es decir, tiene directa relación con los intereses y razones de la persona o el colectivo frente al Estado, y de las necesidades emanadas de la inevitable relación que se estructura en toda persona por el solo hecho de habitar en un Estado, teniendo en consecuencia exigencias y deberes frente al mismo. La petición implica el rompimiento del Estado inaccesible y la ratificación del institucionalizado.

858. En ese sentido, la Corte Constitucional ha manifestado:

El derecho de petición, cuyo propósito es el de buscar un acercamiento entre el administrado y el Estado, otorgándole al ciudadano un instrumento idóneo con el cual acudir ante él en busca de una información o con el fin de que se produzca un pronunciamiento oportuno por parte del aparato estatal, es una garantía propia del sistema de gobierno democrático y manifestación de la soberanía popular...⁷⁴⁵.

859. Congruentemente con lo anterior, no queda difícil sostener que el derecho de petición constituye un verdadero derecho político, que al estatuirse constitucionalmente faculta a toda persona para concurrir ante cualquier autoridad exponiéndole sus criterios o iniciativas, o solicitando de ella su actuación en general o el reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo. Por lo tanto, es menester admitir la amplia posibilidad de acción que tiene el derecho de petición en la órbita de los poderes estatales, ya que puede ejecutarse ante todos los poderes públicos –ejecutivo, legislativo y jurisdiccional (ante este último, solo en asuntos no relacionados con los procesos judiciales)–. Las afirmaciones de Vidal Perdomo recogen lo anterior cuando sostiene que el derecho de petición no es más que “... un derecho de presencia ante los órganos políticos del Estado, ante los que asumen las decisiones de carácter político y de otra índole [...] Constituye igualmente [...] un instrumento que supera las limitaciones de la democracia representativa...”⁷⁴⁶.

860. Ahora bien, bajo la consideración doctrinal y jurisprudencial anterior, la Corte Constitucional ha concluido que el derecho constitucional de petición tiene un importante núcleo esencial configurado por todos aquellos elementos intangibles que lo identifican y diferencian de otros derechos, y que está circunscrito a “[...] i) la formulación de la petición; ii) la pronta resolución, iii) respuesta de fondo y iv) la notificación al peticionario de la decisión...”. Pero que, además, se hace acompañar de una pluralidad de reglas fundamentales para su interpretación y aplicación efectiva en el ordenamiento

jurídico, derivadas de los artículos 23 y 74 constitucionales, que han sido identificadas en múltiples precedentes por la Corte Constitucional y que han permitido su perfecta caracterización y construcción sistemática⁷⁴⁷.

861. Tanto el concepto de núcleo esencial de la figura como su articulación con las reglas propuestas por vía jurisprudencial se pueden identificar a partir de los elementos constitucionales de la institución: persona interesada, mecanismo de presentación de la petición, características de la petición, modalidades de petición, resolución de la petición y entidades objeto de la petición. Veamos cada uno de ellos.

a. PERSONA INTERESADA

862. Puede ser cualquier persona⁷⁴⁸. La Constitución no establece diferencia alguna, razón que nos permite sostener que el interesado puede ser persona natural o jurídica⁷⁴⁹, de derecho público o privado, nacional o extranjera, en fin, cualquier sujeto de derecho que tenga la necesidad de dirigirse a las autoridades públicas en busca de satisfacer un interés particular o general⁷⁵⁰. Restringir el acceso de cualquier persona por razón de ciudadanía, nacionalidad o cualquier otro motivo no solo constituiría violación a la Carta Fundamental, por establecimiento de excepciones que la norma no hace, sino que también podría llevar a que la administración quedara sujeta a posibles juicios de responsabilidad. Nuestro sistema de derecho de petición es amplio y generoso desde el punto de vista de su ejercicio, y así se le concede a todos aquellos que reúnan el carácter de persona⁷⁵¹.

b. MECANISMOS DE FORMULACIÓN DE LA SOLICITUD

863. Es componente esencial del derecho de petición el de la viabilidad de su formulación, esto es, de generar una vía adecuada y factible de acceso de la persona o grupo de personas a las autoridades⁷⁵² existiendo el deber funcional de recibirlas y tramitarlas⁷⁵³. La Constitución no establece un sistema específico de acceso a las autoridades públicas para el ejercicio del derecho de petición, situación que nos permite afirmar que se puede realizar por cualquier medio entendible para el funcionario estatal, ya sea el medio escrito, el verbal, el gestual, el electrónico, etc., esto es, bajo consideraciones predominantemente de informalidad⁷⁵⁴. Todos los medios serán no solo válidos, sino también de recibo por quien sea competente para recibir o resolver peticiones⁷⁵⁵. En ese sentido el artículo 13 inciso 2.º de la Ley 1755 de 2015 establece la obligación para las autoridades de recibir cualquier petición, sin necesidad de invocar expresamente el derecho, trasladando la carga de la interpretación de la solicitud o actuación a la administración, y en nuestra opinión, si es necesario, para efectos probatorios, transcribirlas. Lo importante es que el medio de acceso sea entendible y claro por el funcionario⁷⁵⁶.

864. Al ejercer el control de constitucionalidad del artículo 11 del Decreto 01 de 1984 la Corte Suprema de Justicia se pronunció precisamente en ese sentido. Por tratarse de una vía expedita para el respeto de un derecho, el legislador no puede hacer diferencias en cuanto a los medios de ejercer el derecho de petición. La ley no puede establecer unos mecanismos de mejor estirpe que otros⁷⁵⁷. No obstante, el legislador ha destacado varios sistemas que por sus características son los más usados y de más fácil acceso de los particulares, sin excluir los demás posibles: el verbal y el escrito, o por cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos⁷⁵⁸.

c. CARACTERÍSTICAS DE LA PETICIÓN: RESPETUOSA, CLARA, NO REITERATIVA, ADECUADA Y COMPLETA

865. El constituyente ha calificado la petición como necesariamente respetuosa, y por vía doctrinal se ha entendido que la misma no puede ser oscura o servir de instrumento para perturbar la buena marcha de la administración abusando de ella a través de la reiteración. Si la petición no es respetuosa puede ser objeto de rechazo expreso, motivado y notificado, esto es, mediante providencia administrativa objeto de impugnación, sin que ello signifique un empoderamiento para el ejercicio arbitrario y caprichoso de sus funciones por parte de las autoridades⁷⁵⁹⁻⁷⁶⁰.

866. Ahora bien, el artículo 19 incisos 1.º y 2.º de la Ley 1755 de 2015, adicional al carácter irrespetuoso de la petición, establece los mecanismos procesales para el tratamiento de las peticiones oscuras, inadecuadas, incompletas y reiterativas.

... Solo cuando no se comprenda la finalidad u objeto de la petición esta se devolverá al interesado para que la corrija o aclare dentro de los diez (10) días siguientes. En caso de no corregirse o aclararse, se archivará la petición...

La calificación del grado de oscuridad o incompreensión de la petición es una carga de la administración, la cual debe siempre medir bajo conceptos de favorabilidad (*pro homine*) al peticionario, para lo cual, entre otros instrumentos, debe acudir a los principios de ponderación y proporcionalidad, por lo tanto, una decisión de devolución debe ser absolutamente excepcional. No olvidemos que estamos ante un derecho constitucional fundamental⁷⁶¹.

867. En lo que hace referencia a las peticiones reiterativas ya resueltas, la Ley 1755 de 2015 ofrece una solución satisfactoria al desbordamiento abusivo o de ignorancia en su ejercicio; en esos casos "... la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores, salvo que se trate de derechos imprescriptibles...". Si se trata más bien de hipótesis en las cuales se hubiere negado la petición por no acreditar requisitos, su reiteración es absolutamente válida siempre que subsane las deficiencias de la anterior⁷⁶².

d. PETICIÓN DE INTERÉS INDIVIDUAL, COLECTIVO Y GENERAL

868. La Constitución distingue entre el derecho de petición de contenido subjetivo individual y el subjetivo colectivo, al igual que el derecho de petición popular y general. El primero se refiere propiamente a aquellas reclamaciones individuales que buscan el reconocimiento de la administración o del Estado, de un derecho subjetivo de la persona; entre nosotros, este sería un caso específico del ejercicio del derecho de petición en interés particular. Sin embargo, con similares propósitos, pero en relación con la colectividad en general, se ha venido desarrollando el derecho de petición de contenido colectivo, tendiente a la generación de pronunciamientos administrativos en torno a los derechos colectivos y difusos.

869. La segunda modalidad de petición tiene su fundamento en la necesidad de protección del bien común y el interés general; consiste en el pronunciamiento de los asociados frente a las autoridades en procura de obtener respuesta a sus necesidades comunes; esta modalidad, consagrada en nuestra Carta Fundamental desde 1886, fue recogida por el constituyente de 1991, al estipular que se podrán presentar ante las autoridades peticiones de carácter general.

870. La petición de carácter popular se configura en los casos en que se le pide a las autoridades la adopción de determinadas medidas económicas, sociales o administrativas, o se les solicita actuar en uno u otro sentido, pero siempre con vistas a un pronunciamiento que afecte al conglomerado por igual. En opinión de Vidal Perdomo, se pretende “... que se adopte por el Estado una política que se juzga de conveniencia nacional [...] Es decir, influir en los criterios con los cuales se toman las decisiones del Estado...”⁷⁶³.

e. PETICIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN, DOCUMENTACIÓN Y DATOS (TRANSPARENCIA)

871. La petición de información y documentación constituye una importante modalidad del derecho constitucional de petición establecido en el artículo 23 constitucional⁷⁶⁴; con profundas raíces en los principios y la normativa convencional (arts. 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Universal de Derechos Humanos)⁷⁶⁵, fue incorporado de manera especial al sistema del ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 74 constitucional (acceso a la información y documentación) en concordancia con los artículos 15 (acceso a datos personales y corrección) y 20 (recepción de información veraz) de la misma; desarrollado de manera integral en la Ley estatutaria 1712 de 2014 sobre transparencia y derecho de acceso a la información, y de manera concreta en el artículo 13 de la Ley 1755 de 2015, y en relación con aspectos de la reserva documental y de información en los artículos 24 a 27 de esta misma ley estatutaria del derecho de petición⁷⁶⁶. Así mismo, en la Ley 1581 de 2012 estatutaria de la protección de datos personales en lo que respecta a esta especial modalidad.

872. En su conjunto todas estas disposiciones contextualizan este derecho como un instrumento garante de: (i) la solicitud y acceso efectivo y transparente a la información, documentación y datos públicos; (ii) la transparencia en el ejercicio del poder en todas sus manifestaciones y de aquellos particulares que conforme al ordenamiento jurídico ejercen funciones de naturaleza pública; (iii) la convivencia ciudadana y el desarrollo democrático de las sociedades y de las instituciones; (iv) el control directo por los asociados de la actividad, gestión y resultados de la administración pública; (v) la participación efectiva y directa de los ciudadanos y el colectivo en relación con la actividad y gestión pública⁷⁶⁷.

873. Su reconocimiento convencional, constitucional y legal aproxima a la consolidación de la institucionalización del poder y aleja de la omnipotencia y la arbitrariedad de quienes detentan los destinos administrativos o estatales, permitiendo hacer visible y cristalino lo público en todos sus aspectos y dimensiones.

874. En la medida en que reconoce a toda persona, o colectivos, el derecho fundamental, o propiamente el derecho humano de conocer y acceder de manera efectiva a la información, documentación y datos públicos, siempre y cuando no exista una reserva expresa para su ejercicio, se está permitiendo la mayor visibilidad de las intimidades de la acción y decisión pública, que por regla general es de todos los asociados, y no de los detentadores del poder político; a todos nos pertenece la información y documentación, sin más limitaciones que las que por razones de interés general se imponen en la Constitución y la ley, pero bajo estrictos criterios de proporcionalidad, conforme a las estructuras fundantes de toda sociedad democrática. Esa es la razón elemental por la que es pública⁷⁶⁸.

875. En relación con esas consideraciones conceptuales propias del pensamiento democrático, los artículos 2.º y 3.º de la Ley 1712 de 2014 incorporan una serie de principios fundamentales atinentes a la información, documentación y datos en todas sus formas y modalidades, y su manejo público

(máxima publicidad, transparencia, buena fe, facilitación, no discriminación, gratuidad, celeridad, eficacia, calidad, divulgación proactiva, responsabilidad), con los cuales se busca generar la dinámica necesaria para la debida interpretación y aplicación de todas las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales que desarrollan y hacen viable el derecho en el sistema del ordenamiento jurídico colombiano en sus aspectos básicos de publicación o divulgación, solicitud y acceso efectivo, a información pública, sea esta clasificada o reservada, contenida en cualquier forma o soporte material de archivo⁷⁶⁹.

876. En esa medida deviene un claro e imperativo deber funcional, para todos los sujetos que controlen o manejen la información, documentación o datos, su mayor publicidad posible (*máxima publicidad para el titular universal de la misma*), en beneficio del conocimiento individual y colectivo, salvo las excepciones que establezca la Constitución y la ley, las cuales deben ser interpretadas y aplicadas siempre de manera razonable y proporcional.

877. La razón de esa exigencia es que, dentro de la concepción democrática y participativa propia del Estado social de derecho, toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado se presume pública, naciéndole el deber de proporcionar y facilitar su acceso de manera sustancial, amplia y oportuna a través de los mecanismos legales (*transparencia*); con motivación honesta, sin dolo o culpa (buena fe); sin obstrucción (*facilitación*); en igualdad de condiciones, sin distinciones arbitrarias, sin exigir razones (*no discriminación*); de manera gratuita, sin cobros adicionales diferentes al costo de reproducción de la información (*gratuidad*); con agilidad en el trámite y gestión (*celeridad*); obteniendo los resultados mínimos en relación con las responsabilidades confiadas a los organismos estatales, con miras a la efectividad de los derechos colectivos e individuales (*eficacia*).

878. Conforme a los postulados de toda sociedad democrática y transparente, la información, documentación y datos producidos, gestionada o difundida por las autoridades o cualquier sujeto obligado a la luz de la Ley 1712 de 2014, debe estar sujeta a altos estándares de calidad que permita su circulación “... oportuna, objetiva, veraz, completa, reutilizable, procesable y estar disponible en formatos accesibles para los solicitantes e interesados en ella, teniendo en cuenta los procedimientos de gestión documental de la respectiva entidad...” (calidad de la información), que facilite la publicación y divulgación de la información, documentación, archivos, “... oportuna, objetiva, veraz, completa, reutilizable, procesable y estar disponible en formatos accesibles para los solicitantes e interesados en ella, teniendo en cuenta los procedimientos de gestión documental de la respectiva entidad...” (divulgación proactiva de la información), todo lo anterior para facilitar el acceso efectivo y permanente de las personas y de los colectivos a la información, para lo cual los sujetos obligados deben proporcionarla en medios físicos, remotos o locales electrónicos, en las páginas Web que faciliten su acceso y reproducción (disponibilidad pública de la información)⁷⁷⁰.

879. Bajo ese contexto el principio de publicidad se transforma en un claro e inobjetable deber funcional para todas las autoridades o sujetos obligados, que, en consecuencia, los apremia a mantener a disposición de toda persona la información total y completa que repose en sus archivos o en cualquier otro medio, y estar en capacidad permanente de suministrarla a quien lo requiera (por cualquier medio, sin necesidad de su presencia física en sede la entidad⁷⁷¹), debidamente actualizada a través de cualquier medio que la técnica permita (impreso, electrónico, telefónico, correo físico o electrónico, etc.)⁷⁷².

880. El derecho a la información, documentación y datos no es absoluto, y como lo establece el artículo 74 constitucional, existirán claras y objetivas limitaciones para su pleno ejercicio en los “casos

que establezca la ley”. Casos que, como bien lo destaca, deben ser interpretados bajo consideraciones de absoluta excepcionalidad y con sujeción a criterios de proporcionalidad, con el propósito y finalidad de no vulnerar el núcleo esencial del derecho, su debido ejercicio y las garantías propias que la prevalencia de la transparencia amerita en nuestra estructura convencional y constitucional.

881. Para el cabal cumplimiento de esas importantes finalidades en el ámbito de la excepcionalidad al desarrollo pleno del derecho, la Corte Constitucional elaboró una serie de reglas constitucionales, en consonancia con el orden convencional, tendientes a garantizar el no desbordamiento y el reino de la no arbitrariedad en los eventos de aplicación de los casos legales de limitación a la plena publicidad, acceso y conocimiento de la información, documentación y datos⁷⁷³. Las reglas jurisprudenciales en cuestión son las siguientes:

[...] 1) Como regla general, en virtud de lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución, 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las personas tienen derecho fundamental de acceso a la información del Estado. En este sentido, dónde quiera que no exista reserva legal expresa debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información [...].

2) Tal y como lo dispone el artículo 74 de la Constitución, *los límites del derecho de acceso a la información pública tienen reserva de ley*. En efecto, según la citada disposición, “todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley” [...].

3) La ley que limita el derecho fundamental de acceso a la libertad de información *debe ser precisa y clara al definir qué tipo de información puede ser objeto de reserva y qué autoridades pueden establecer dicha reserva*. En efecto, la Constitución en este sentido *rechaza las normas genéricas o vagas que pueden terminar siendo una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado*. Para que esto no ocurra y no se invierta la regla general de la publicidad, *la ley debe establecer con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva, las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, las autoridades que pueden aplicarla y los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas* [...].

4) *La reserva puede operar respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia* [...].

5) *La reserva legal sólo puede operar sobre la información que compromete derechos fundamentales o bienes constitucionales pero no sobre todo el proceso público dentro del cual dicha información se inserta* [...].

6) *La reserva legal no puede cobijar información que por decisión constitucional deba ser pública* [...].

7) *La reserva debe ser temporal. Su plazo debe ser razonable y proporcional al bien jurídico constitucional que la misma busca proteger. Vencido dicho término debe levantarse* [...].

8) *Durante el período amparado por la reserva la información debe ser adecuadamente custodiada de forma tal que resulte posible su posterior publicidad* [...].

9) *La reserva cobija a los funcionarios públicos pero no habilita al Estado para censurar la publicación de dicha información cuando los periodistas han logrado obtenerla* [...].

10) Adicionalmente, la Corte ha considerado *que la reserva puede ser oponible a los ciudadanos pero no puede convertirse en una barrera para impedir el control intra o inter orgánico, jurídico y político, de las*

decisiones y actuaciones públicas de que da cuenta la información reservada. En este sentido, la exigencia de motivación de la decisión de no entregar una información “reservada” tiene como uno de sus propósitos principales, según la Corte, facilitar el control judicial de dicha decisión. [...].

11) Es cierto que el legislador puede establecer límites del derecho de acceso a la información, pero *esos límites sólo serán constitucionalmente legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como la seguridad nacional, el orden público o la salud pública. En todo caso, la limitación que se imponga debe resultar razonable y proporcionada al logro de dicha finalidad* [...]. Adicionalmente la Corte ha señalado que en las siguientes situaciones puede resultar legítima la reserva: (1) para garantizar la defensa de los derechos fundamentales de terceras personas que puedan resultar desproporcionadamente afectados por la publicidad de una información; (2) ante la necesidad de mantener la reserva para garantizar la seguridad y defensa nacional; (3) frente a la necesidad de asegurar la eficacia de las investigaciones estatales de carácter penal, disciplinario, aduanero o cambiario; (4) con el fin de garantizar secretos comerciales e industriales. En todo caso cualquier restricción debe resultar razonable y proporcionada a los fines que se busca alcanzar [...].

12) En estrecha relación con las consideraciones anteriores, la Corte ha considerado que *corresponderá al juez que ejerce el control sobre la decisión de no entregar determinada información, definir si tal decisión se encuentra soportada de manera clara y precisa en una ley y si la misma resulta razonable y proporcionada al fin que se persigue. [...] el operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen.* Así las cosas, ponderados los intereses en juego, puede que la reserva de un documento prevalezca ante derechos como a la información; pero debe ceder frente a otros como los derechos a la defensa y de acceso a la administración de justicia, los cuales, *prima facie*, tienen mayor importancia en las sociedades democráticas modernas” [...].

13) Especialmente, en cuanto se refiere a la información relativa a la defensa y seguridad nacional, resulta relevante recordar que distintas disposiciones legales y de derecho internacional admiten su reserva legal. [...] En distintas decisiones la Corte ha admitido expresamente que una de las razones que pueden justificar la restricción del principio de publicidad de la información del Estado es la defensa de la seguridad nacional. Sin embargo ha reiterado que *en cualquier caso la limitación concreta que se establezca debe satisfacer los principios de razonabilidad y proporcionalidad así como los restantes requisitos antes mencionados* [...] ⁷⁷⁴.

882. El artículo 24 de la Ley 1755 de 2015^[775] estableció los casos en los cuales la información, documentación y los datos tienen el carácter de reservada, norma que debe ser armonizada con los artículos 18 a 22 de la Ley 1712 de 2014, que establece otras hipótesis de restricción a la publicidad ⁷⁷⁶⁻⁷⁷⁷.

883. *La reserva no es aplicable al ejercicio de las funciones públicas.* Quiere esto decir que si en el trámite ordinario de una actuación administrativa se hace indispensable aportar un documento que tenga el carácter de reservado, la autoridad que lo posea no podrá negarse a la solicitud. De todas formas la autoridad receptora debe proporcionarle al documento la protección y reserva adecuadas dentro de la respectiva actuación. El artículo 27 de la Ley 1755 de 2015 así lo autoriza:

El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la

reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo...⁷⁷⁸.

884. En consideración a que la negativa a proporcionar información o documentos por su calificación de reservados es un instrumento excepcional, el legislador ha previsto que toda decisión al respecto debe ser expresa y motivada. El artículo 25 de la Ley 1755 de 2015 establece explícitamente que la administración solo podrá negar la consulta de determinados documentos, o la copia o fotocopia de los mismos, mediante la providencia motivadora que señale su carácter de reservado, indicando de manera exacta las disposiciones legales o constitucionales que le dan fundamento jurídico.

885. Si la administración niega y el solicitante considera infundadas las razones expresadas en el acto administrativo, en el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015 se prevé la intervención de los tribunales administrativos de departamento y de los jueces administrativos con el fin de que resuelvan el conflicto. Intervención que se realiza a través de un proceso sumarísimo especial, a iniciativa de la administración o de la persona supuestamente afectada con la decisión de la administración. Si bien es cierto que en ocasiones no es clara la iniciativa de la persona interesada ante el tribunal, de no aceptarse la posibilidad de que demande directamente resultaría la administración con poderes exorbitantes, lo que haría ineficaz el derecho de petición de documentos⁷⁷⁹.

886. El objeto de la demanda es que se decida si se acepta la petición formulada o si la misma es procedente parcialmente. El tribunal cuenta con diez días hábiles para decidir.

... Este término se interrumpirá en los siguientes casos: 1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente. 2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo...

887. Por último, el derecho de petición de información, documentación y datos, tiene un importante desarrollo de naturaleza especial en materia de *habeas data* en concordancia con lo dispuesto en los artículos 15 y 20 de la Constitución Política, que tiene su marco jurídico en la Ley estatutaria 1581 de 2012 y que se concretiza en los términos del artículo 1.º de esta ley, en el derecho que tienen

... todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política; así como el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la misma...⁷⁸⁰.

f. PETICIONES DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN ENTRE AUTORIDADES

888. De conformidad con el artículo 23 constitucional a todas las personas les asiste, sin distinción alguna, el derecho fundamental de petición ante las autoridades, razón elemental para pensar que las personas jurídicas de derecho público, en cuanto personas titulares de derechos, pueden hacer uso de este instrumento fundamental en todos los eventos y para todos los efectos en que el constituyente lo instituye, si con su ejercicio buscan y pretenden todo aquello que puede ser objeto de petición, incluso ante las demás autoridades, en especial para la protección de sus derechos subjetivos. En ese sentido,

no tenemos objeción alguna de la amplitud con que el constituyente dotó al derecho de petición en relación con todas las personas.

889. Ahora bien, en el artículo 30 de la Ley 1755 de 2015 se introduce una regulación parcial del derecho de petición de que son titulares las personas jurídicas de derecho público, en un aspecto concreto y específico relacionado con la obtención de información y documentación de otras autoridades. Al respecto determina que "... Cuando una autoridad formule una petición de información o de documentos a otra, esta deberá resolverla en un término no mayor de diez (10) días. En los demás casos, resolverá las solicitudes dentro de los plazos previstos en el artículo 14...", esto es, dentro de los quince días siguientes a su recepción. El incumplimiento de estas solicitudes no está exenta del régimen de responsabilidad por el incumplimiento y desconocimiento del derecho de petición⁷⁸¹.

g. PETICIÓN DE CONSULTA

890. El ordenamiento positivo incluye como otra modalidad del derecho de petición el formular consultas a las autoridades públicas. Este mecanismo didáctico de colaboración de las autoridades para con los particulares se diferencia radicalmente de las otras formas del derecho de petición⁷⁸². Mientras en los anteriores el objetivo es la formación de un acto administrativo o la obtención de una información, en el presente asunto la finalidad es la obtención de un concepto sobre la interpretación del ordenamiento jurídico.

891. Los conceptos no obligan a la administración, y los particulares están en libertad de aceptarlos o no en los términos que establece el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015. No son actos administrativos en la medida en que no adoptan decisiones ni están llamados a producir efectos jurídicos, salvo que la administración con posterioridad los convierta en obligatorios⁷⁸³. No siendo actos administrativos, frente a ellos resulta imposible ejercitar los recursos de vía gubernativa o las acciones contencioso administrativas. Sería absurdo pretender obligar a la administración a reconsiderar a través de uno de estos mecanismos una interpretación jurídica que no produce efectos jurídicos⁷⁸⁴. Las consultas podrán formularse de manera escrita o verbal y deberán tramitarse conforme los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad.

h. PETICIONES PRIORITARIAS Y PREFERENTES

892. El inciso 1.º del artículo 20 de la Ley 1755 de 2015, y con el propósito de hacer oportuna la presencia y decisión de las autoridades en casos en que se pueda prevenir o enervar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que razonablemente se advierta en relación con los derechos fundamentales del peticionario, la administración de manera razonada, motivada y proporcional, actuando bajo estándares de protección constitucional y convencional, podrá dar prioridad o preferencia a estas decisiones, adoptando de la manera más oportuna y conveniente la que mejor corresponda para evitar este tipo de perjuicios. Al respecto indica la disposición 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 del perjuicio invocado...⁷⁸⁵.

893. Tendrán también tratamiento prioritario o preferente las peticiones de los periodistas, esto para garantizar de manera oportuna su trabajo de control social y político, y sobre todo el libre ejercicio de sus actividades. Recordemos que a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la CADH⁷⁸⁶, en concordancia con los artículos 20 y 73 constitucionales, la prensa goza de amplias garantías para el ejercicio de su función la cual es vital para la vida democrática de cualquier sociedad y Estado. Al respecto, y para esos efectos, la parte final del inciso 2.º del artículo 20 de la ley en comento dispone que “... Si la petición la realiza un periodista, para el ejercicio de su actividad, se tramitará preferencialmente...”⁷⁸⁷.

I. PETICIONES CAUTELARES DE URGENCIA

894. Por su parte en el inciso 2.º del artículo 20 de la Ley 1755 de 2015, se determina 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 adoptará de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición...

De manera clara e inobjetable se instituye en esta disposición, por razones de interés general y de protección inmediata, oportuna y adecuada de los derechos humanos a la vida, salud y seguridad de las personas, una excepcional medida cautelar de carácter administrativo que tiene dentro de sus fundamentos indiscutibles deberes funcionales de protección y garantía de la administración en relación con los bienes de vida, salud e integridad, deberes tendientes a hacer materialmente eficaces los derechos humanos⁷⁸⁸.

895. Esta la razón por la cual los sustentos de este instrumento protector los encontramos en las normas y principios del orden convencional, artículos 1.º y 2.º de la CADH, que obliga a todas las autoridades a adoptar de manera pronta, adecuada y oportuna las medidas necesarias para la debida protección de los derechos humanos a que se refiere el artículo 1.º de la misma convención americana de DH⁷⁸⁹, en concordancia con el inciso 2.º de la artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, que determina los casos en los que no se requiere adelantar previamente una actuación administrativa para adoptar una decisión, hipótesis dentro de las cuales están de manera genérica aquellas referentes a la salubridad, la seguridad y demás relacionados sustancialmente con los bienes a que hace referencia el inciso 2.º del artículo 20 de la Ley 1755 de 2015^[790].

j. PRONTA RESOLUCIÓN DE LA PETICIÓN

896. En estricto sentido se trata de la adopción de una decisión, si la pretensión de la petición implica pronunciarse sobre una determinada situación jurídica. Sin embargo, desde la óptica de la teoría del derecho de petición constituye el elemento central del mismo, su finalidad concreta y específica. Conforme al artículo 23 constitucional, la petición debe ser resuelta⁷⁹¹ en el sentido que la administración considere y de manera pronta⁷⁹², esto es, dentro de los términos de ley⁷⁹³. De lo contrario se estaría desconociendo su alcance y contenido, burlando el mandato constitucional y en consecuencia un derecho fundamental⁷⁹⁴.

897. Desde ese punto de vista, el derecho de petición resulta eminentemente teleológico. Pretende un pronunciamiento específico de las autoridades respecto de la petición realizada por el interesado. Si

falta la resolución no se ha consolidado el derecho de petición. Al analizar este aspecto de la institución tanto La Corte Constitucional como el Consejo de Estado coinciden en que es lo fundamental de la misma. En diversas oportunidades la primera de las corporaciones ha manifestado que

El derecho de petición involucra no sólo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone además un resultado de ésta, que se manifiesta en la obtención de la pronta resolución. Sin este último elemento el derecho de petición no se realiza, pues es esencial al mismo. En el presente caso la pronta resolución no se ha manifestado y, por el contrario, se han dilatado los términos de decisión de manera ostensible, de lo que resulta el desconocimiento de un derecho fundamental...⁷⁹⁵.

898. Por su parte la resolución debe ser sustancial. En otras palabras, no se cumple con una simple respuesta. Se consolida con una resolución material de la solicitud sin importar, eso sí, el sentido de la misma. Ha querido el constituyente que no se altere el derecho fundamental de petición y los intereses de las personas pretendiendo cumplir en sentido meramente formal las peticiones formuladas. Con mucha facilidad esta norma fundamental sería objeto de burla si se aceptara cualquier tipo de respuesta. La Corte Constitucional al respecto ha indicado:

En lo pertinente, el artículo 23 de la actual Constitución consagra el derecho de petición en los mismos términos que venían de la anterior [...] [E]s de anotar que él consiste no simplemente en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades, sino de que haya una resolución del asunto solicitado, lo cual, si bien no implica que la decisión sea favorable, tampoco se satisface sin que se entre a tomar una posición de fondo, clara y precisa, por el competente...⁷⁹⁶.

899. El anterior planteamiento sustantivo contradice decisiones del Consejo de Estado que admitían eventualmente la estructuración de fondo de la resolución con la configuración del silencio administrativo negativo. Tesis que, dicho sea, no fue uniforme en el interior de la Sala Plena de la corporación. Así, la decisión mayoritaria del Consejo indicó que

La acción de tutela no puede prosperar por cuanto, de una parte, no es posible ordenar a la administración que tome una decisión que ya existe en virtud de la ley (silencio administrativo), y de otra, porque al existir esa decisión los interesados tienen otros recursos o medios de defensa...⁷⁹⁷.

900. La corporación considera que es suficiente con la estructuración de un acto ficto o presunto para el nacimiento de la decisión en el derecho de petición. Esta posición nos resulta desafortunada, en la medida en que el silencio es una simple y formal presunción, que en la realidad no lleva expreso pronunciamiento de la administración. Las tesis minoritarias de la corporación así lo dejan entrever.

El silencio administrativo, en verdad, no existe. Es una ficción que ha creado la ley en beneficio del administrado. Si el silencio administrativo negativo hace suponer que se emitió el acto, sólo para que el administrado pueda acudir a la jurisdicción, como se trata de proteger ahora un derecho fundamental –el de petición– no ve el suscrito cómo puede denegarse una tutela cuando el titular de ese derecho estima y demuestra que la autoridad del caso omitió su deber de responder oportunamente...⁷⁹⁸.

901. La Corte Constitucional es de tesis totalmente contraria a la dominante en el Consejo de Estado. Con fundamento en la teoría de la resolución sustancial, material o de fondo de toda petición, considera que en la configuración del silencio administrativo no existe una verdadera resolución. Todo lo

contrario, es una mera y formal respuesta presunta que no reúne las expectativas del artículo 23 constitucional. Al respecto en línea jurisprudencial reiterada sostiene que

... por esto puede decirse también que el derecho de petición que la Constitución consagra no queda satisfecho con el silencio administrativo-negativo que algunas normas disponen, pues esto es apenas un mecanismo que la ley se ingenia para que el adelantamiento de la actuación sea posible y no sea bloqueada por la administración [...] pero en forma alguna cumple con las exigencias constitucionales que se dejan expuestas y que responden a una necesidad material y sustantiva de resolución, y no a una consecuencia meramente formal y procedimental, así sea de tanta importancia...

Bajo esas circunstancias solo podría considerarse contestada la petición si ella verdaderamente aborda la totalidad del problema formulado⁷⁹⁹, sin importar el sentido que la administración le otorgue⁸⁰⁰. En providencia sobre la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria del derecho de petición reiteró los anteriores planteamientos,

... En consecuencia, cuando se configura la hipótesis del *silencio negativo* en los recursos ordinarios o extraordinarios se producirá la afectación al derecho de petición, evento en que la prueba de la vulneración será el propio acto ficto, de modo que el interesado podrá hacer uso de la acción de tutela para corregir dicha actuación inconstitucional...⁸⁰¹.

902. Por último, para que realmente se satisfaga materialmente el derecho de petición es indispensable que la decisión de la administración sea dada a conocer a través de los mecanismos establecidos legalmente a las personas interesadas⁸⁰².

k. ENTIDADES PÚBLICAS. ORGANIZACIONES E INSTITUCIONES PRIVADAS OBJETO DE LA PETICIÓN. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

903. Conforme la Constitución de 1991, pueden ser objeto del derecho de petición tanto las (i) autoridades públicas, sin distingo alguno, como (ii) las organizaciones privadas en los términos que disponga la ley⁸⁰³, al igual, por vía jurisprudencial, (iii) las organizaciones internacionales cuando se trate de proteger derechos fundamentales de las personas⁸⁰⁴.

904. En cuanto a las primeras, sin necesidad de norma que las defina, podemos entender todas aquellas que de manera principal o secundaria ejercitan funciones públicas o se ocupan de asuntos de esa naturaleza. A manera simplemente indicativa, en su artículo 2.º inciso 1.º la Ley 1437 de 2011 nos ofrece un listado de algunas de esas autoridades:

... todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas...

905. En relación con las segundas, se advierte que el artículo 23 constitucional deja abierta igualmente la posibilidad, para que el derecho de petición se ejercite frente a organizaciones privadas⁸⁰⁵, sin necesidad de que cumplan funciones públicas o administrativas⁸⁰⁶, tal como lo expresa igualmente la citada norma de la Ley 1755 de 2015. Se trata de una evidente amplificación del derecho de petición al mundo de la actividad privada, al cual tan solo era posible acceder, en otras épocas, por voluntad de los privados, o por orden judicial, y que bajo la Constitución de 1991 se garantiza plenamente por las

autoridades⁸⁰⁷, y debe ser cumplido y acatado plenamente por los particulares destinatarios del mismo⁸⁰⁸.

906. El artículo 32 de la Ley 1755 de 2015 desarrolla el mandato constitucional, circunscribiendo la posibilidad de su ejercicio de manera concreta a los siguientes asuntos: (i) la protección y garantía de los derechos fundamentales del peticionario, sea que este actúe en razón de sus derechos subjetivos individuales o se trate de un peticionario colectivo; (ii) el solicitante esté en situaciones de indefensión o subordinación, o la persona natural esté ejerciendo una función o posición dominante frente al peticionario, y (iii) cuando se trate de garantizar los derechos de los usuarios de servicios públicos⁸⁰⁹.

907. Podrán ser objeto del ejercicio del derecho de petición, entre otras, "... organizaciones privadas con o sin personería jurídica, tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes..." Salvo lo que disponga alguna norma legal especial, el trámite y resolución de esas peticiones estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el capítulo referido al procedimiento administrativo general, común y principal, y en virtud del principio de reserva constitucional o legal; la reserva que puedan oponer esas organizaciones a la información o documentación tan solo será la que permitan las disposiciones del ordenamiento jurídico, en este aspecto el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, que al respecto determina como reservados.

... 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica...; 5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008; 6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos; 7. Los amparados por el secreto profesional; 8. Los datos genéticos humanos...

Los cuales, consideramos, serían de aplicación al derecho de petición ante entidades privadas⁸¹⁰.

908. Salvo lo que disponga alguna norma legal especial, el trámite y resolución de esas peticiones estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el Capítulo I del Título II de la Ley 1755 de 2015, o sea, que se apliquen a los derechos de petición ante particulares los términos, las normas sobre petición incompleta, los conflictos de competencia y el desistimiento, entre otras reglas⁸¹¹.

909. Las peticiones ante las empresas o personas que administran archivos y bases de datos de carácter financiero, crediticio, comercial, de servicios y las provenientes de terceros países se regirán por lo dispuesto en la Ley Estatutaria del *habeas data*⁸¹².

910. La anterior preceptiva se complementa con los contenidos del artículo 33 de la misma ley que regula el derecho de petición de los usuarios ante instituciones privadas como i) las Cajas de Compensación Familiar, ii) las instituciones del sistema de seguridad social integral, iii) las entidades que conforman el sistema financiero y bursátil, y iv) las empresas que prestan servicios públicos y servicios públicos domiciliarios.

... Se trata de la reglamentación del derecho de petición entre prestador y usuario, de la cual se desprende una relación de sujeción en la que se podría dar una posición dominante por parte del ente prestador del servicio, cuestión esta que constituye el elemento distintivo frente a las regulaciones anteriores...⁸¹³.

Hipótesis estas a las que el legislador remite para su ejercicio, y en lo que resulte pertinente las reglas atinentes al derecho de petición ante autoridades, así como sus reglas especiales contenidas en los

Capítulos I y II de Ley 1755 de 2015.

911. Por último, la tercera de las hipótesis permitidas en el ordenamiento jurídico es la del ejercicio del derecho de petición frente a organizaciones internacionales, hipótesis especial, en nuestra opinión fundada en el ejercicio del margen nacional de apreciación, esto, porque de todas maneras la hipótesis implica, quiérase o no, entrometerse por vía de decisiones judiciales nacionales en un ámbito estricto de derecho internacional. El argumento jurisprudencial para la aceptación de esta modalidad de derecho de petición es su carácter absolutamente excepcional, por lo tanto especial, en cuanto que implica una restricción a la inmunidad jurisdiccional que por vía de instrumentos internacionales tienen esas entidades. Se trata por lo tanto de una tesis de derecho interno que se sobrepone a lo pactado internacionalmente por Colombia, poniendo en tela de juicio los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (*pacta sunt servanda* y no invocación del derecho interno).

912. La tesis jurisprudencial de la Corte Constitucional para estos efectos se deriva de la protección a los derechos fundamentales de las personas relacionadas de alguna manera con esas entidades internacionales.

... La obligación de responder el derecho de petición surge del principio de inmunidad de jurisdicción restringida, el cual advierte que esa prerrogativa no puede ser excusa para afectar derechos fundamentales de las personas, dado que ello no se compadece con la independencia y neutralidad de las labores que desarrolla el sujeto de derecho internacional correspondiente [...] Así, tales organismos deben observar el núcleo esencial del derecho de petición cuando se configuran los siguientes supuestos: “(i) Cuando la respuesta a la petición no amenace la soberanía, independencia e igualdad de los Estados; y en el caso de los organismos y agencias internacionales, no ponga en riesgo la autonomía que necesitan para el cumplimiento de su mandato; (ii) Cuando de la respuesta a la petición dependa la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social de quien tenga una relación de subordinación respecto de la misión diplomática o el organismo internacional y, (iii) Cuando de la respuesta a la petición presentada dependa la protección de derechos laborales y prestacionales de connacionales y residentes permanentes del territorio nacional”⁸¹⁴.

1. PETICIONES INCOMPLETAS. PRINCIPIO DE INSISTENCIA. SOLICITUD DE DOCUMENTOS ADICIONALES. DESISTIMIENTO TÁCITO. REGLAS

913. El ejercicio del derecho de petición implica por su misma naturaleza, en especial cuando se trata de asuntos referentes a pronunciamientos de la administración en relación con derechos subjetivos, sean estos individuales o colectivos, el aporte de la documentación e información necesaria para lograr un pronunciamiento sustancial de la administración en relación con los mismos. La regla general es que toda petición se presente y radique de manera completa. Sin embargo, el legislador prevé hipótesis de excepción, esto es, casos en los cuales las peticiones no estén debidamente soportadas con la información o documentación requerida por el legislador o que por la naturaleza del asunto inevitablemente se deban proporcionar a las autoridades para facilitar su trabajo decisorio en relación con lo pedido, por así preverlo el legislador.

914. De una lectura de contexto de la Ley 1755 de 2015 se pueden diferenciar tres reglas básicas con el objeto de garantizar el debido proceso administrativo en casos de peticiones incompletas: (i) regla del requerimiento al momento de la radicación y su modulación con fundamento en el principio de insistencia del peticionario; (ii) regla de la solicitud perentoria de documentos adicionales modulada

con la sanción del desistimiento tácito, y (ii) regla del ejercicio de la actividad probatorio oficiosa por las autoridades. Veamos cada una de ellas:

915. La primera regla, establecida en los incisos 2.º y 3.º del artículo 15 de la Ley 1755 de 2015, nos remite al momento procesal de la radicación de la petición, en el cual la autoridad competente debe indicar al peticionario los datos que faltan. De conformidad con nuestra estructura legal, la única competencia de la autoridad bajo esas circunstancias es la de advertir la carencia de la información o documentación que el legislador establezca como necesaria. No puede oponerse a la radicación de la petición por cuanto estaría afectando un derecho constitucional fundamental. Tan cierto es ello que el legislador modula esta regla con el principio de insistencia del peticionario, según el cual, "... Si este insiste en que se radique, así se hará dejando constancia de los requisitos o documentos faltantes..."; el Código también le brinda al interesado la oportunidad para que se aparte de las observaciones previas de las autoridades e insista en que su petición se radique, esto para protegerlo, por ejemplo, de posibles caducidades o prescripciones que puedan hacer nugatorios sus derechos.

916. La segunda regla se refiere a la solicitud perentoria de documentos adicionales o faltantes. Al respecto basta recordar que una fuente importante de documentos y de información para el expediente proviene del peticionario mismo, a partir de los anexos con que acompañe sus pretensiones administrativas y los cuales se suponen suficientes, adecuados y pertinentes para que la administración adopte la decisión que corresponde; no obstante, en virtud de los principios de eficacia y celeridad, a la administración le recae la obligación de evaluación previa con el propósito de medir su pertinencia y suficiencia. De encontrar alguna irregularidad o ausencia en los anexos documentales o en la información suministrada, el deber del conductor del proceso es advertir al interesado de esa situación, con el fin de que adopte los correctivos necesarios.

917. Bajo tales circunstancias opera la segunda de las reglas expuestas, de conformidad con lo establecido en el inciso 1.º del artículo 17 de la Ley 1755 de 2015, según el cual,

... En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes...

El término para resolver se reactiva al día siguiente del aporte documental o de la información requerida.

918. De no aportarse o no haber mediado solicitud de ampliación de términos para el cumplimiento de lo solicitado ocurrirá el fenómeno del desistimiento tácito, especie de presunción legal, según la cual, se entiende que el peticionario ha desistido de lo peticionado, por lo que el expediente correspondiente se archivará mediante orden administrativa que deberá estar contenida en un acto administrativo o trámite de carácter especial, a través del cual se pone fin a la actuación administrativa, razón elemental por la cual el legislador está exigiendo que deba ser debidamente motivado y objeto de impugnación a través del recurso de reposición que, además, para mayor seguridad y evitar actos arbitrarios de la administración, debe ser notificado personalmente.

919. De todas formas, de ocurrir el desistimiento tácito el interesado podrá presentar nuevamente su solicitud, en cuanto que el mismo no enerva los precisos mandatos de los artículos 23 y 74 constitucionales, configurando ante todo una mera situación procesal de orden que no tiene la virtualidad de disminuir el alcance material de un derecho fundamental como el de petición.

920. La tercera regla determina que si subsisten inconsistencias documentales o de información la autoridad competente debe necesariamente ejercer sus competencias oficiosas en materia probatoria en la actuación administrativa. El principio dominante es la integración sustancial del proceso para imprimirle trámite adecuado y completo, lo que implica traer al expediente todas las pruebas necesarias para garantizar un fallo de fondo, razón que se reitera en la parte final del inciso 1.º del artículo 19 de la Ley 1577 de 2015 al ordenar de manera perentoria que “... En ningún caso se devolverán peticiones que se consideren inadecuadas o incompletas...”; para esos efectos se debe acudir a la carga de la administración de hacer eficaz el proceso, solicitando todo aquello que sea necesario para proferir fallos de fondo y no trasladando al usuario sus deberes funcionales. En el proceso administrativo se podrán pedir y decretar pruebas, y allegar toda clase de informaciones de oficio o a petición del interesado.

921. Lo anterior guarda relación con el principio de celeridad de las actuaciones administrativas, que según el artículo 3.º de la Ley 1437 de 2011 vincula a las autoridades al impulso oficioso de los procedimientos administrativos, por lo que bien puede la administración decretar las pruebas que considere para allegar la información o documentación faltante dentro del proceso correspondiente. E igualmente, el peticionario que considere imposible tener acceso directo a la información o documentación puede legalmente solicitarle al conductor del proceso que la decrete y la solicite a la autoridad que la posea o retenga.

m. DESISTIMIENTO EXPRESO DE LAS PETICIONES

922. De las peticiones debidamente radicadas ante las autoridades es posible desistir. Cuando el ejercicio del derecho de petición involucra pedidos en relación con derechos subjetivos o asuntos de libre disposición del interesado, es ante todo un acto voluntario del interesado. Este el motivo por el cual en el artículo 18 de la Ley 1577 de 2015 se incorporó la figura del desistimiento expreso de la petición. Al respecto se indica que en ejercicio de este derecho fundamental, “Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones...”.

923. Ahora bien, tal como se dejó en claro a propósito del desistimiento tácito, este tipo de medidas procesales no tiene por qué limitar o restringir el libre ejercicio del derecho de petición, incluso si el desistimiento es expreso; en este último caso, así el acto sea voluntario, no puede hacer nugatorio el alcance de ese derecho fundamental, lo cual el legislador lo ha dejado claro en la norma en comento al disponer que “... sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales...”.

924. Si el desistimiento expreso versa sobre derechos subjetivos, pero la administración deduce del texto de la petición o de otros elementos que el asunto puede tener incidencia en los intereses públicos, por ejemplo, en la medida en que se refiere a derechos colectivos u otros que al pronunciarse puedan generar consecuencias generales y no exclusivamente particulares, podría hacer caso omiso del desistimiento y proceder a adelantar la actuación hasta el final. Se trata de una clara facultad discrecional con que el legislador habilita a la administración para esos efectos, por lo tanto motivada y sujeta a criterios de proporcionalidad y coherencia con los presupuestos normativos de la habilitación, como es, a la luz de nuestro ordenamiento, el ejercicio de cualquier facultad discrecional. Se indica en la disposición analizada que “... las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria por razones de interés público; en tal caso expedirán resolución motivada...”.

925. No obstante la claridad del mandato legal, consideramos innecesario expedir un acto administrativo cuando simplemente se trate de dar trámite a peticiones que materialmente no se refieren a derechos subjetivos del peticionario, como es el caso de la formulación de una denuncia o queja, las cuales, a la luz del inciso 2.º del artículo 13 de la Ley 1577 de 2015, son consideradas como derechos de petición, en cuanto se trata de especiales modalidades de petición que se hacen por razones de interés general, y cuyo trámite no está a disposición del peticionario debido a su naturaleza, sino que, por el contrario, conllevan la carga y obligación de actuar e impulsar la investigación que se derive de ellas de manera oficiosa. En esos casos la actuación del peticionario se agota prácticamente con poner en conocimiento de las autoridades la denuncia o queja, salvo que el legislador se otorgue algún tipo de facultad adicional en razón de la misma.

n. DOCUMENTOS, INFORMACIÓN O REQUISITOS QUE REPOSEN EN LOS ARCHIVOS DE LA ENTIDAD

926. En virtud de los principios de economía y eficacia, las autoridades no podrán exigirle al peticionario el aporte de documentos o informaciones que reposen en sus archivos, independientemente de las razones por las cuales los posean. La Ley 1473 de 2011 consagró en su numeral 4, dentro de las prohibiciones a las autoridades, precisamente “exigir constancias, certificaciones o documentos que reposen en la respectiva entidad”. Los funcionarios en consecuencia, no podrán exigir a los particulares constancias, certificaciones o documentos que ellos mismos tengan, o que puedan conseguir en los archivos de la respectiva entidad.

927. En similar dirección, el artículo 14 del Decreto 2150 de 1995, modificado por el artículo 11 de la Ley 962 de 2005, postula, para la economía procesal y para la protección del usuario de los servicios estatales, la no necesaria acreditación de lo acreditado, o el cumplimiento de lo cumplido, a que muchas dependencias acudan en detrimento de las finalidades de los procedimientos y actuaciones administrativas.

928. Esas reglas de convivencia entre administración y ciudadano que, como se observa, pretenden ante todo frenar la arbitrariedad y lo absurdo del comportamiento público, muchas veces por ignorancia y falta de formación, son aplicables sin distinción a todos los procedimientos administrativos, sean generales o especiales, tendientes a la adopción de decisiones unilaterales.

o. FALTAS DISCIPLINARIAS POR DESATENCIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN

929. En los términos del artículo 31 de la Ley 1577 de 2015 se instituye una serie de infracciones a deberes funcionales que podrían dar lugar a la violación de los perentorios mandatos constitucionales o legales sobre derecho de petición, entre ellas: (i) las relacionadas con el derecho fundamental de petición, falta de atención a las peticiones e incumplimiento de los términos para resolver; (ii) las relacionadas con la violación al régimen legal de prohibiciones; (iii) el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta parte primera del Código (Ley 1437 de 2011)⁸¹⁵.

930. De llegarse a configurar alguna de esas conductas, y estar debidamente acreditadas en el correspondiente proceso disciplinario, constituirán falta (gravísima)⁸¹⁶ para el servidor público, y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con el régimen disciplinario.

931. Se trata de una disposición de remisión al régimen disciplinario aplicable al servidor público con responsabilidades relacionadas con el derecho de petición. No comprende a las entidades privadas

cuando deban atender y tramitar el derecho de petición en los términos indicados y analizados de la Ley 1577 de 2015, salvo que se trate de particulares que ejerzan funciones públicas.

2. CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN O DEBER LEGAL

932. Contrario a lo expuesto en relación con las actuaciones administrativas iniciadas en ejercicio del derecho de petición, eventos en los cuales la iniciación depende directamente de la manifestación de la voluntad del peticionario, en el caso presente, y en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 4.º de la Ley 1437 de 2011, las personas también podrán acudir ante las autoridades en cumplimiento de una obligación o mandato legal que le impone el deber de presentar una solicitud, una declaración tributaria o de otra clase, o una liquidación privada, o el realizar cualquier otro acto para iniciar una actuación administrativa.

933. El escrito con que se ha de iniciar esta clase de actuaciones es de obligatorio recibo por las autoridades, las cuales, así mismo, están en la obligación de advertir al interesado las omisiones que tenga con el fin de que las subsane dentro de los términos indicados en las normas especiales que rijan ese tipo de actuaciones, o en subsidio los de la Ley 1577 de 2015. En nuestra opinión opera plenamente el principio de complementariedad del artículo 2.º de esta ley en relación con la modalidad de inicio de actuación administrativa que en la mayoría de los casos tiene reglamentación en leyes especiales. Lo indicado en este inciso no constituye una barrera normativa para que otras disposiciones de las actuaciones administrativas sean igualmente de aplicación en tales procedimientos. De no aceptarse esta interpretación, se cometería el error de garantizar indebidamente la totalidad de aspectos del debido proceso en la actuación administrativa.

934. Tratándose del cumplimiento de un deber legal, las autoridades podrán exigir, en forma general, que ciertas actuaciones se presenten por escrito, para lo cual podrán elaborar formularios con el fin de que los diligencien los interesados, en todo lo que les sea aplicable, y añadan las informaciones o aclaraciones pertinentes. Se debe advertir que de todas formas la estructuración de la actuación a seguir en esos casos depende fundamentalmente de las normas especiales que se expidan en materia tributaria.

935. En aquellos casos en que las autoridades sean renuentes a aceptar la documentación presentada, el interesado, en los términos del artículo 23 de la Ley 1577 de 2015, la remitirá al funcionario competente del ministerio público y realizará ante él los actos necesarios para cumplir con su deber. El funcionario del ministerio público ordenará, si lo estima, iniciar el trámite legal. En el cumplimiento de un deber legal, el ordenamiento es el que prevé las oportunidades en las que ha de darse inicio a una actuación administrativa.

3. INICIACIÓN DE OFICIO

936. De conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 4.º de la Ley 1437 de 2011, y en concordancia con el inciso 2.º del artículo 35 de la misma ley, las actuaciones administrativas podrán iniciarse de oficio. Se presenta la iniciación oficiosa de una actuación administrativa en todos aquellos eventos en que por la sola voluntad de la administración se da inicio al procedimiento administrativo. Esa actitud de la administración depende del incentivo que obtenga de elementos externos o internos y que la lleven al convencimiento de que es necesaria una decisión de su competencia para resolver algún conflicto, sancionar alguna infracción o adoptar cualquiera otra medida con efectos jurídicos. La

voluntad del administrado no es decisiva para el inicio de una actuación oficiosa, aunque sí puede ser tenida como antecedente.

937. En los términos del inciso 2.º del artículo 35 ya indicado, son tres las exigencias legales para la procedencia de la iniciación oficiosa de una actuación administrativa: (i) tan solo podrán iniciarse las actuaciones administrativas en forma escritural, (ii) si se hace por medio electrónico, tan solo podrá hacerse en los casos autorizados en la ley, y (iii) le asiste el deber funcional de información del inicio de la actuación oficiosa en relación con todas aquellas personas que puedan resultar afectadas con las resultas de la misma. La principal obligación que emana para la administración que inicia oficiosamente una actuación administrativa es comunicar su existencia, de manera oportuna, con el propósito de que se garantice el debido proceso, el derecho de defensa y la contradicción, evitando el adelantamiento de procedimientos oscuros o a espaldas de los interesados.

938. En un análisis de contexto de la iniciación oficiosa dentro del marco de la Ley 1437 de 2011, las actuaciones deben respetar la totalidad de las reglas indicadas a propósito de las actuaciones administrativas, fundamentalmente aquellas que hacen referencia al debido proceso administrativo, y no exclusivamente los artículos relacionados con la intervención de terceros, el régimen probatorio o la adopción de decisiones, sino la totalidad de normas aplicables a las actuaciones administrativas.

939. La iniciación oficiosa es simplemente otra de las fuentes de las actuaciones administrativas, razón por la cual está sujeta a las demás reglas del procedimiento administrativo común y principal de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, es necesario recalcar que el legislador no estableció un término de duración para las actuaciones iniciadas de oficio, razón por la cual no están sujetas a los preceptos del artículo 83 de dicha ley sobre silencio administrativo. Consideramos que una de las cargas de la administración para solucionar esa carencia al iniciar de oficio una actuación administrativa será determinar el término prudencial dentro del cual se decidirá la situación jurídica de los sujetos pasivos y los derechos involucrados en ella.

4. INICIACIÓN EN CUMPLIMIENTO DE UNA DECISIÓN JUDICIAL

940. La iniciación de una actuación administrativa puede también corresponder a una orden impartida por una autoridad judicial, ante lo cual consideramos que la relación de fuentes de las actuaciones administrativas efectuada en el artículo 4.º de la Ley 1437 de 2011 se acrecienta por vía de interpretación de los artículos 86 y siguientes constitucionales, que establecen mecanismos garantísticos de protección de los derechos fundamentales, y a partir de los cuales las autoridades judiciales obtienen competencias y poderes de dirección y decisión esenciales para hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas en el territorio nacional.

941. A través del ejercicio de las acciones de tutela, popular o de cumplimiento, el juez puede impartir órdenes a las autoridades de todos los niveles con el propósito de iniciar una actuación administrativa o adoptar una determinada decisión en procura de proteger ese tipo de derechos. El asunto resulta de suprema claridad en cuanto a la dinámica adquirida por la acción de tutela, por ejemplo, frente al derecho de petición, en donde los jueces de la República se han visto obligados a adoptar esas órdenes ante el desconocimiento del núcleo esencial de este derecho constitucional. En el caso de las acciones populares, la amplitud y discrecionalidad del juez para proteger los intereses generales sin duda lo habilitan para ordenar el inicio de una actuación administrativa cuando así se requiera para los propósitos de esa acción constitucional.

IV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PRINCIPAL EN LA LEY 1437 DE 2011

942. La incorporación en el Código Contencioso Administrativo de un procedimiento en estricto sentido administrativo y de carácter general, obedeció a elementales razones de legalidad y seguridad jurídica frente a una administración cada vez más poderosa y orientada por senderos de arbitrariedad en sus relaciones jurídico administrativas. La parte primera del Decreto 01 de 1984 vino a llenar el vacío existente en la legislación anterior –Decreto ley 2733 de 1959– en materia de actuación administrativa, no solo cuando ellas eran el producto del ejercicio del derecho de petición de un particular sino también en cumplimiento de un deber legal o, como sucede en la gran mayoría de los casos, de oficio. En nuestro concepto las normas contenidas en los títulos de la primera parte del Decreto 01 de 1984 eran esencialmente generales y aplicables con dicho carácter a todo proceso formativo de un acto, sin importar cuál fuera el origen del mismo: una petición, el cumplimiento de un deber legal o uno de oficio, aspectos estos que se observan preservados en su naturaleza y sustancia por las leyes 1437 de 2011 y 1755 de 2015.

943. Los motivos que llevaron al legislador en 1984 a estructurar un procedimiento de carácter general se ubican básicamente en el vacío evidente de esta clase de reglamentación que hacía dificultosa en muchos casos la marcha de la administración pública. Ante esa ausencia se hizo imperiosa la búsqueda de un procedimiento de carácter general que reglara la actividad de la administración, y que fundamentalmente le señalara el camino para expedir cualquier clase de decisión. Las normas de procedimiento administrativo contenidas en el Decreto 01 de 1984 estuvieron vigentes hasta el 1.º de julio de 2012, esto en virtud de que la Ley 1437 de 2011 derogó aquellas disposiciones y expidió con vigencia a partir del 2 de julio de 2011 un nuevo código de procedimientos administrativos y contencioso administrativo, modificado en sus componentes relativos al derecho de petición por la Ley estatutaria 1755 de 2015.

944. En la nueva legislación se regula el procedimiento administrativo común y principal, que configura a todas luces en el derecho colombiano la regla general de procedimientos administrativos, o procedimiento administrativo general aplicable a toda hipótesis en la cual no exista procedimiento administrativo especial. Establece la disposición que las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de la parte primera del código, esto es, se instituye el principio de subsidiariedad y complementariedad en relación con los procedimientos especiales⁸¹⁷.

Las etapas y vicisitudes propias del trámite del procedimiento administrativo común y principal en la Ley 1437 es el que se explica a continuación.

A. INICIO DE LA ACTUACIÓN, TRÁMITE Y FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

945. Estudiadas las fuentes de las actuaciones administrativas a la luz de las leyes 1437 de 2011 y 1755 de 2015, corresponde abordar el trámite propiamente de las actuaciones correspondientes y la plenitud de sus vicisitudes. Esta etapa, que hemos denominado del trámite y formación del expediente, varía de acuerdo con la fuente que activa la actuación. El legislador ha establecido para los diferentes eventos de iniciación del proceso administrativo características diversas. Sin embargo, teniendo en cuenta que las normas del procedimiento administrativo común y principal, se aplican indistintamente a todas las

actuaciones que carezcan de procedimiento especial, abordaremos cada una de las situaciones procesales correspondientes a la luz de lo normado para ese procedimiento general⁸¹⁸.

1. TRÁMITE DE LA ACTUACIÓN

946. El artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 determina los ritos y reglas para el adelantamiento del trámite del procedimiento administrativo común y principal una vez haya sido activado por una persona, un colectivo, o la misma administración oficiosamente por alguna de las fuentes de las actuaciones administrativas establecidas en el artículo 4.º de la misma ley. Para el efecto establece tres modalidades de trámite para el proceso: (i) escritural; (ii) verbales mediante la modalidad de audiencias, y (iii) electrónico, en ejercicio del derecho reconocido a toda persona para actuar por medios electrónicos ante las autoridades⁸¹⁹, mediante la utilización de los diferentes instrumentos tecnológicos que le permitan hacer uso de la red.

a. PROCESO ESCRITURAL

947. El escritural o modelo clásico de tramitación de los procesos administrativos, deviene del más tradicional y antiguo de los modelos de adelantamientos de proceso, no solo administrativos, sino también judiciales. Podríamos calificarlo de milenario, pero aún subsistente a pesar de los adelantos de la ciencia y la tecnología, y de todos sus problemas y vicios y, sobre todo, de sus permanentes conflictos con la seguridad jurídica, la inmediación y el acceso directo a la administración que la democracia participativa exige conforme a los principios expuestos en la primera parte de este capítulo. En esa modalidad los trámites administrativos se concretan en la expedición de autos y fallos escritos, y de audiencia y controversia solo a través de la utilización de medios escritos, con el apoyo excepcional de instrumentos electrónicos y de ayudas tecnológicas en los términos y eventos permitidos por las normas de procedimiento y la legalidad probatoria.

b. PROCESO VERBAL

948. Los proceso verbales, de más reciente aparición en el ámbito del derecho procesal, se caracterizan por su adelantamiento en audiencia, con la participación activa y plena de todos los sujetos procesales, y en la cual el funcionario competente imparte las órdenes de trámite, los pronunciamientos interlocutorios y las demás decisiones a que hubiere lugar, al igual que el fallo correspondiente, verbalmente, utilizando mecanismos e instrumentos tecnológicos para el archivo de las actuaciones (grabaciones, discos, cintas, videos, etc.). Cuando las autoridades procedan de oficio, los procedimientos administrativos únicamente podrán iniciarse mediante escrito, salvo las excepciones legales que permitan adelantar procedimientos por vía electrónica.

949. El acto de escuchar a las partes en audiencia se ajusta el principio de tutela judicial efectiva⁸²⁰, ya que constituye una oportunidad para que el funcionario administrativo comprenda las posiciones jurídicas de cada una de las partes; la inmediación garantiza el ejercicio imparcial⁸²¹ de la administración, y el principio de igualdad sustancial y procesal de las partes, dado que los involucrados en el litigio tendrán oportunidad de exponer oralmente, pero de manera directa ante el funcionario, las razones de derecho y fácticas que sirven de sustento a sus posiciones jurídicas, y les impone el ejercicio de las cargas de la argumentación a cada uno de ellos; por último, la convocatoria a esta

audiencia deviene en útil, también, por el hecho de que a través de ella se permite a todos los intervinientes en el proceso dilucidar cuestiones técnicas o jurídicas especializadas.

950. Se trata, pues, de cumplir con los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1.º, 2.º, 29 y 229, así como aquellos convencionales establecidos en los artículos 8.1^[822] y 25^[823] de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el artículo 14^[824] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸²⁵.

c. PROCESO ELECTRÓNICO

951. El proceso administrativo será electrónico cuando se garantice plenamente el derecho de toda persona a la utilización de los diferentes instrumentos tecnológicos que permitan el acceso pleno y el uso de la red⁸²⁶. El régimen jurídico de esta modalidad de adelantamiento del proceso administrativo está determinado mediante la integración de las disposiciones especiales sobre la materia establecidas en las leyes 1437 de 2011, 962 de 2005, y las normas generales de la Ley 1341 de 2009. Pero de manera principal con la Ley 527 de 1999, sobre el documento electrónico, al igual que los decretos reglamentarios de esas leyes, las disposiciones de organismos internacionales relacionadas con la transmisión y recepción de datos, y las normas y principios de carácter convencional⁸²⁷.

952. Dada la complejidad de los avances tecnológicos y sus costos para el común de la población, el proceso electrónico tan solo es posible de manera amplia y material en la medida en que se garantice un acceso universal, igualitario y gratuito al conjunto de los asociados a los medios electrónicos, y las administraciones cuenten igualmente con todos los instrumentos y medios que la tecnología permite para la prestación de ese servicio⁸²⁸; mientras eso no se logre, los procedimientos administrativos tendrán que garantizarse a través de otros procedimientos, de otras alternativas procedimentales de mayor penetración que avalen la esencia democrática y participativa efectiva en las relaciones entre las autoridades y las personas. Básicamente los procedimientos seguirán siendo escriturales o verbales⁸²⁹.

953. Lo anterior, salvo que el asociado manifieste su deseo de que las relaciones procedimentales con la administración se hagan por medios electrónicos en cuanto se considere plenamente habilitado en conocimientos y tecnología para ejercer a través de ese medio integralmente su derecho y que la administración tenga los instrumentos técnicos y tecnológicos para cumplir plenamente con las finalidades y propósitos del procedimiento electrónico en los términos del artículo 60 de la Ley 1437 de 2011 (sede electrónica)⁸³⁰. En esos casos deberán manifestarlo a las autoridades competentes, "... caso en el cual deberá registrar su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin..."⁸³¹. El registro permitirá identificar y autenticar, en nuestra opinión de manera precaria, y con fundamento en el principio constitucional de la buena fe objetiva, que el correo electrónico corresponde a quien manifiesta ser su titular, facilitando el cumplimiento de los deberes funcionales de la administración dentro del procedimiento administrativo electrónico.

954. La exigencia de registro no es procedente para el ejercicio de los derechos derivados de los artículos 20 y 74 constitucionales de información, documentación y datos; en esos eventos, si el ejercicio del derecho se efectúa por algún medio electrónico, las autoridades lo responderán y cumplirán por el mismo, sin requisitos o exigencias adicionales. La exigencia de registro en esos casos podría ser considerada como una limitación del legislador a la libertad de acceso a la información, tal como ha sido estructurada convencional y constitucionalmente⁸³².

955. Manifestada la intención de utilización del medio electrónico, y efectuado el registro que dispone el artículo 54 de la Ley 1437 de 2011, "... las autoridades continuarán la actuación por este

medio, a menos que el interesado solicite recibir notificaciones o comunicaciones por otro medio diferente...”⁸³³. Bajo esas circunstancias el proceso será plenamente electrónico, inclusive por regla general las notificaciones se harán por ese medio, siendo en consecuencia plenamente válida toda actuación que se surta, obviamente siempre que esté acorde con el ordenamiento jurídico.

956. El medio electrónico no exime a las partes procesales del cumplimiento estricto de los términos legalmente establecidos. En este caso las actuaciones se entenderán hechas en término siempre que hubiesen sido registradas hasta antes de las doce de la noche del día que de acuerdo con las normas legales debe hacerse o cumplirse con la actuación o la carga procesal, y se radicarán el siguiente día hábil⁸³⁴.

957. Las notificaciones podrán efectuarse a través de ese medio siempre que, como se advirtió, el administrado lo haya aceptado de manera expresa. No obstante, tratándose del ejercicio de un simple derecho, el de tramitar la actuación por medio electrónico, el legislador prevé la posibilidad de que la persona interesada renuncie a la notificación por ese medio y acuda a los mecanismos ordinarios de notificación que establece la ley en el capítulo quinto del título⁸³⁵.

958. La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración a través de los protocolos que la tecnología proporcione para saber con certeza cuándo ocurrió el acceso real y efectivo al documento que se pretende notificar⁸³⁶.

959. La recepción y envío de los documentos electrónicos deben cumplir con los estándares y protocolos establecidos en las disposiciones convencionales y en la Ley 527 de 1999, y adicionalmente en las disposiciones y cargas especiales establecidas en los artículos 61 y 62 de la Ley 1437 de 2011, que se explican ampliamente en el capítulo primero de la parte especial de esta obra.

960. Conforme se explicó, cuando las autoridades procedan de oficio, podrán acudir de manera excepcional a los procedimientos electrónicos solo en los eventos en que el código o la ley lo permitan de manera expresa y los interesados hubieren dado su beneplácito para utilizar ese medio.

2. SESIONES VIRTUALES

961. El cumplimiento de otras funciones públicas, no necesariamente referidas a procedimientos administrativos, puede hacerse a través de los medios electrónicos y tecnológicos. El progreso y la técnica no pueden oponerse a esa realidad, tal como se explica de manera amplia y extensa en el capítulo primero de la segunda parte de esta obra. En ese sentido juega un papel importante en la habilitación para estos efectos a las autoridades administrativas, no solo la Ley 527 de 1999, sino también, de manera primordial, la Ley 1341 de 2009. De manera concreta la Ley 1437 de 2011 autoriza el cumplimiento de ciertas actividades administrativas por medios electrónicos, sin que esto desvirtúe el ejercicio de otras con fundamento en las leyes indicadas. Al respecto indica que

... Los comités, consejos, juntas y demás organismos colegiados en la organización interna de las autoridades, podrán deliberar, votar y decidir en conferencia virtual, utilizando los medios electrónicos idóneos y dejando constancia de lo actuado por ese mismo medio con los atributos de seguridad necesarios...⁸³⁷.

3. AUDIENCIAS

962. Ahora bien, independientemente de los trámites procesales verbales, en la modalidad de audiencias, en donde se acude a este mecanismo procesal para adoptar decisiones de contenido individual, tal como se explicó en el numeral anterior, las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias para estos otros objetos: (i) en el curso de las actuaciones (escriturales, verbales o electrónicas, en este último caso podría incluso ser electrónica la audiencia, nada lo impide y está dentro las finalidades del proceso electrónico cumpliendo los protocolos respectivos y exigencias de la ley) con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones⁸³⁸, y (ii) con el propósito y finalidad de afianzar el sistema democrático participativo en las actuaciones administrativas, para lo cual, en los términos y condiciones de los artículos 32 y 33 de la Ley 489 de 1998, podrá convocar audiencias públicas⁸³⁹. De toda audiencia se dejará constancia de lo acontecido en ella.

4. FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE Y ACUMULACIÓN

963. Conforme lo expuesto en el artículo 36 de la Ley 1437 de 2011, cualquier actuación que inicie la administración implica la formación de un expediente administrativo que debe contener la totalidad de actuaciones, diligencias y actos que se expidan en el transcurso de la misma. Se trata de un sistema de seguridad formal que por simples razones de economía y eficacia debe ser respetado si se pretende que la administración tenga una visión global e inmediata de toda la historia de la respectiva actuación.

964. La formación del expediente guarda relación con los principios de transparencia, buena fe, orden, buena administración y seguridad jurídica que dominan las relaciones de la administración con los sujetos objeto de sus actuaciones. Bajo esas consideraciones, el expediente es el conjunto ordenado de pruebas, documentos, autos o actos de trámite o preparatorios, alegaciones, decisiones, recursos que anteceden y sustentan los actos administrativos o decisiones finales de la administración.

965. La formación del expediente se sustenta, igualmente, en los principios de unidad procesal, que tiene como propósito indudable el de evitar dualidad de pronunciamiento sobre un mismo objeto, y de economía procesal, y que se resume en ganancia de tiempo y recursos para las partes procesales. En cumplimiento de esos postulados, y como un desarrollo de la formación del expediente, el legislador estableció la figura de la acumulación de expedientes⁸⁴⁰, la cual tiene por finalidad unificar la documentación, la información, los autos y expedientes que tiendan a producir actos con los mismos efectos, evitándose de esta manera la expedición de decisiones contradictorias.

966. La acumulación puede ser de oficio o a solicitud de la persona interesada. Puede hacerse en los procesos escriturales a través de acumulación manual de documentos escritos y demás elementos que sean allegados al expediente. En los procesos verbales podrá hacerse igualmente en similar forma o en medio electrónico con aquellas diligencias que así se puedan reunir o acumular. En los procesos electrónicos el archivo⁸⁴¹ y el expediente⁸⁴² podrá hacerse y conservarse en todos los casos bajo estándares y protocolos de seguridad electrónica, de manera que se facilite su acceso, consulta o reproducción de manera confiable y oportuna.

967. Puede comprometer a varias autoridades de una misma dependencia o de dos o más entidades. En este último caso la acumulación se hará en la autoridad u organismo donde se realizó la primera actuación⁸⁴³.

968. Con los documentos que por mandato de la Constitución Política o de la ley tengan el carácter de reservados y obren dentro de un expediente, se hará cuaderno separado. Cualquier persona tendrá

derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, salvo los documentos o cuadernos sujetos a reserva y a obtener copias y certificaciones de los mismos.

B. DURACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. REGLA GENERAL. PETICIONES GENERALES Y PARTICULARES. AMPLIACIÓN DE TÉRMINOS

969. Conforme a la regla general establecida en el inciso 1.º del artículo 14 de la Ley 1755 de 2015 la duración o término en que legalmente debe resolverse el objeto de una actuación administrativa iniciada en ejercicio del derecho de petición, en interés general o particular, en forma verbal o escrita o por medios tecnológicos o cualquier otra modalidad para la cual no exista término especial para su resolución, el mismo será de quince días hábiles contados a partir del siguiente al de su recepción, independientemente de la fecha en que sea efectivamente recibido por la autoridad competente de la respectiva entidad.

970. El día cierto y objetivo para iniciar la contabilización de estos términos es el de su recepción, independientemente de cualquier otra consideración⁸⁴⁴. Identificado ese día, el de la recepción, los quince días que establece la ley se inician en su contabilización de días hábiles a partir del día siguiente.

971. En los eventos en que no sea posible resolver la petición en el plazo señalado, la autoridad debe informar al interesado, antes del vencimiento del término, expresando los motivos de la demora y señalando un plazo razonable, que no podrá exceder el doble del señalado inicialmente⁸⁴⁵. Fórmula en nuestra opinión absurda, en los eventos en que la resolución del asunto sea materialmente imposible en ese lapso. De todas formas la norma fue encontrada constitucional por la Corte⁸⁴⁶.

En el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015, se establecen los términos para resolver algunas peticiones, como lo pasaremos a exponer.

1. TÉRMINOS EN EL DERECHO DE PETICIÓN Y ACCESO A DOCUMENTOS, INFORMACIÓN Y DATOS

972. Cuando se trate del ejercicio del derecho de petición de información, documentación o datos, el término para su resolución será de diez días, contados a partir del día siguiente al de su recepción⁸⁴⁷. Vencido ese término se entenderá, para todos los efectos legales, que la solicitud ha sido aceptada, y por lo mismo la administración no podrá negar la entrega de dichos documentos, la cual deberá hacerse dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término⁸⁴⁸.

973. Si la administración resuelve rechazar la petición, y se aclara que solo podrá hacerlo en caso de reserva, debe notificar al peticionario de la decisión mediante acto administrativo, el cual debe estar debidamente motivado. Contra esa decisión no procede recurso alguno, tan solo la insistencia del peticionario, de la cual conocerá el Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar en donde estén los documentos, siempre que se trate de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito de Bogotá; o le corresponderá al juez administrativo cuando se trate de distritos o municipios, en ambos casos se tramitará en única instancia si se niega o acepta, total o parcialmente, la petición formulada⁸⁴⁹.

2. TÉRMINOS EN EL DERECHO DE PETICIÓN DE CONSULTA

974. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.º del artículo 14 de la Ley 1755 de 2015, el término para resolver las peticiones de consulta no se sujeta a lo previsto para el derecho de petición en general, o sea el de los quince días hábiles contados a partir de la recepción de la petición. El término de la actuación administrativa en estos casos es especial, será de treinta días hábiles contados a partir de la radicación de la consulta.

3. TÉRMINOS EN LA INICIACIÓN EN CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN O DEBER LEGAL

975. En el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015 no se establece un término específico para adoptar una decisión en este tipo de fuente de las actuaciones administrativas; del texto de la disposición no se deduce que el legislador nos remita a los términos propios del derecho de petición. Las remisiones en las leyes 1755 de 2015 y en los aspectos vigentes de la Ley 1437 de 2011 se hacen de manera clara y taxativa, luego se puede deducir que el legislador excluyó cualquier otra, dejando por lo tanto que el problema de términos en estos casos lo resuelvan los procedimientos especiales de carácter tributario u otros en donde se desarrolle esta modalidad de inicio de la actuación administrativa.

4. TÉRMINOS EN LA INICIACIÓN OFICIOSA

976. Similar situación se presenta en el caso de la iniciación oficiosa, en donde el legislador no previó un término específico de duración de la actuación administrativa iniciada por esa vía, salvo el proceso sancionatorio, e igualmente de las remisiones efectuadas en la disposición no se deduce que la intención hubiere sido establecer los términos del derecho de petición. El problema, en consecuencia, debe resolverlo la autoridad que acuda a ese mecanismo, determinando de manera expresa, clara y perentoria, en el Auto de trámite con el que inicie la actuación, los términos dentro de los cuales adelantará la misma, esto con el propósito de generar seguridad jurídica a los sujetos con los cuales se vincule procesalmente y evitar indefiniciones temporales que pueden suscitar situaciones de arbitrariedad.

5. TÉRMINOS EN LA INICIACIÓN POR ORDEN DE AUTORIDAD JUDICIAL

977. El tema de la iniciación de la actuación administrativa por orden judicial deviene por vía doctrinal y no legislativa; en ese sentido sobra advertir que el legislador no ha establecido términos perentorios para el cumplimiento de este tipo de actuaciones. Le corresponderá por tanto a la autoridad judicial definir el término prudencial dentro del cual la autoridad administrativa debe cumplir con sus obligaciones. Para esos efectos cuenta con amplia facultad discrecional. No obstante, si se trata, por ejemplo, de una orden judicial para el cumplimiento de un derecho de petición no contestado en términos, hay que advertir que no puede significar, para la administración incumplida, revivir los términos de ley, como se viene planteando por algunos sectores doctrinales. Al juez le debe quedar en claro que es él quien tiene la facultad de disponer del nuevo término, y que el de ley ya se venció.

C. SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

978. En el procedimiento administrativo se advierten varios tipos de sujetos intervinientes: el activo, que ejerce funciones administrativas; el pasivo; los terceros determinados o indeterminados; el agente oficioso, y, por mandato constitucional, el ministerio público. El primero no resulta difícil identificarlo: se trata del órgano o persona que ejerce funciones administrativas. Es decir, en quien radica de manera directa o indirecta (delegación) la competencia para adelantar el procedimiento y adoptar, si es del caso, la respectiva decisión.

979. El segundo es el que hemos denominado entre los elementos del acto el sujeto pasivo de la decisión. Si bien es cierto que su voluntad no es llamada a integrarse con la del ente administrativo para conformar la decisión, sí puede admitirse que su presencia en el procedimiento no solo constituye garantía de respeto a los derechos fundamentales del interesado, sino también sinónimo de participación para la legalidad de la decisión.

980. El sujeto pasivo puede eventualmente resultar no siendo una verdadera parte interesada. En ese sentido, para evitar equívocos el estatuto ha diseñado la figura del tercero, o sujeto del cual se puede pensar que posee algún tipo de interés en los resultados de la actuación administrativa, por lo cual debe ser convocado al proceso con el fin de garantizarle sus derechos fundamentales, consolidando de paso el principio de la participación previa como elemento básico para la legalidad y la validez de cualquier procedimiento administrativo.

2. LOS TERCEROS

981. En los términos de los artículos 37 y 38 de la Ley 1437 de 2011 son terceros todos aquellos sujetos que, no obstante detentar algún tipo de interés en los resultados de una actuación administrativa, permanecen fuera de esta, generando en consecuencia para la administración la obligación de convocarlos con el fin de que se conviertan en parte y hagan valer sus derechos y se les brinde la totalidad de garantías propias de toda actuación administrativa.

982. Ahora bien, conforme lo establece el artículo 38 de la Ley 1437 de 2011, los terceros serán parte y tendrán todos los derechos, deberes y obligaciones y responsabilidades como sujetos interesados en las resultas del proceso, en especial en los siguientes casos:

(i) Cuando hayan promovido la actuación administrativa sancionatoria en calidad de denunciantes, resulten afectados con la conducta por la cual se adelanta la investigación, o estén en capacidad de aportar pruebas que contribuyan a dilucidar los hechos materia de la misma; (ii) Cuando sus derechos o su situación jurídica puedan resultar afectados con la actuación administrativa adelantada en interés particular, o cuando la decisión que sobre ella recaiga pueda ocasionarles perjuicios, y (iii) Cuando la actuación haya sido iniciada en interés general.

Bajo el contexto de la Ley 1437 de 2011 encontramos que los terceros pueden ser necesarios y obligatorios.

a. TERCEROS NECESARIOS

983. Conforme se deduce de las citadas disposiciones, son terceros necesarios aquellos que normalmente surgen de la realidad material de la controversia y que nuestra ley de procedimiento administrativo desagrega en terceros determinados e indeterminados.

984. Los primeros son aquellos sujetos cuya existencia e identidad es posible percibir sin mayores esfuerzos de los antecedentes documentales, es decir, aquellos respecto de los cuales la administración concluye, así sea del documento contentivo del derecho de petición o de los documentos que reposan en su poder, que tienen algún tipo de interés en la decisión final, pudiéndolos identificar y delimitar no solo en su individualidad sino también en cuanto a su tipo de interés en la decisión que se llegare a adoptar.

985. Los indeterminados son aquellos respecto de los cuales, sin poder identificarse o individualizarse de manera concreta, se deduce la posibilidad de su existencia y del interés específico en las resultas del proceso. En ambos casos es deber inaplazable de la administración y de las partes procesales pedir su llamamiento e incorporación al proceso con el propósito de garantizarles el debido proceso y el derecho de defensa y preservar en todos sus aspectos la legalidad de la actuación.

986. El funcionario competente puede advertir la presencia de terceros determinados o indeterminados interesados directamente en los resultados de la decisión en cualquier instante de la actuación administrativa. El deber funcional del responsable de la actuación administrativa, a la luz de lo dispuesto en el artículo 37 inciso 2.º de la Ley 1437 de 2011, será, ante la inexistencia de un medio más eficaz (regla general que habilita discrecionalmente a la administración a buscar medios idóneos y oportunos para la citación), acudir a los mecanismos o medios determinados en la norma (Reglas de excepción) que se traducen en actividad administrativa tendiente a: (i) citar a la dirección que se conozca o correo electrónico que se conozca, y la citación deberá contener claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición; (ii) si se trata de un tercero determinado el cual fuere imposible citar, o de un tercero no determinado, (ii.i) el funcionario o autoridad competente divulgará la información a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso; (ii.ii) o la divulgara a través de cualquier medio más eficaz (habilitación discrecional) teniendo en cuenta las condiciones de los posibles interesados⁸⁵⁰. Todo lo anterior debe quedar reportado, documentado y con constancia escrita en el expediente.

987. Para satisfacer los requerimientos del legislador, si se trata de convocar terceros determinados⁸⁵¹ la autoridad debe agotar previamente todas las instancias de la citación directa a través de comunicación, y si esta resulta imposible de realizar (de lo cual debe dejar las constancias pertinentes) puede válidamente acudir a los senderos de la publicación para cumplir con el llamamiento⁸⁵². De no satisfacer ese predicado imperativo, pasándolo por alto y acudiendo sencillamente a la publicación para convocar a terceros determinados, se estaría viciando el proceso administrativo y violando el debido proceso de todos aquellos sujetos cuya existencia fácilmente se advierte en la actuación administrativa, en la medida en que la vía procesal legal adecuada es la de la comunicación directa, y solo excepcionalmente la de la publicación, sin que utilizando esta última se puedan subsanar las ausencias o falencias de la primera, en cuanto se trata de mecanismos sustancialmente diversos⁸⁵³.

988. Se está frente a una actuación administrativa viciada de inconstitucionalidad e ilegalidad si la convocatoria de terceros indeterminados no se efectúa o sencillamente se hace de manera irregular, inoportuna o sin cumplir las formalidades de la Ley 1437 de 2011^[854-855].

989. Así las cosas, toda decisión de la administración donde se hayan pretermitido las exigencias del artículo 37 de la Ley 1437 de 2011, por inaplicación o aplicación indebida constituye, a la luz de los postulados jurisprudenciales de la Corte Constitucional, violación al debido proceso por desconocimiento del derecho de audiencia y defensa de todos los terceros que tenían derecho a conocer

de la existencia de la actuación y, por lo tanto, a participar activamente en la misma. Desde esa perspectiva⁸⁵⁶, la decisión correspondiente estaría viciada de inconstitucionalidad e ilegalidad.

b. TERCEROS OBLIGATORIOS

990. Obligatorios son aquellos que no surgen de la necesidad procesal sino de directos mandatos constitucionales y legales que hacen vinculativa e irremediable su convocatoria a determinadas actuaciones administrativas, adquiriendo en nuestra opinión el carácter de partes indispensables, sin cuya presencia sencillamente la actuación no se puede adelantar, y de haberse adelantado sin ellos estaría viciada en su constitucionalidad y legalidad.

991. Por mandato constitucional⁸⁵⁷ y legal, las comunidades negras e indígenas deben ser convocadas a determinadas actuaciones administrativas⁸⁵⁸. Se les debe convocar de manera previa a la adopción de cualquier decisión sobre licencia ambiental. Es obligación⁸⁵⁹ de las autoridades ambientales, compartida con el interesado⁸⁶⁰, verificar, a través de los organismos competentes, antes de iniciar una actuación administrativa ambiental, si existen en los territorios destinados a ser afectados con la decisión grupos étnicos que puedan tener interés en el proceso correspondiente⁸⁶¹, con el fin de llevarlos al proceso en consulta previa obligatoria y necesaria para la legalidad de la decisión⁸⁶².

992. Este requisito para la validez de cualquier decisión ambiental en territorios donde habiten comunidades indígenas o negras implica para las autoridades el deber de verificación y confirmación de la existencia de esos grupos protegidos constitucionalmente antes de comprometerse en la adopción de una decisión que pueda afectarlos. La consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio y las medidas propuestas para proteger su integridad⁸⁶³.

993. La consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas, o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras⁸⁶⁴.

994. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. Se expedirá certificación dentro de los quince días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud que para el efecto haga el interesado en el proyecto, obra o actividad. De no expedirse las certificaciones podrán iniciarse los estudios respectivos. No obstante, si durante la realización del estudio el interesado verifica la presencia de tales comunidades indígenas o negras dentro del área de influencia directa de su proyecto, obra o actividad, debe integrarlas a los estudios correspondientes, e informar al Ministerio del Interior para garantizar la participación de tales comunidades en la elaboración de los respectivos estudios⁸⁶⁵.

995. El acto administrativo que otorgue o niegue la licencia ambiental, el establecimiento del plan de manejo ambiental o el permiso de uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables debe ser comunicado a los representantes de las comunidades indígenas y negras consultadas⁸⁶⁶.

996. Desde esa perspectiva, la participación de las comunidades negras e indígenas en el trámite de una licencia ambiental es un problema sustancial del cual no se puede sustraer ningún peticionario, ni mucho menos las autoridades ambientales, en la medida que se trata de proteger a unas minorías culturales e históricas por expreso mandato constitucional. La omisión de este deber de convocatoria acarrea la nulidad de toda decisión ambiental, si se demuestra que el correspondiente acto fue tramitado con el incumplimiento de esa perentoria obligación, que por lo demás es el desarrollo de una clara disposición de carácter imperativo⁸⁶⁷.

3. AGENTES OFICIOSOS

997. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo acepta la presencia dentro del procedimiento administrativo de los agentes oficiosos, aparentemente de manera exclusiva para efectos de la interposición de los recursos, y condiciona su participación a que acrediten su calidad de abogado y presten caución, con el fin de garantizar que la persona en nombre de quien obran, ratifique su actuación en el término de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 1437 de 2011.

4. MINISTERIO PÚBLICO

998. Como se explicó a propósito de los sujetos del acto administrativo, por expreso mandato del numeral 7 del artículo 277 constitucional⁸⁶⁸, el Procurador General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, así como los personeros distritales y municipales, según la órbita de su competencia, tienen el deber de prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición. Si es necesario, deben intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles, en cada caso concreto, el cumplimiento de sus deberes legales. Así mismo, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1755 de 2015^[869], en sustitución de dichas autoridades, recibirán las peticiones, quejas, reclamos o recursos que aquellas se hayan abstenido de recibir, y se cerciorarán de su debida tramitación.

D. FUNCIONARIO INCOMPETENTE

999. Es posible que en las actuaciones administrativas generales o especiales se presenten casos de incompetencia tanto de autoridad como orgánica; el código establece los mecanismos procesales para resolver los conflictos tanto positivos como negativos de competencia, acudiendo a mecanismos estrictamente administrativos en primer lugar, o con intervención de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado o los tribunales administrativos, conforme a las siguientes reglas del artículo 21 de la Ley 1577 de 2015:

- (i) Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la Petición por la autoridad competente.

Es de advertir que la anterior disposición soluciona de manera unilateral los conflictos de competencias entre autoridades administrativas sin que se presenten controversias de ninguna naturaleza. Adicionalmente, en nuestra opinión, si la incompetencia se presenta al interior de una misma entidad deberá ser resuelta por el jefe de la misma, ordenando remitir el expediente al competente, o asignando funciones especiales para resolver el asunto si se trata de un conflicto generado a partir de la ausencia o vaguedad de las normas de competencia interna.

(ii) Si la regla anterior no da los resultados esperados, y el conflicto negativo o positivo se mantiene, el asunto debe resolverse con la intervención de la sala de consulta o servicio o los tribunales administrativos en el ámbito de sus competencias a través de un proceso sumario, cuya iniciativa o la titularidad la tienen tanto las entidades involucradas en el conflicto de competencias como cualquier persona que tenga un interés directo en que se resuelva el conflicto. Esta conclusión se deriva de la redacción del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 que indica al respecto que: “Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada...”.

1000. Quiere el legislador indicar con esto que de oficio será cuando alguna entidad, organismo o autoridad resuelva acudir ante la jurisdicción para resolver el litigio que impide continuar claramente con una actuación administrativa; y cuando la norma se refiere a “solicitud de la persona interesada” quiere significar que el sujeto de derecho, el cual es parte interesada en la respectiva actuación administrativa, que considere menoscabados sus derechos y garantías procesales ante una indefinición de competencias puede acudir en ejercicio de esta acción ante la jurisdicción contencioso administrativa y obtener pronta resolución al conflicto.

1001. El conflicto de competencias debe haberse planteado durante la etapa de la actuación administrativa, es decir, durante la formación del acto y no cuando este hubiere sido adoptado. En este último caso nos encontramos ante un vicio en la legalidad del mismo. Vicio de incompetencia que podría generar la nulidad del acto.

1002. Suscitado el conflicto negativo, de igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado. Conforme a las competencias legales la sala de consulta o el tribunal al correspondiente adelantara el siguiente proceso:

... recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno...

Mientras se resuelve el conflicto, se suspenderán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015.

E. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

1003. En los términos perentorios del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, los funcionarios encargados de adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas tienen la obligación de declararse impedidos, o de lo contrario podrán ser recusados en los siguientes casos: (i) por la ocurrencia de un conflicto de interés particular y directo que comprometa de manera razonable el interés general que fundamenta cualquier actuación

administrativa⁸⁷⁰, y (ii) si se configuran algunas de las causales de recusación o impedimento previstas de manera taxativa en la ley⁸⁷¹.

1004. Esta garantía de imparcialidad de los servidores públicos con funciones administrativas deberá sujetarse al siguiente procedimiento, consagrado en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de que otro servidor público asuma el conocimiento de la correspondiente actuación administrativa.

[1005]. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario *ad hoc*. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

1006. En cuanto a la naturaleza de los impedimentos y recusaciones, no nos cabe la menor duda de que se trata de causales limitativas al ejercicio de la función pública, que tan solo pueden afectar al servidor público en el cual recaiga, pues son de indiscutible carácter personal o individual, y subsisten mientras la persona en la cual recaigan ejerza el cargo correspondiente.

1007. En otras palabras, si el afectado con el impedimento o recusación deja de ejercer el cargo por cualquier causa, se lleva consigo dicho impedimento o recusación. Es más, dejado de ejercer el cargo por el impedido o recusado, se presenta un caso típico de decaimiento del acto administrativo a través del cual se aceptó el impedimento o recusación. Bajo esa perspectiva, quienes hubieren sido designados para reemplazar al impedido o recusado reasumirían de inmediato la competencia para continuar conociendo del negocio objeto del impedimento⁸⁷².

F. CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES EN EL TRÁMITE DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS (NULIDADES PROCESALES)

1008. Un aspecto que resultaba conflictivo durante la vigencia del Decreto 01 de 1984 era la posibilidad de la declaratoria de nulidad procesal durante el trámite de la actuación administrativa y hasta antes de proferir el correspondiente acto administrativo. No se tenían causales concretas y específicas de nulidad que dieran seguridad jurídica en relación con su procedencia, conforme los postulados del derecho procesal, lo cual dio lugar a interminables discusiones relacionadas con el asunto, no obstante la evidente configuración de irregularidades o vicios en las actuaciones procesales administrativas.

1009. La Ley 1437 de 2011 salió al paso de esa discusión en aras de la protección de la legalidad e integralidad de las actuaciones administrativas, en la línea convencional y constitucional de la protección de los derechos de las partes del proceso, estructurando una figura que si bien es sustancialmente una modalidad de nulidad procesal, difiere de esta en su denominación, en que quien la opera y aplica es un funcionario administrativo que busca ante todo preservar la legalidad del

procedimiento administrativo evitando el surgimiento de decisiones que puedan estar viciadas a partir de vicios sustanciales ocurridos durante el trámite del proceso y en que no se anula lo actuado, sino que simplemente se corrige el vicio o la irregularidad ajustando la actuación a derecho, esto es, adecuando al ordenamiento jurídico todo aquello que pueda ser perturbador de una decisión frente a las causales de nulidad del acto si llegare a surgir a la vida jurídica.

1010. Al respecto el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011 dispone que

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

1011. Esa postura del legislador resulta coherente y congruente con el principio del debido proceso y con la aplicación de los principios generales de eficacia y celeridad de los procedimientos administrativos. Se enaltece con la disposición el principio de eficacia, donde se señalan dos posibles salidas a este tipo de situaciones: la primera, autorizando a quienes dirigen las correspondientes actuaciones administrativas para que frente a cualquier vicio o irregularidad los remuevan oficiosamente; en ese aspecto consideramos que el legislador se está refiriendo a vicios con entidad suficiente como para vulnerar los derechos fundamentales de quienes resulten involucrados en la actuación administrativa; vicios conocidos como meramente accidentales. Y la segunda, habilitando a la administración para dictar las medidas necesarias con el fin de que la decisión sea congruente en derecho.

G. SUSPENSIÓN O AMPLIACIÓN DE TÉRMINOS EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS.

PREJUDICIALIDAD

1012. Conforme a lo expuesto a propósito de los principios de economía y eficacia, las actuaciones administrativas deben procurar básicamente llegar a decisiones de fondo, resolviendo sustancialmente las pretensiones y derechos que justificaron su iniciación. Con esa finalidad las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos con el fin de dirigirlos de la manera que mejor satisfaga los intereses generales, y particularmente los de los sujetos involucrados en la correspondiente actuación.

1013. En ese sentido, les corresponderá adoptar las medidas procesales adecuadas con el fin de que al momento de proferir la decisión final esta se adecue plenamente a las exigencias de los artículos 40 y 42 de la Ley 1437 de 2011; esto es, que a través del trámite de la actuación administrativa se hayan podido recoger plenamente los argumentos probatorios y por otra parte tener plena certeza del bloque normativo aplicable al asunto con el fin de respetar plenamente el principio de legalidad.

1014. Desde esa perspectiva, si la administración llega al convencimiento de que carece de los elementos suficientes para decidir, y si se encuentra en término, debe ordenar y practicar las pruebas que considere indispensables. Si el término procesal no permite esta salida al problema, con fundamento en el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015 lo podrá ampliar en lo que dicha disposición autoriza en su párrafo.

1015. Ahora bien, si su decisión depende de lo que deba resolverse en otra actuación judicial o administrativa, lo prudente sería suspenderla temporalmente hasta que se produzca la providencia correspondiente que le permita a la administración sustentar su decisión desde el punto de vista de la legalidad, la realidad fáctica, el mérito y la oportunidad.

1016. Se trata de reconocer para las actuaciones administrativas el principio de la prejudicialidad, sobre todo cuando sus decisiones deben estar perfectamente adecuadas al ordenamiento jurídico. En ese sentido, si la decisión que debe adoptarse depende de lo resuelto en otro proceso, la calificación de la procedencia de la suspensión temporal o de la ampliación de términos es potestativa de la autoridad administrativa que dirija la actuación administrativa y dependerá de la evaluación previa que realice de su realidad procesal.

1017. Desde el punto de vista de la base legal que deba utilizarse en la decisión administrativa, esto es, desde la perspectiva exclusiva del elemento jurídico de la motivación de la providencia administrativa, resulta claro, en nuestra opinión, que si una norma jurídica se encuentra impugnada ante la jurisdicción constitucional, o ante la contencioso administrativa, no hay razón suficiente para interrumpir la actuación administrativa, ni mucho menos para ampliar los términos. La experiencia nos enseña que los procesos jurisdiccionales en Colombia no tienen una fecha exacta de terminación, lo que podría llevar a una falta de estabilidad jurídica de la administración frente a las personas respecto de las cuales deba pronunciar sus decisiones.

1018. Situación diferente se presenta en el caso excepcional de que la decisión dependa de una suspensión provisional de la norma que deba aplicarse, suspensión provisional que se encuentre en trámite o en espera de pronunciamiento jurisdiccional. En ese evento resulta más que razonable que la administración espere la decisión correspondiente. Es prudente suspender la actuación, o ampliar los términos, en la medida en que le daría a la administración la claridad jurídica necesaria para un fallo de fondo.

1019. Si bien es cierto que las normas jurídicas se presumen válidas mientras no sean suspendidas, anuladas o declaradas inconstitucionales, en esos casos la espera resulta recomendable con el fin de evitar providencias contradictorias o atentatorias de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ahora bien, si ya existe pronunciamiento sobre la suspensión provisional de la norma jurídica aplicable, la situación variará radicalmente pues ya la administración cuenta con la claridad necesaria para proceder conforme a lo dispuesto por el correspondiente tribunal o el Consejo de Estado.

H. IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS INTERNOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

1020. Los actos de trámite, preparatorios, de mero impulso de la actividad administrativa, es decir, los de simple sustanciación, o inclusive los de interlocución, que se den durante el trámite de la formación de la decisión administrativa no son objeto de ningún tipo de recurso, tal como lo establece el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011. Autos como los de iniciación de la actuación, pruebas, nulidades, traslados, cargos, no pueden ser objeto de recurso si el trámite se somete al trámite de esta ley.

I. RÉGIMEN PROBATORIO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

1021. Quiso el constituyente colombiano que toda decisión tendiente a producir efectos jurídicos contenga los fundamentos probatorios suficientes que le permitan válidamente nacer a la vida jurídica. Este principio garante de los derechos ciudadanos tiene su consagración en el artículo 29 de la Constitución Política cuando indica que "... el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...". Agrega la norma, como complemento jurídico necesario a la proposición del

debido proceso, que además de lo anterior toda persona tiene derecho “... a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”.

1022. Este principio obtiene desarrollo legal, desde el punto de vista de las actuaciones administrativas, en los artículos 3.º, 40 y 42 de la Ley 1437 de 2011. En la primera de las disposiciones se instituyen en el derecho colombiano los elementos guía o principios interpretativos que deben regir cualquier actuación de los administradores públicos en el ejercicio de sus funciones. Dos de esas premisas resultan pertinentes tratándose del debido proceso, fundamentalmente cuando se pretende encontrar las razones fácticas plenamente sustentadas que rodean el caso: los principios de imparcialidad y de contradicción.

1023. El principio de imparcialidad invita a las autoridades a que por ninguna razón realicen discriminación de las personas involucradas en las actuaciones administrativas, es decir, que a todos los ciudadanos se les brinden iguales garantías procesales, sin entrar a alterar en manera alguna las posibilidades procesales que tengan; por su parte, el principio de contradicción le reitera a las autoridades públicas la obligación que tienen de admitir la controversia de todas aquellas situaciones fácticas en que se encuentren vinculados los particulares. Es decir, el principio de contradicción resulta de la esencia misma del proceso administrativo, la evaluación y opinión de las partes sobre el alcance de los medios de prueba. Significa que todas aquellas pruebas que en consideración de una de las partes interesadas resulten valiosas para su defensa no pueden ser rechazadas unilateralmente.

1024. Estos principios no son meras arbitrariedades legislativas, sino que corresponden a toda una evolución del derecho que rompe con los estadios de la arbitrariedad y pretende la consagración de niveles institucionales de legalidad plena en las autoridades administrativas, de sujeción permanente al derecho positivo cuando deba adoptarse una decisión que cree situaciones en derecho frente a los asociados.

1025. En su estudio sobre las pruebas Hernando Devis Echandía identifica precisamente la necesidad probatoria como un presupuesto para la validez misma de toda decisión, así sea administrativa o judicial:

... el principio de la necesidad de la prueba se refiere al imperio de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial (administrativa) están demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades [...] Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad...⁸⁷³.

En tratándose de los procesos administrativos, en diferentes oportunidades la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha pronunciado respecto de la necesidad de que los mismos sean fallados con observancia plena de las pruebas aportadas y solicitadas oportunamente⁸⁷⁴.

1026. Los anteriores presupuestos, que además son recogidos en el artículo 164 del Código General del Proceso, aplicable a los aspectos probatorios de las actuaciones administrativas, permiten concluir lo siguiente: la decisión, sea administrativa o no, debe necesariamente estar sustentada en pruebas aportadas al proceso; las partes gozan de amplias posibilidades de solicitar la incorporación de los medios de prueba que consideren adecuados para resolver el conflicto suscitado; los medios de prueba deben ser evaluados por el juzgador conforme a los postulados de la sana crítica, evitando en todos los casos decidir el asunto con fundamento en simples razones objetivas o en presunciones que carezcan de sustento dentro del respectivo expediente.

1027. La prueba se torna, entonces, en la base indiscutible de cualquier conclusión en las actuaciones administrativas. El artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 señala el carácter no ritual del

régimen probatorio en cuanto a la etapa probatoria, entendiendo que toda la actuación de formación de la decisión es etapa probatoria hasta antes de adoptarla.

1028. Igualmente, en concordancia con el inciso final del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, deja las puertas abiertas para que los medios de prueba del Código de Procedimiento Civil se alleguen a las actuaciones administrativas, eso sí, respetando integralmente la legalidad con que el medio de prueba fue desarrollado en dicho ordenamiento procesal, so pena de inexistencia de la misma, viciando en consecuencia la legalidad de la decisión que se llegare a tomar; lo anterior en cuanto no le es dado a la administración establecerle requisitos especiales a los medios de prueba, aplicándolos con los simples requisitos que el legislador les hubiere asignado para su procedencia, práctica y validez.

1029. Desde ese punto de vista, se debe acudir necesariamente a lo dispuesto en el Código General del Proceso, tanto en la parte general de la prueba como, en especial, en todo lo que tiene que ver con cada uno de los medios de prueba. Así las cosas, el manejo, interpretación, evaluación, controversia de las pruebas en las actuaciones administrativas depende de las disposiciones reguladoras del Código General del Proceso.

J. ADOPCIÓN DE DECISIONES EN VÍA ADMINISTRATIVA

1030. Las decisiones que ponen término a una actuación administrativa pueden ser expresas, sea verbales, escritas o por cualquier otro medio, y presuntas mediante la configuración de actos fictos.

1. EL ACTO ADMINISTRATIVO

1031. Cumplidos los términos ya expresados, y habiéndose dentro de ellos dado oportunidad a los interesados y a los terceros para hacer valer sus derechos, expresar sus opiniones, solicitar y practicar pruebas, y respetadas todas las garantías de que gozan los asociados en todo proceso de que hagan parte, las autoridades procederán a decidir, resolviendo la actuación administrativa con base en las pruebas e informes disponibles en el acervo documental aportado al expediente.

1032. El acto así producido debe ser adecuadamente motivado con base en el análisis documental-probatorio, conforme a las normas de la sana crítica y resolviendo siempre en derecho las cuestiones planteadas tanto en la iniciación del procedimiento administrativo como durante su trámite, si se trata de decisiones regladas, o con consideraciones jurídicas y de oportunidad, en los casos de decisiones discrecionales.

1033. Una vez se cumpla lo expresado, y se manifieste la intención volitiva de la administración, se produce una decisión que, además de ser un acopio pleno de la legalidad y validez, debe estar dirigida a producir determinados efectos jurídicos. Es decir, debe ser en todo sentido un acto administrativo. La decisión es el acto administrativo, así no se hubieren realizado los procedimientos tendientes a su publicidad. En ese momento se pueden diferenciar los fenómenos de la validez y de la eficacia: mientras la decisión lleva todo el contenido de legalidad del acto (problema de validez), su eficacia se logra mediante la exteriorización a través de los procedimientos de publicación, notificación o comunicación.

1034. La decisión de la administración puede provenir, como lo explicamos a propósito del régimen probatorio, de procedimientos tendientes a producir decisiones eminentemente regladas, sujetas, en estricto sentido, a un severo régimen jurídico; o también de procedimientos caracterizados por su flexibilidad en torno a la decisión y conocidos como discrecionales. Lo característico de ambos, según

lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley 1437 de 2011, es la fundamentación de la decisión en pruebas y normas jurídicas pertinentes. De lo contrario se trataría de actos arbitrarios e incursos en posibles vicios de legalidad que podrían provocar su declaratoria de nulidad.

2. DECISIONES FICTAS O PRESUNTAS EN VÍA ADMINISTRATIVA. SILENCIO ADMINISTRATIVO

1035. No toda decisión de la administración es de carácter expreso, escrita o verbal. El legislador ha previsto algunas hipótesis en las cuales, como mecanismo de sanción a la administración morosa ante peticiones de contenido individual, presume el surgimiento de actos administrativos formales con determinados efectos frente a los interesados. Es de observarse que este fenómeno es peculiar de las actuaciones administrativas tendientes a la producción de actos individuales, subjetivos o personales, y de ninguna manera de los actos generales, abstractos o impersonales, donde siempre debe existir una expresa manifestación del órgano estatal o de la autoridad para que el acto surja como tal.

1036. El anterior fenómeno es conocido en la doctrina como decisiones fictas o presuntas, producto del silencio de la administración. En el caso colombiano el legislador ha establecido por excepción decisiones de esa naturaleza tanto en la etapa de formación del acto como en la gubernativa. En la primera, para darle un término a los procedimientos iniciados exclusivamente a través del derecho de petición en interés individual. En la segunda, para concluir presuntamente los recursos administrativos interpuestos contra los actos administrativos. Esas decisiones pueden igualmente adoptar el carácter de negativas o positivas: negativas en todos los casos en que el legislador no le hubiere dado efecto especial a la decisión ficta, y desde ese punto de vista se constituye la regla general del silencio en el derecho colombiano; positivas, de manera concreta, en los casos en que el legislador expresamente hubiere establecido ese efecto para el acto ficto resultante del silencio de la administración.

1037. El silencio administrativo es el transcurso del tiempo definido por el legislador y considerado como máximo para adoptar una decisión. Lapso que, vencido, hace presumir, a manera de sanción para la administración, la existencia de un acto que resuelve, en determinado sentido, la actuación iniciada. El acto emanado del silencio es ficticio; constituye una simple presunción de origen legal, o sea que admite prueba en contra⁸⁷⁵ para interrumpir la actuación, garantizando de esa manera al interesado su debido proceso, en especial el derecho a una decisión que ponga término en algún sentido a sus relaciones con la administración.

1038. Constituye una ficción en la medida en que el legislador le da vida a un acto que no tiene existencia real. Se trata, por lo tanto, como lo advertíamos al estudiar las características del derecho de petición, de una solución formal y procedimental, no sustancial, a la actuación administrativa. Tan cierto es lo anterior que si nos aproximamos al concepto de acto administrativo estamos ante la carencia absoluta de manifestación de voluntad del órgano que ejerce funciones administrativas. En un plano técnico podemos afirmar que es darle vida jurídica a lo inexistente.

1039. No obstante las anteriores aproximaciones, al fenómeno doctrinariamente se le atribuyen dos precisos efectos: primero, el de mecanismo procesal en la medida en que se puede argumentar para dar por terminada una actuación; segundo, sustancial, pues al establecerle un límite-sanción a la administración pretende garantizar el debido proceso por el simple transcurso del tiempo.

a. SILENCIO NEGATIVO

1040. Es la regla general. Frente a las construcciones doctrinales tradicionales sobre la materia configura un silencio administrativo negativo toda ausencia de pronunciamiento de la administración respecto de una petición ante la cual el legislador no ha establecido efectos especiales; en esos casos la doctrina mayoritaria presume que el transcurso del tiempo produce un acto ficto con efectos negativos. Que niega lo pedido o solicitado.

1041. La posición legislativa colombiana difiere sustancialmente de la posición doctrinal clásica en la materia. El artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 establece que procede el silencio negativo cuando han “Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa...”.

1042. La redacción de este artículo no resulta afortunada frente a lo que en doctrina se ha entendido como el silencio administrativo negativo. La norma circunscribe el surgimiento del silencio a la “no notificación de una decisión que resuelva”, y no, como doctrinariamente se expuso, a la inexistencia de pronunciamiento decisorio de la administración. Para el derecho administrativo colombiano puede que el acto exista, pero se configura el silencio por su no notificación.

1043. No obstante la configuración del silencio administrativo, las autoridades continúan siendo competentes para decidir la respectiva petición. Es más, el inciso 3.º del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 es claro en indicar que por el solo hecho del silencio las autoridades no quedan exentas, ni pueden excusarse para no decidir la petición inicial. Esta competencia para decidir la petición inicial de todas maneras se pierde cuando el interesado, al vencimiento de los tres meses, ha hecho uso de los recursos de la vía gubernativa contra el acto presunto, fundado precisamente en que la decisión ficta le es contraria por su carácter de negativa.

1044. Ahora bien las anteriores reglas varían sustancialmente en la hipótesis del inciso 2.º del artículo en comento, cuando dispone que en los eventos en que la ley señale un plazo superior a los tres meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión. De manera sorpresiva e injustificada en esas hipótesis el silencio negativo no se configura por la ausencia de notificación sino por su falta de decisión.

1045. El problema de la estructuración probatoria de la decisión ficta le es trasladado por obvias razones procesales a la persona interesada. Resulta evidente que los actos fictos o presuntos, derivados del silencio negativo, no pueden ser notificados por la administración, razón por la cual el llamado a estructurarlo con el fin de que le sirva de prueba es el mismo particular comprometido en el derecho de petición. Esta prueba tendrá que formarse con el documento contentivo de la petición y la afirmación de que no se ha producido notificación alguna de decisión de la administración. Corresponde a la administración demostrar que sí ha cumplido con sus obligaciones procesales en la conformación del acto administrativo.

1046. No obstante el anterior planteamiento, la jurisprudencia del Consejo de Estado es aún más flexible desde el punto de vista probatorio y considera que no es una carga del peticionario demostrar la existencia del silencio administrativo. Dice la corporación: “... cuando el demandante se funda en el silencio de la administración, le basta afirmar que esta no ha resuelto en tiempo el recurso correspondiente...”.

1047. Para el caso se debe entender que la administración no ha resuelto la respectiva petición. Agrega el Consejo:

Es ese el hecho negativo que no requiere sin embargo prueba especial positiva, porque el fenómeno del silencio administrativo –como medio exceptivo que es de poner término al procedimiento gubernativo– está

basado en la mora, inercia o desidia de la administración y mal podría exigirse al demandante que acreditara esa actitud mediante constancias o certificaciones de la misma entidad gubernativa que no ha atendido oportunamente sus reclamos. Exigir esa prueba sería hacer ineficaz el derecho [...] pues el interesado podría hallarse en simple imposibilidad física de acreditar que la administración no ha resuelto su reclamo [...] [N]o sobra agregar que si el demandante afirma que la administración no ha resuelto el recurso dentro de los términos legales y con base en ello promueve la acción contenciosa, y no resulta ello ser cierto, el perjudicado es el propio demandante, pues la acción respectiva puede quedar condenada al fracaso...⁸⁷⁶.

1048. No obstante la amplitud mostrada por el Consejo de Estado, consideramos que por elementales razones la invocación de silencio negativo, así sea para interponer recursos o acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, debe ir acompañada de la prueba de que la actuación evidentemente se inició, o de que los recursos fueron realmente interpuestos. De lo contrario, tanto el funcionario administrativo como el juez contencioso administrativo carecerían de argumentos ciertos para determinar por lo menos el transcurso de los tres meses de que habla el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

1049. En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado en una providencia de 1989:

Cuando se invoca el silencio administrativo no es necesario probar que la entidad administrativa no ha respondido. Pero sí debe probarse, con la copia respectiva, que se hizo la petición y se interpusieron los recursos, para así poder calcular, de acuerdo con la fecha de recibo plasmada en dicha copia, si ha transcurrido el lapso de tiempo que la Ley ha previsto para que se entiendan negadas la petición y los recursos, y qué fue lo pedido ante la administración. En ausencia de este documento, ni siquiera cabe aquí la posibilidad de hablar de silencio administrativo...⁸⁷⁷.

1050. La persona afectada por el silencio negativo de la administración puede optar por esperar a que la administración resuelva en cualquier momento su petición, o puede igualmente, después de configurado el silencio, interponer los recursos de ley contra el presunto acto administrativo emanado del silencio de la administración, o acudir si lo desea directamente a la jurisdicción contencioso administrativa por así permitirlo el artículo 166 de la Ley 1437 de 2011. En el evento de acudir a los recursos, estos podrán interponerse en cualquier tiempo, según lo dispone el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

1051. La razón es lógica: el silencio administrativo, como tanto se ha insistido, es una sanción para la administración morosa en el ejercicio de sus funciones. El afectado puede interponer los recursos de reposición y apelación, conforme a las reglas de la Ley 1437 de 2011.

1052. Algún sector de la doctrina, especialmente el profesor y tratadista Miguel González Rodríguez, considera innecesaria la utilización del recurso de reposición y recomienda la utilización directa del recurso de apelación. La razón que invoca es eminentemente de conveniencia, pues si la administración no ha resuelto la petición, mucho menos habrá de resolver la reposición, razón por la cual es preferible acudir directamente ante el inmediato superior a través del recurso de apelación. Esta opinión la compartimos, fundados en lo dispuesto en el inciso 3.º del artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, que claramente establece que los recursos de reposición y queja no son obligatorios.

1053. Según lo dispone el inciso 3.º del artículo 83 y 138 de la Ley 1437 de 2011, en cualquier caso que se configure un silencio administrativo en la etapa de formación del acto es posible demandar directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo.

b. SILENCIO POSITIVO

1054. El silencio positivo constituye la excepción dentro de los silencios en el derecho colombiano. Implica, por expreso mandato del legislador, la presunción de una decisión favorable al peticionario. Desde nuestro punto de vista, es para la administración morosa, esta sí una verdadera sanción, una sanción aún mucho más grave que la producida por el silencio negativo, el cual, como se ha anotado, sanciona a la administración morosa realmente en cuanto que reemplaza su expedición efectiva, pero sin abordar sus derechos subjetivos, ya que el acto ficto es contra los intereses del peticionario.

1055. Se parte de que supuestamente son favorables al solicitante las pretensiones invocadas en su escrito petitorio. Solo procede en los casos en que expresamente el legislador ha previsto este efecto para los actos fictos. El término para contar el silencio positivo será desde el inicio mismo de la respectiva actuación, siempre que la petición que la origina reúna los requisitos establecidos en la ley para su invocación⁸⁷⁸.

1056. El acto ficto de carácter positivo es por esencia revocable cuando se configuran las causales para el efecto, es decir, no le asista materialmente el derecho al titular de la petición. Esto es así en cuanto la única forma o vía legal que le asiste a la administración una vez configurado un acto ficto para pronunciarse es a través de la revocación, en cuanto pierde competencia para pronunciarse de manera directa, ante la existencia de un acto presunto de ley. Entonces, las autoridades pueden revocar directamente el acto ficto positivo derivado de un silencio administrativo, de acuerdo con el artículo 84 de la Ley 1437 de 2011, cuando se configure alguna de las causales del artículo 93 de la misma ley.

c. SILENCIO POSITIVO CONTRACTUAL

1057. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993^[879], reglamentada por el artículo 15 del Decreto 679 de 1994^[880], se ha instituido en el derecho nacional, para efecto de los derechos de petición de carácter contractual, una regla especial de silencio administrativo generadora de actos fictos o presuntos de efectos positivos, con el propósito de poner límite temporal a las omisiones de pronunciamiento de la administración pública en aspectos neurálgicos para el interés general, como es el caso de los negocios del Estado.

1058. Constituye pues punto indudable de partida para cualquier análisis de la figura de los actos fictos o presuntos en materia contractual la existencia previa de una petición o solicitud ajustada a derecho, a través de la cual el contratista pretenda el reconocimiento de algún derecho emanado de la relación contractual, es decir, algo para su exclusivo beneficio (de allí que la norma reglamentaria haga expresa referencia a *pretensiones del contratista*), y obviamente el transcurso de un lapso predeterminado por el legislador, que para el caso es de tres meses. Bajo esa perspectiva toda petición que no se sujete a derecho o busque obtener un derecho desbordando el orden jurídico, e incluso lo estrictamente pactado en el contrato, rompería con el primer presupuesto básico para la estructuración del fenómeno del silencio administrativo y haría, en consecuencia, imposible el surgimiento válido de actos fictos o presuntos de carácter positivo en la correspondiente relación contractual.

1059. Así mismo, lo pedido por el contratista debe ubicarse en la órbita de sus derechos unilateralmente considerados, y de ninguna manera en solicitudes que por esa vía impliquen romper la relación bilateral que involucra todo contrato, generando nuevas situaciones de estricto carácter bilateral, es decir, a través del silencio y de sus consecuentes actos fictos no se puede de manera alguna buscar la modificación del contrato, ni en sus aspectos formales ni mucho menos en los sustanciales o

materiales que fueron determinantes para su suscripción por las partes. De darse esas circunstancias estaríamos ante una vía ilegal y posiblemente lesiva de los intereses generales involucrados en todo contrato estatal. Las disposiciones contractuales tan solo pueden ser abordadas por las partes de mutuo acuerdo o por el juez del mismo al pronunciarse sobre posibles ilegalidades en su estructuración.

1060. El carácter no absoluto de los silencios administrativos en materia contractual y las limitantes a su ejercicio, cuando desconozcan el alcance de los derechos estrictamente personales del contratista derivados de la relación contractual, involucrándose en cambios o novaciones al contrato, actuando en consecuencia de manera ilegal o por fuera del derecho, han sido estructuradas a partir de las elaboraciones del Consejo de Estado⁸⁸¹.

1061. En consecuencia, resulta claro que, a la luz de nuestra jurisprudencia administrativa, el silencio administrativo no es absoluto, e igualmente que a través de los actos fictos que de él emanen no cualquier tipo de cosas o de supuestos derechos pueden ser reconocidos como consecuencia de la omisión de pronunciamiento de la administración⁸⁸².

d. EL ACTO FICTO O PRESUNTO DE EFECTOS POSITIVOS EN LA LEY DISCIPLINARIA

1062. En el numeral 35 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 se tipifica como falta gravísima en materia disciplinaria, para los servidores públicos, la de “Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo”. Sea lo primero advertir que técnicamente debemos referirnos al acto ficto de efectos positivos producto de un silencio administrativo; lo segundo, que el acto ficto positivo por sí solo no es lesivo al interés público o general, ni implica omisión ilegal. Es perfectamente posible que determinados actos fictos de carácter positivo coadyuven con el principio de economía, como por ejemplo aquellos que una vez configurados es imposible revocarlos, en cuanto su titular es depositario de todas las aptitudes para ser titular del derecho que adquiere por la omisión de la administración.

1063. En nuestra opinión, el acto ficto o presunto de efectos positivos lesivo e ilegal es aquel que se deja configurar por la negligencia administrativa de fallar oportunamente, que le crea situaciones jurídicas de carácter individual a un sujeto que carece en absoluto de vocación para ser titular del mismo. En esos casos de todas formas el ordenamiento establece mecanismos correctivos a los cuales debe acudir la administración con el fin de volver las cosas a su estado normal. El instrumento ideal para enfrentar esta irregularidad es la revocatoria directa y sin solicitud previa de beneplácito al titular del acto ficto positivo, que le permite a la administración dejar sin efectos estos actos, si es que en ellos concurren algunas de las causales del artículo 69 para su revocación.

1064. Bajo esos presupuestos, la causal de falta gravísima establecida en la norma en comento en los términos del legislador, resulta a todas luces desfasada de la realidad del contexto jurídico de la revocación y de la relatividad con que nuestro ordenamiento trata a los actos fictos de contenido positivo, donde incluso se les niega carácter de título suficiente, como ocurre en materia contractual⁸⁸³.

1065. Una interpretación lógica podría llevar a pensar que esta causal solo puede prosperar cuando el acto ficto crea situaciones jurídicas en quien no tiene vocación para ello y la administración no agota los procedimientos tendientes a su revocatoria. No es lógico, por ejemplo, que se sancione a un servidor público al que se le configura un acto de esa naturaleza si al examinar la petición correspondiente se encuentra que al peticionario le asistía plenamente la razón en su reclamación y tenía la aptitud necesaria para ser el titular del derecho en caso de que la autoridad se hubiera pronunciado realmente.

K. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE PUBLICIDAD DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y SU GARANTÍA

1066. El acto administrativo expedido y no publicitado se torna en un simple fenómeno interno de la administración, intrascendente para el mundo exterior y carente de fuerza jurídica para producir efectos frente a terceros. En esas condiciones el acto administrativo no vincula jurídicamente. Por lo tanto, corresponde a la administración iniciar los procedimientos administrativos indispensables para dar a conocer sus decisiones: fenómeno conocido como de la publicidad de los actos⁸⁸⁴.

1067. La publicidad es uno de los principios que el constituyente estableció como rector de la función administrativa del Estado. El artículo 209 constitucional, en concordancia con el artículo 3.º de la Ley 1437 de 2011, incorpora la publicidad al ordenamiento como el conductor básico de la actividad de las autoridades, lo que evita la acción oscura de los servidores públicos y consolida la transparencia como principio rector de nuestro Estado de derecho⁸⁸⁵.

1068. Como principio se encuentra en estrecha relación con los derechos fundamentales a la información, petición y acceso a los documentos públicos. Desde ese punto de vista constituye la piedra angular de la democracia y del respeto a los derechos de los asociados, destacándose como prenda de garantía para el control de las actuaciones y decisiones que afecten al conglomerado en general o de manera particular a los asociados⁸⁸⁶; además, resulta inevitable para que la opinión conozca y se informe del manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control a la conducta de las autoridades, además de los otros efectos que según la ley implica que las decisiones de las autoridades trasciendan a la luz pública⁸⁸⁷.

1069. Desde el punto de vista de los procedimientos administrativos la publicidad se traduce en la necesidad de dar a conocer las decisiones mediante comunicaciones, notificaciones o publicaciones, o a través de los demás medios que los procedimientos especiales consideren aptos para esos propósitos. La eficacia jurídica de los actos administrativos depende directamente de los efectivos y válidos procesos de publicidad que desarrollen las autoridades.

1070. El problema de la publicidad, sin embargo, ha dado lugar a tesis enfrentadas dentro de la teoría del acto administrativo. Como lo observamos en el capítulo pertinente del acto administrativo, el nacimiento de los actos administrativos es discutido por la doctrina, tomando como punto de partida la publicidad de su existencia. Exponíamos en aquella oportunidad dos interesantes tesis sobre ese problema: una, del elemento esencial, que considera que los procedimientos que estudiaremos a continuación hacen parte integrante de la legalidad del acto, considerando en consecuencia que mientras el acto no se publicite no existe; otra, la tesis o teoría de la eficacia u oponibilidad, que considera la publicidad un mero sendero para la ejecución del acto y su acatamiento por el sujeto pasivo, existiendo en consecuencia el acto administrativo independientemente de la misma para la validez. Dentro de ese contexto debemos aproximarnos entonces a los diferentes procedimientos que el legislador ha establecido para que el acto surta efectos jurídicos.

1. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS GENERALES

1071. El artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 regula la publicidad de los actos de carácter general. Debemos aclarar que el procedimiento legal de publicación conjuga todos los elementos de esta disposición que busca ante todo estructurar el debido proceso de la publicación de los actos administrativos generales, y es el adecuado para que se cumpla cabalmente con los postulados y

finalidades de la publicidad. Las características procesales de la publicación y sus efectos son definidos legal y jurisprudencialmente de la manera que se describe a continuación.

a. OBLIGATORIEDAD DE LA PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL PARA QUE SURTAN EFECTOS JURÍDICOS

1072. Los actos administrativos que tengan el carácter de generales, independientemente de la autoridad que los haya proferido, solo son obligatorios para los particulares en el momento en que hayan sido publicados en el *Diario Oficial* o en el diario, gaceta territorial o boletín que la administración y sus entidades tengan destinados para tales fines. Esta tesis es incorporada en la legislación administrativa a partir del inciso 1.º del artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 al disponer que “Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial* o en las gacetas territoriales, según el caso”; similar fórmula introducida en el párrafo del artículo 119 de la Ley 489 de 1998 vuelve sobre el tema señalando de manera perentoria que “Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el diario oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad”⁸⁸⁸.

1073. En reiteradas oportunidades el Consejo de Estado ha recogido el anterior planteamiento doctrinal. La corporación acepta la tesis de la existencia del acto administrativo, pero de la ausencia de eficacia, cuando el mismo no ha sido publicado⁸⁸⁹. Bajo ese presupuesto la administración no puede hacer eficaz un acto de carácter general sin su debida publicación. Esto es, le está vedada la posibilidad de hacer que el mismo surta efectos a partir de la fecha de su expedición. Con la expedición el acto nace a la vida jurídica; con la publicación se hace eficaz y oponible a los asociados⁸⁹⁰.

1074. En resumen, sobre la base de lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, en concordancia con las normas generales de la Ley 489 de 1998 literal c artículo 119, son publicables los siguientes actos generales: (i) Los actos administrativos de carácter general; (ii) Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas ramas del poder público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado; (iii) los actos de carácter general de las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales, en sus respectivos órganos de publicación; (iv) También deben publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular.

1075. Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación. En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el *Diario Oficial*, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.

b. PUBLICIDAD DE LAS RESPUESTAS A LOS DERECHOS DE PETICIÓN EN INTERÉS GENERAL

1076. En los términos del artículo 65 inciso 3.º de la Ley 1437 de 2011 las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada en ejercicio de un derecho de petición de interés general, no se notifican, simplemente se comunican por cualquier medio eficaz (habilitación

discrecional a la administración para estos efectos); lo anterior, excepto si la respuesta constituye una verdadera decisión de carácter individual, creador de situación individual, lo cual es perfectamente posible, caso en el cual el único medio apto para su publicidad sería el de la notificación personal. Si del derecho de petición en interés general surge una verdadera decisión de contenido general oponible a la generalidad de los asociados, el mecanismo apto para su publicidad sería el explicado en los numerales anteriores.

2. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

1077. Los actos administrativos de contenido particular o de contenido colectivo, en cuanto fenómenos que inciden en la esfera de los derechos subjetivos tanto de personas individualmente consideradas, como de colectivos titulares de derechos deben ser objeto de publicación diferente a la de la mera publicación, para efectos de que realmente lo en ellos previsto se haga ejecutorio y por lo tanto eficaz.

a. NOTIFICACIÓN PERSONAL COMO REGLA GENERAL

1078. La forma de publicidad de los actos individuales y de los de contenido colectivo es la notificación⁸⁹¹; mecanismo de relación directa y carácter específico entre la administración y la persona respecto de la cual el acto debe producir efectos jurídicos, refleja la protección que los asociados deben tener del Estado en cuanto a la contradicción de las decisiones administrativas y el derecho de defensa⁸⁹²⁻⁸⁹³. Los mecanismos o procedimientos de notificación se sujetarán a las siguientes reglas:

(i) *Decisiones que se notifican*. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse (art. 67 inc. 1.º Ley 1437 de 2011);

(ii) *Convocadas a la notificación*. Las personas interesadas deberán ser convocadas para realizar la operación de notificación personal de los actos administrativos de carácter individual y concreto que pongan término a una actuación administrativa, actuación esta que podrá realizarse personalmente con el interesado, o con su representante, apoderado o persona autorizada (art. 68 inc. 1.º Ley 1437 de 2011);

(iii) *Autorizaciones y poderes*. (i) Cualquier persona que deba notificarse de un acto administrativo podrá autorizar a otra para que se notifique en su nombre; (ii) el escrito de autorización no requerirá presentación personal (art. 626 Ley 1564 de 2012); (iii) el autorizado solo estará facultado para recibir la notificación y, por tanto, cualquier manifestación que haga en relación con el acto administrativo se tendrá, de pleno derecho, por no realizada; (iv) si quien actúa es abogado deberá actuar con su correspondiente poder con la debida presentación personal del otorgante cuando se trate de notificación del reconocimiento de un derecho con cargo a recursos públicos, de naturaleza pública o de seguridad social (art. 71 Ley 1437 de 2011).

(iv) *Procedimiento de la convocatoria*. (i) Medio más eficaz que configura la regla general (habilitación discrecional a la administración); (ii) Primera regla de excepción: si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente; (iii)

Segunda regla de excepción y subsidiaria: cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco días (art. 68 inc. 1.º Ley 1437 de 2011).

(v) *Procedimiento de notificación*. El procedimiento de la notificación personal tiene varias subreglas dependiendo de los eventos en que se realice: (i) Procedimiento ordinario. En la diligencia de notificación se le dará a conocer al interesado el contenido del acto y se entregará copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo, de todo lo anterior se levantará un acta que deberá ser firmada por los intervinientes, o dejar constancia por la autoridad si la misma no se logra elaborar. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación (art. 67 incs. 2 y 3 Ley 1437 de 2011); (ii) “Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera. La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico” (art. 67 num. 1 Ley 1437 de 2011), y (iii) “En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos” (art. 67 num. 2 Ley 1437 de 2011);

(vi) *Notificación de los actos de inscripción o registro*. Los actos de inscripción que realicen las autoridades de registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación (inc. 1.º art. 70 Ley 1437 de 2011). Se trata de una notificación especial, excepcional, que rompe con el criterio de la convocatoria previa que exige la norma general del artículo 68 de la Ley 1437 de 2011. Por esta razón, desde el punto de vista práctico, implica un traslado de la responsabilidad de la notificación a la persona interesada. No obstante, en su aplicación, la jurisprudencia ha sido flexible, porque si bien es cierto que el desconocimiento de la ley no es excusable, la protección y la defensa de los derechos ciudadanos sí debe ser una constante de las normas procedimentales⁸⁹⁴. “Si el acto de inscripción hubiere sido solicitado por entidad o persona distinta de quien aparezca como titular del derecho, la inscripción deberá comunicarse a dicho titular por cualquier medio idóneo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la correspondiente anotación” (inc. 2.º art. 70 Ley 1437 de 2011).

b. NOTIFICACIÓN POR AVISO. REGLA DE EXCEPCIÓN

1079. Se trata de un mecanismo de excepción que en el texto de la Ley 1437 de 2011 solo procede ante la imposibilidad de realizar la notificación personal. Las autoridades solamente pueden acudir a este mecanismo cuando han agotado todos los medios posibles para la citaciones de que trata el artículo 68 de la Ley 1437 de 2011. De esta forma, si resultan infructuosas las medidas tomadas para realizar la notificación personal y han transcurrido cinco días hábiles del envío de la citación, el funcionario competente notificará el acto administrativo individual, o colectivo mediante aviso conforme a las siguientes reglas: (i) el aviso se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo; (ii) el aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo

expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino; (iii) cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso, y (iv) en el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal (art. 69 Ley 1437 de 2011).

c. NOTIFICACIÓN A TERCEROS INTERESADOS MEDIANTE PUBLICACIÓN. REGLA DE EXCEPCIÓN

1080. En relación con actos de contenido individuales, o colectivos en cuanto el problema es exactamente el mismo, si las autoridades encuentran que las decisiones que ponen término a una actuación administrativa afectarán directa e inmediata a terceros que no intervinieron en la actuación, “ordenarán publicar la parte resolutive en la página electrónica de la entidad y en un medio masivo de comunicación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones. En caso de ser conocido su domicilio se procederá a la notificación personal”. Se trata de una medida que procura garantizar al máximo el debido proceso y el derecho a la controversia de quien pueda resultar afectado con una decisión de carácter individual (art. 73 Ley 1437 de 2011). Se trata de una modalidad más de las notificaciones mandadas por la ley en favor de quienes no han tenido oportunidad de participar en la actuación previa a la decisión: no se trata de una convocatoria al público en general sino a quienes tengan un interés directo identificado por las autoridades al adoptar la decisión.

d. NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE. REGLA DE EXCEPCIÓN

1081. Mientras no se cumplan los requisitos anteriormente enunciados los actos administrativos no podrán producir efecto alguno. Sin embargo, la regla admite una excepción, la cual es regulada en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, y se estructura por la acción de la persona interesada al realizar determinadas acciones de carácter positivo que permiten concluir que conoce la decisión, tales como la presentación de recurso, la presentación de demandas, el otorgamiento de poderes, etc. Para que proceda este tipo de notificación ficta o presunta se requiere la presencia de los siguientes elementos: (i) que la parte interesada se dé por suficientemente enterada de la respectiva decisión administrativa; (ii) que convenga en tal decisión; (iii) que si no conviene en la decisión utilice en el tiempo establecido los recursos legales o las acciones contenciosas pertinentes⁸⁹⁵. Debe entenderse en este último caso que el uso en tiempo dependerá de la fecha y circunstancia que la parte interesada alegue como determinantes del conocimiento de la existencia del acto administrativo.

e. IRREGULARIDADES DE LAS NOTIFICACIONES

1082. Las publicaciones y notificaciones no constituyen de por sí acto administrativo diferente al acto que acompañan para efectos de su eficacia; son, en estricto sentido, parte de una actuación, para el caso, administrativa. Además son el medio legal suficiente para hacer conocer a los asociados y a las partes o interesados las determinaciones que se tomen en la actuación administrativa; no se les puede

considerar como actuaciones finales del procedimiento administrativo de formación del acto administrativo, por cuanto este finaliza mediante la adopción de un acto administrativo. Las notificaciones no son actos administrativos, son simplemente parte de un proceso administrativo posterior, tendiente a darle eficacia a un acto administrativo

1083. La falta de publicación o notificación de un acto administrativo, o la deficiencia en las mismas implicará que no se tenga por hecha la publicación o notificación y, en consecuencia, no producirá efectos legales el acto administrativo en cuestión⁸⁹⁶; la razón es evidente y lógica si se piensa que todo acto que afecte los derechos de los gobernados debe ser promulgado y/o notificado del modo como lo ordena la ley y no puede regir sin este requisito, que no es simplemente formal sino esencial, por cuanto a nadie puede exigírsele cuenta por sus actos si las leyes que debe cumplir y a las cuales debe sujetar su conducta no se le han dado a conocer en absoluto; ninguna manifestación de la administración puede ser obligante y vinculante sin su promulgación o notificación (art. 72 Ley 1437 de 2011)⁸⁹⁷.

1084. Por otra parte, en el texto de toda notificación, como lo establece el artículo 67 de la Ley 1437 de 2011, deberá indicarse a la persona interesada los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante las cuales deben interponerse y los plazos para hacerlo. La no observación de este precepto implicaría eventualmente que la administración está perturbando o impidiendo el normal ejercicio de los controles gubernativos y de las acciones contenciosas administrativas. Desde ese punto de vista no se estaría dando oportunidad de defensa adecuada, razón por la cual se puede acudir de manera directa ante la jurisdicción contencioso administrativa⁸⁹⁸.

L. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS MIXTOS

1085. Por sus mismas características, para que un acto de naturaleza mixta surta tanto los efectos generales esperados, como los individuales o concretos en él establecidos debe ser objeto tanto de publicación, por su generalidad, como de notificación, en cuanto a sus componentes de carácter individual se refiere; de lo contrario no podría producir plenamente los efectos jurídicos en él previstos. Si la administración pretende imponerlo con la sola publicación estaría desconociendo los parámetros legales explicados a propósito de la indebida notificación, es decir, estaría actuando de manera antijurídica, generando efectos, sin agotar los procedimientos administrativos pertinentes. Igual sucedería si tan solo notifica y no publica, cuando el acto está llamado también a producir efectos generales. En esta hipótesis sencillamente el acto no podría ser oponible de manera general al conglomerado.

M. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE TRÁMITE O PREPARATORIOS. ACTOS DE “NOTIFÍQUESE” Y ACTOS DE “COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE” O DE SIMPLE “CÚMPLASE”

1086. Por regla general, la publicidad mediante la notificación procede contra actos de carácter sustancial que resuelven la actuación administrativa; de ahí que siempre en los mismos se utiliza la fórmula ritual de “notifíquese”, lo cual significa adicionalmente que la providencia administrativa es susceptible de recursos, excepto tratándose de decisiones finales incursas en los eventos de firmeza del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 en donde la fórmula de “notifíquese” no invita al ejercicio de recursos, sino que constituye el simple cumplimiento de la obligación de notificar estas decisiones para efectos de la publicidad necesaria para su impugnación por la vía jurisdiccional, con la consecuente

incidencia en la contabilización de los términos de caducidad para el modo de control o acción contenciosa correspondiente.

1087. Las decisiones intermedias, de trámite, preparatorias, los simples actos de impulso procesal, los llamados de sustanciación, e incluso determinados interlocutorios que no pongan término a la actuación administrativa y que tampoco la resuelvan de fondo, no son susceptibles de notificación en cuanto contra ellos no procede ningún tipo de recurso, por lo menos en desarrollo del procedimiento administrativo general establecido en el Código Contencioso Administrativo, según lo dispone el artículo 49 de ese estatuto procesal. Estas providencias serán de “comuníquese y cúmplase” o de simple “cúmplase” según la costumbre administrativa o la importancia de la providencia. En algunos procedimientos administrativos especiales, como el establecido en la Ley 734 de 2001 en materia disciplinaria, algunas de estas providencias intermedias admiten recursos, luego en ellas deberá incorporarse la fórmula “notifíquese”.

N. IMPUGNACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA

1088. El proceso de publicidad para los actos individuales estudiados no significa en todos los casos la terminación de las actuaciones administrativas. En ejercicio del principio de la contradicción, los sujetos pasivos de las decisiones administrativas pueden prorrogar los senderos administrativos con el exclusivo propósito de discutir ante la misma administración el respectivo acto, con el fin de que sea aclarado, modificado o revocado.

1089. En otros términos: si durante la primera parte de las actuaciones administrativas se procura estructurar una decisión con el pleno cumplimiento de los presupuestos legales, notificada la misma se le posibilita al destinatario del acto entrar en controversia directa con las autoridades, con el fin de discutir y controvertir los términos de la decisión y obtener de estas una respuesta. Este fenómeno era conocido en nuestro derecho como “vía gubernativa” y se estructuraba, entre otras hipótesis, a partir del uso de los recursos ordinarios de carácter administrativo.

1090. Sin embargo, la Ley 1437 de 2011 no le otorga esa clásica denominación, haciendo simplemente referencia al ejercicio de recursos administrativos como mecanismos de impugnación de las decisiones administrativas. Sin embargo, desde la perspectiva sustancial subsiste, si entendemos, por ejemplo, que en el inciso 3.º del artículo 76 de la ley en comento, en concordancia con el 161 numeral 2 de la misma, se estableció la obligatoriedad del agotamiento del recurso de apelación para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, o de los demás recursos que “fueren obligatorios”.

1091. Así la necesidad del legislador busque acabar con esa denominación, el fenómeno que ella encarnaba se mantiene vivo, por lo menos en una de sus viejas causales, en cuanto se mantiene la necesidad de agotar una vía administrativa (gubernativa) la del recurso de apelación como requisito de procedibilidad de la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, o la que corresponda contra el correspondiente acto administrativo.

1092. Esto cuando el recurso, insistimos, es obligatorio, como ocurre normalmente con el de apelación, por que el no ejercicio de los no obligatorios (reposición) también permite acudir a la jurisdicción contenciosa, cuando son los únicos recursos procedentes, estos es, cuando el acto no es objeto de apelación.

1093. Ahora bien, si el afectado no desea controvertir lo dispuesto por la administración, el acto se hace eficaz, adquiere firmeza y por lo tanto es ejecutable dentro del término subsiguiente a su notificación. Significa esto que en nuestro medio, y frente a la eficacia del acto, la prórroga de la

actuación administrativa a una segunda etapa, o de la vía gubernativa, depende exclusivamente del sujeto pasivo del acto. No se inicia por imperativo legal, sino por decisión unilateral del interesado que se considera afectado en sus derechos, y como una modalidad de resolución directa de conflictos entre las mismas partes involucradas en el acto administrativo.

1. VÍA ADMINISTRATIVA DE IMPUGNACIÓN (GUBERNATIVA)

1094. Del anterior contexto doctrinal podemos concluir, en la terminología de la Ley 1437 de 2011, que con la interposición de recursos se abre una vía administrativa de impugnación de los actos administrativos de contenido individual o colectivos (materialmente, la vieja vía gubernativa) como etapa del procedimiento administrativo, subsiguiente a la notificación y provocada por el sujeto pasivo de la decisión o quien se considere legitimado, mediante la interposición legal y oportuna de recursos con el fin de controvertir el acto en su legalidad.

1095. Recursos que se pueden intentar simultáneamente ante la misma autoridad que lo adoptó con el fin de que se pronuncie, si es el caso del recurso de reposición; o se le dé trámite ante el inmediato superior jerárquico (administrativo) o funcional, en tratándose del recurso de apelación, con el fin de que estas lo reconsideren, modificándolo, aclarándolo o revocándolo.

1096. Se trata, entonces, de una controversia de mera legalidad. En consecuencia, las causales de reclamación contra los actos administrativos enunciados en la Ley 1437 de 2011 deben constituir el punto de partida para la utilización de los recursos gubernativos, en cuanto se refiere a la presentación de argumentos de legalidad. En la práctica se trata de hacer incursionar a la administración en una revisión de lo dispuesto respecto del sujeto pasivo; razón por la cual serán los argumentos jurídicos de inconstitucionalidad o ilegalidad en cualquiera de sus modalidades los que deben servir de sustento a las reclamaciones de esta naturaleza.

2. ACTOS OBJETO DE CONTROL EN LA VÍA ADMINISTRATIVA O GUBERNATIVA

1097. La vía administrativa o gubernativa es un privilegio de las decisiones plenas y de los actos administrativos creadores de situaciones individuales o concretas; no procede contra actos de carácter general, frente a los cuales lo adecuado es la impugnación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa; no es igualmente procedente su apertura para discutir meros actos de la administración, es decir, aquellos que no contienen una decisión creadora de efectos o situaciones jurídicas, como los llamados actos de trámite o preparatorios que desde el punto de vista sustancial están dirigidos tan solo a la impulsión del procedimiento respectivo por parte de la administración.

1098. Son simples instancias dentro de una actuación tendiente a producir una decisión final. Se incluyen por el legislador, como excepciones a la vía gubernativa, de igual manera los actos de ejecución, que corresponden técnicamente a operaciones administrativas de cumplimiento de lo dispuesto en la decisión final de la actuación (art. 75 Ley 1437 de 2011).

1099. El legislador, sin embargo, puede determinar casos en los cuales procedan recursos contra actos intermedios. Por otra parte, si algunos de los calificados como actos de trámite, preparatorios o de ejecución, contienen una decisión, a pesar de su ubicación dentro del trámite de formación del acto, en nuestra opinión son susceptibles de discusión por la vía gubernativa. En esos casos, como lo explicamos a propósito del concepto de acto administrativo, lo determinante es la existencia de una decisión que está llamada a producir efectos jurídicos.

1100. Lo importante para la procedencia de los recursos de la vía gubernativa es que el acto ostente la condición de ser definitivo, porque pone término al asunto o porque lo resuelve de fondo adoptando una decisión. Con ese argumento podemos afirmar que, independientemente de su ubicación, si el acto contiene una decisión, debe ser objeto de controversia gubernativa si el sujeto pasivo se cree vulnerado en sus derechos. De no procederse en ese sentido se estaría impidiendo el ejercicio de los recursos legales, y el afectado podría demandar directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa.

3. RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA O GUBERNATIVA

1101. El surgimiento de la vía gubernativa es un fenómeno eminentemente voluntario del sujeto pasivo de la decisión administrativa. Esta voluntariedad se traduce en la interposición de recursos ante las respectivas autoridades. De acuerdo con la doctrina esos recursos ordinarios de naturaleza procesal administrativa son los de reposición, apelación y queja.

a. RECURSO DE REPOSICIÓN

1102. El recurso de reposición es la vía procesal a través de la cual se llega directamente ante el funcionario que tomó la decisión administrativa con el fin de que la aclare (explique o despeje puntos dudosos), modifique (retome el contenido del acto sustituyéndolo en parte) o revoque (deje totalmente sin efectos la decisión reemplazándola o derogándola) (art. 74 Ley 1437 de 2011).

1103. El recurso de reposición no es obligatorio (art. 76 inciso final Ley 1437 de 2011), significa que su utilización es meramente discrecional por la persona interesada. Su no uso no implica defecto alguno en la vía administrativa o gubernativa; es más, en esos casos no sería indispensable su interposición para agotarla cuando es recurso único. Ahora bien, si se interpone obliga al funcionario a resolverlo y al sujeto pasivo a lo resuelto a través de él. No obstante lo anterior, si en norma especial el legislador lo hace obligatorio debe entenderse que constituye una excepción a la regla antes indicada.

1104. El de reposición se ha considerado históricamente como recurso connatural al Estado de derecho, en especial, al derecho fundamental a la controversia de toda decisión administrativa. Se funda esta tesis en el criterio de que no existe acto administrativo sin control. Se trata, pues, del más elemental de todos los recursos para garantizar el principio de la contradicción y el debido proceso; salvo que el legislador haya dispuesto que contra un acto no proceda recurso, como en el caso del ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, debe entenderse siempre la existencia del recurso de reposición.

b. RECURSO DE APELACIÓN

1105. El de apelación es un recurso obligatorio (cuando procede, para efectos contenciosos administrativos de acceso a la jurisdicción, como se ha explicado,) que se interpone directamente o como subsidio del de reposición, para que se tramite ante el inmediato superior jerárquico (administrativo) o funcional según el caso, con el propósito y finalidad de que este aclare, modifique o revoque el correspondiente acto administrativo. Es subsidiario de la reposición cuando esta es interpuesta (arts. 74 y 76 Ley 1437 de 2011)

c. RECURSO DE QUEJA

1106. El recurso de queja es procedente cuando se rechace el de apelación; desde esta óptica es facultativo y se interpone directamente ante el inmediato superior jerárquico (administrativo) o funcional de aquel funcionario que negó la apelación, que debe ser el mismo que produjo el acto, mediante escrito al que deberá anexarse copia de la providencia a la que se haya negado el recurso. El superior ordenará, una vez recibido el escrito, que se le remita el expediente, procediendo luego a decidir lo que corresponda. El de queja no es un recurso obligatorio (arts. 74 y 76 Ley 1437 de 2011).

4. REQUISITOS Y REGLAS GENERALES PARA LA INTERPOSICIÓN Y TRÁMITE DE LOS RECURSOS EN LA VÍA ADMINISTRATIVA (GUBERNATIVA)

1107. En los artículos 74 a 82 de la Ley 1437 de 2011 se establecen algunas disposiciones comunes a los recursos gubernativos que revisten el carácter de generales y que articuladas nos presentan el siguiente esquema procedimental:

(i) *Interposición por los interesados*. Los recursos administrativos, a diferencia de los jurisdiccionales, pueden interponerse directamente por la persona interesada o su representante si se trata de persona jurídica, o de persona natural que actúa mediante poder general. Si se trata de apoderado especial consideramos que se debe tratar de un profesional del derecho debidamente acreditado para el efecto o haber intervenido como tal en el transcurso de la actuación. Se concluye esto de lo expuesto en el inciso tercero del artículo 77 de la Ley 1437 de 2011, cuando expresa que tan “... sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados...”.

(ii) *Interposición agentes oficiosos*. Los recursos también podrán ser interpuestos por agentes oficiosos de quien pueda resultar afectado con los resultados de la decisión. En estos casos, por expreso requerimiento legal, también se debe acreditar la calidad de abogado y ofrecer prestar la caución que la administración le señale, con la cual garantice que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos meses. La caución constituye una garantía a favor de la administración de que quien se atreve a intervenir de esta manera no lo hace por entorpecer los normales cauces procesales. De no ser así la caución se convierte en una sanción pecuniaria en beneficio de la administración que soporta el actuar ilegal del interviniente. La no ratificación del recurso dentro de ese término ocasionará el archivo del proceso administrativo, e implicará hacer efectiva la caución, y en consecuencia que el acto administrativo quede en firme por la no interposición legal del recurso (incs. 3 y 4 del art. 77 de la Ley 1437 de 2011).

(iii) *Presentación*. (i) Los recursos deberán ser interpuestos por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación (regla general). Encontramos lógico este perentorio mandato legal, si se tiene en cuenta que en nuestro medio es condición indispensable la sustentación de las razones jurídicas que el recurrente utilice para impugnar el acto administrativo; (ii) Los recursos pueden igualmente ser presentados electrónicamente en los términos y condiciones explicados (art. 77 de la Ley 1437 de 2011).

(iv) *Requisitos y contenido de los recursos*. (i). Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido; (ii) Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad. El escrito debe contener expresos los motivos de inconformidad con la decisión (num. 1. art. 77 Ley 1437 de 2011); (iii) Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer; (iv) Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio (art. 77 de la Ley 1437 de 2011).

(v) *Oportunidad y presentación. Se someterán a las siguientes reglas.* (i) si se trata de los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal; (ii) si no se hace en esta diligencia, se deberán interponer dentro de los diez días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso⁸⁹⁹; (iii) Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez; (iv) presentasen ante el funcionario que dictó la decisión; (v) si quien fuere competente no quisiere o no puede por alguna razón recibir los recursos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar (art. 76 de la Ley 1437 de 2011); (vi) Si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos previstos, excepto el de pruebas, el funcionario competente deberá rechazarlo. Contra el rechazo del recurso de apelación procederá el de queja⁹⁰⁰ (art. 78 de la Ley 1437 de 2011).

(vi) *Reglas especiales para los recursos de apelación, reposición y queja.* (i) El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición; (ii) Cuando proceda el de apelación será obligatorio para acceder a la jurisdicción (art. 76 de la Ley 1437 de 2011); (iii) No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos. Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial⁹⁰¹; (iv) Los recursos de reposición y de queja no son obligatorios (art. 76 de la Ley 1437 de 2011); (iii) 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 (inc. 1.º art. 79 de la Ley 1437 de 2011); (iv) El recurso de queja es un recurso facultativo que puede presentarse directamente ante el inmediato superior jerárquico (administrativo) o funcional, del que negó la apelación, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso. De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la decisión. Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso (art. 74 de la Ley 1437 de 2011); (v) Los recursos son desistibles, en consecuencia las providencias impugnadas, una vez desistido de los recursos, quedarán en firme (art. 81 de la Ley 1437 de 2011); (vi) Los recursos se concederán en el efecto suspensivo (art. 79 de la Ley 1437 de 2011);

(vii) *Cargas económicas.* Respecto de asuntos donde se hubiere impuesto una carga económica al sujeto pasivo, para el ejercicio del recurso no es obligatorio acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el acto recurrido exija. Con todo, si el recurrente lo desea puede pagar lo que reconoce deber. Debemos advertir que no obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha considerado contrarias a la Carta Fundamental aquellas disposiciones que eventualmente limiten el pleno ejercicio de los recursos administrativos⁹⁰² (inc. final, art. 77 de la Ley 1437 de 2011).

(viii) *Período probatorio.* Lo expresado a propósito del régimen probatorio, dentro de las actuaciones administrativas, es de aplicación para las pruebas en vía gubernativa. Sin embargo, el legislador ha establecido algunas disposiciones especiales que podemos sintetizar de la siguiente manera: (i) será admisible la totalidad de los medios probatorios indicados y desarrollados en la ley general del proceso; (ii) si se trata específicamente de la práctica de una prueba, el funcionario competente señalará un período probatorio con un término no mayor de treinta (30) días, términos inferiores podrán prorrogarse por una sola vez, sin que con la prórroga el término exceda de treinta

(30) días; (iii) En todo lo que fuere pertinente se aplicarán las normas de la ley general del proceso; (iv) Cuando con un recurso se presenten pruebas, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado a las demás por el término de cinco días (art. 79 de la Ley 1437 de 2011).

5. DECISIONES EN VÍA GUBERNATIVA

1108. Conforme lo establece el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011, concluida la práctica de pruebas, si a ello hubiere lugar y sin necesidad de Auto que así lo declare, se proferirá decisión definitiva y motivada; si no hubiere período probatorio, el funcionario decidirá de plano los recursos interpuestos.

a. DECISIÓN EXPRESA DEFINITIVA

1109. La decisión que pone fin a la vía gubernativa debe ser motivada tanto en sus aspectos de hecho como de derecho, lo mismo que en los de conveniencia si son del caso. Lo anterior se reafirma en razón de que estamos frente a una nueva decisión administrativa que no se aparta formalmente de las producidas durante la etapa de la actuación administrativa. De ahí que el legislador exija los mismos requisitos que para la expedición del primer acto, para el acto final, esto es, para el que resuelve la vía gubernativa; en ese sentido, abordará todas las cuestiones que se hayan planteado y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hubieren sido antes. El acto se notificará, lo mismo que el acto final de la actuación administrativa; de lo contrario no producirá efectos jurídicos.

b. ACTO FICTO O PRESUNTO EN VÍA GUBERNATIVA. SILENCIO ADMINISTRATIVO

1110. Cuando no es notificada oportunamente la decisión que resuelve el ejercicio de los recursos administrativos, a la luz del artículo 86 de la Ley 1437 de 2011 se conforma silencio administrativo con la consecuente configuración de actos fictos o presuntos, con las mismas características enunciadas a propósito del silencio administrativo frente al derecho de petición, esto es, acto ficto de efectos negativos. El artículo en cuestión determina que transcurrido un plazo de dos meses, contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. Lo expresado a propósito del silencio administrativo para el ejercicio del derecho de petición no tiene mayores modificaciones tratándose de ese silencio administrativo en la vía gubernativa. Por regla general ambas decisiones son negativas, y se configuran no por la ausencia de expedición de un acto, sino por la no notificación oportuna de la decisión.

1111. El plazo de los dos meses tiene por expreso mandato legal un período de interrupción, dirigido a proteger a la administración y permitir que el debate probatorio que se genere durante la vía gubernativa se tramite sin presiones en razón del elemento temporal en los términos del artículo 79 de la misma ley. El inciso 2.º del artículo 86 determina que el plazo de los dos meses se interrumpirá mientras dure la práctica de pruebas.

1112. No obstante la ocurrencia del silencio administrativo en la vía gubernativa, la administración no pierde la competencia para decidir en cualquier momento, hasta antes que se le notifique el Auto admisorio de la demanda. Si la persona interesada acude ante la jurisdicción contencioso administrativa, en nuestra opinión no podría válidamente la administración pronunciarse resolviendo

de fondo el asunto planteado por la vía de interposición de recursos, después de estar legalmente vinculada al proceso contencioso a través de la notificación correspondiente.

1113. Esta posición es coherente con lo expuesto por el Consejo de Estado, para quien, ante el ejercicio de las acciones contenciosas frente a un acto ficto, las autoridades deberán abstenerse de resolver el asunto, porque un tercero imparcial es el llamado en virtud de la iniciativa de la persona interesada a resolver el conflicto generado con el surgimiento del acto ficto.

1114. Es decir, el asunto ya no está para resolverse de manera directa sino a través de jueces, razón por la cual el legislador ha previsto que el funcionario administrativo pierda su competencia. El Consejo de Estado sostiene una pérdida de competencia de la autoridad administrativa al ponerse en movimiento el control jurisdiccional por el sujeto pasivo⁹⁰³.

V. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES EN LA LEY 1437 DE 2011

1115. Desde otra perspectiva se debe aclarar que el régimen positivo colombiano de las actuaciones administrativas se caracteriza por la existencia de gran diversidad de procedimientos especiales –en su mayoría anteriores a las disposiciones generales sobre la materia– y un régimen de carácter general, que constituye la regla básica ante la inexistencia de procedimiento especial o la advertencia de vacío en la normatividad específica. Este procedimiento está contenido en los artículos 34 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, al señalar que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por estas, y en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean compatibles. Además del gran número de procedimientos especiales existentes en normas diversas, la Ley 1437 de 2011 se ocupa adicionalmente de establecer algunas disposiciones concretas en materia de procedimientos administrativos especiales en los siguientes casos:

A. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

1116. En los artículos 102 y 269 la Ley 1437 de 2011 trae un procedimiento especial denominado “extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros”, en cuya virtud se pretende que en sede administrativa se lleve a cabo, de manera directa y sin mediación de autoridad judicial, el reconocimiento de derechos a favor de los ciudadanos a través de la extensión y aplicación de la fórmula jurídica (*ratio decidendi*) contenida en una sentencia de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado a la situación fáctica puesta en consideración por el tercero que acude ante la autoridad administrativa, siempre que esta admita ser calificada, en sus hechos jurídicamente relevantes, como similar o análoga a aquella que fue objeto de la decisión unificada. El inciso 1.º del artículo 102 resulta concluyente al efecto: “Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos”, ello sin perjuicio de que a la hora de resolver esas cuestiones las autoridades administrativas deban observar preferentemente los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables al asunto concreto, como lo dejó sentado la Corte Constitucional en la Sentencia C-816 de 2011 que condicionó, en ese sentido, algunos apartes del artículo 102 de la Ley.

1117. Se trata de un instrumento a través del cual el legislador, partiendo de la fuerza vinculante que doctrina y jurisprudencia pregonan del precedente judicial, lo formaliza institucionalmente otorgándole un procedimiento *sui generis* para hacerlo efectivo ante la autoridad administrativa, pretendiendo reducir el cúmulo de asuntos reiterativos que a menudo llegan a las instancias judiciales y que cuentan

con una solución jurisprudencialmente unificada y pacíficamente aceptada por la Alta Corte, persiguiendo brindar celeridad a la resolución de los asuntos que son de conocimiento cotidiano por las autoridades administrativas y, más importante aún, siendo un avance en protección y garantía de derechos al empoderar al ciudadano con instrumentos adicionales y más expeditos para hacerlos valer ante las autoridades.

1. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

1118. El legislador, en su ámbito de libertad de configuración de los procedimientos administrativos y judiciales, estableció con celo una categoría especial y única de decisiones judiciales que tienen aptitud para activar el mecanismo de extensión de jurisprudencia⁹⁰⁴, siendo, a tenor del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, i) las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar jurisprudencia; ii) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios, a saber: de revisión (arts. 248-255) y de unificación de jurisprudencia (arts. 256-268), y iii) las proferidas al decidir el mecanismo eventual de revisión establecido para los medios de control de protección de los derechos e intereses colectivos y reparación de daños causados a un grupo (arts. 11 de la Ley 1285 de 2009 y 272 de la Ley 1437 de 2011)⁹⁰⁵. Por consiguiente, solo estas pueden ser invocadas y operadas por los ciudadanos y las autoridades administrativas para dar curso al procedimiento especial de extensión de jurisprudencia prescrito en los artículos 102 y 269 de la Ley, sin perjuicio del valor de precedente, general, de las demás decisiones que dicte el Consejo de Estado⁹⁰⁶.

2. PETICIÓN Y REQUISITOS FORMALES

1119. El artículo 102 establece un derecho de petición especial en virtud del cual el solicitante puede acudir, siempre que no haya operado la caducidad del medio de control respectivo, ante la autoridad administrativa pidiendo se le reconozca en su favor un derecho con arreglo a la *ratio decidendi* sentada en una sentencia de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, para lo cual debe hacer una exposición razonada, aportar los medios probatorios que tiene en su poder, identificar las que reposan en la Entidad y señalar aquellas que haría valer en un eventual y futuro juicio contencioso y, finalmente, agregar una copia de la sentencia de unificación de jurisprudencia o, cuanto menos, identificar su referencia.

3. TRÁMITE Y TÉRMINO PARA RESOLVER

1120. Recibida la petición, la administración debe dar traslado de la misma a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que emita concepto previo sobre su viabilidad; esta última cuenta con diez días para manifestar su intención de rendir concepto, y en caso de considerarlo contará con veinte subsiguientes para remitirlo a la autoridad administrativa. Así, el término que se tiene para resolver la petición de extensión, que es de treinta días, principiará a partir del día siguiente a que se reciba el concepto de la agencia, venzan los diez días para expresar la intención de emitir concepto o los veinte que tenía para emitir, “lo que ocurra primero”⁹⁰⁷, conforme se sigue del inciso 5.º del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 614 del Código General del Proceso.

4. DECISIÓN A ADOPTAR

1121. Satisfecho el anterior íter procesal debe la autoridad adoptar la decisión que en derecho corresponda. Previene el inciso 4.º del artículo 102 *ibídem* que para tales efectos consultará las normas constitucionales, legales y reglamentarias aplicables, la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación de jurisprudencia, y los demás elementos jurídicos que regulan el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

1122. No obstante, esa amplitud que *prima facie* parece conceder el Código a la autoridad viene a ser disipada por lo pregonado en el inciso 5.º del mismo artículo donde expresamente se reconocen solo tres posibilidades⁹⁰⁸ válidas o legítimas para denegar una petición de extensión de jurisprudencia, en lo que ha venido a ser denominado por la jurisprudencia constitucional como el “apartamiento administrativo”⁹⁰⁹: i) por razones probatorias, cuando la autoridad considere, de manera justificada, la necesidad de acudir a un periodo probatorio para demostrar la carencia de derecho del solicitante; ii) por razones fácticas, esto es, cuando la autoridad considere que la situación fáctica planteada por el solicitante no se subsume, no es similar o análoga, a aquella que fue considerada y resuelta en el fallo de unificación jurisprudencial, y iii) por razones jurídicas, exponiendo la autoridad su desacuerdo con la interpretación brindada en la sentencia de unificación de jurisprudencia.

1123. Dígase, entonces, que en los primeros dos eventos la administración no desconoce el precedente unificado sino que advierte circunstancias (ora fácticas ora probatorias) que le impiden aplicarlo y extenderlo al caso puntual, lo que no ocurre en el tercer supuesto, pues allí la administración cuestiona directamente el precedente unificado y no lo aplica por considerar la existencia de otras buenas razones jurídicas para desestimarlo o dejarlo a un lado.

5. CONTROL JUDICIAL

1124. Lo resuelto por la autoridad administrativa no constituye, en todo caso, decisión definitiva toda vez que, según lo prescrito en el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011, el solicitante puede, en los treinta días siguientes a la notificación y/o comunicación de la decisión (o cuando debió haberse proferido) acudir directamente ante el Consejo de Estado para que sea esa Alta Corte la que revise la actuación administrativa surtida y resuelva si hay lugar a ordenar la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Vale decir que el acto de la administración queda sustraído de los mecanismos administrativos o judiciales ordinarios para su impugnación, toda vez que la Ley solo reconoció, de manera exclusiva y excluyente, el procedimiento del artículo 269 como medio judicial para controvertirlo.

6. TRÁMITE JUDICIAL

1125. Del escrito presentado ante el Consejo de Estado, al que se debe acompañar el trámite administrativo surtido, se dará traslado por treinta días a la autoridad administrativa y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁹¹⁰ para que, si así lo consideran, se opongán a la solicitud y aporten las pruebas pertinentes. Surtido ese trámite en los quince días siguientes se celebrará audiencia pública en la que los intervinientes presentarán oralmente sus alegaciones y, allí mismo, el Consejo de Estado resolverá sobre la extensión de jurisprudencia. De adoptarse decisión favorable para el solicitante lo resuelto tendrá carácter de cosa juzgada con los mismos efectos del fallo que fue objeto

de extensión y en caso de ser necesario liquidar un derecho de patrimonial este asunto se tramitará por vía de un incidente ante el juez competente.

7. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL

1126. La solicitud de extensión de jurisprudencia suspende el término de caducidad del medio de control respectivo hasta i) vencidos los treinta días que se tienen para acudir ante el Consejo de Estado y el interesado no lo ha hecho, o ii) a partir de la ejecutoria de la decisión desfavorable adoptada por el Consejo de Estado. Esto refuerza la concepción del mecanismo de extensión de jurisprudencia como alternativo para la resolución de un conflicto pero no concurrente con la vía judicial, esto es, que no pueden proponerse uno y otro en el mismo tiempo.

B. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL SANCIONATORIO

1127. La administración pública goza de facultades y poderes sancionatorios y punitivos, facultades que el ordenamiento jurídico le entrega con el propósito de hacer prevalecer el interés general y proteger los intereses de la colectividad. En el contexto del Estado social y democrático de derecho y conforme a la configuración garante convencional y del constituyente como del legislador, la administración pública en determinados y concretos ámbitos de su actividad, goza de una definida potestad ordenadora de la actividad de los asociados y de otros entes jurídicos como pueden ser los de derecho públicos, que de manera excepcional, se concreta en el ejercicio de una clara y evidente potestad sancionadora en relación con estos mismos sujetos, por violaciones o desconocimientos del ordenamiento jurídico⁹¹¹.

1128. La Ley 1437 de 2011 introduce un procedimiento administrativo especial tendiente al desarrollo material de esta potestad bajo el contexto del Estado social y democrático de derecho, con sumisión al sistema del ordenamiento jurídico, respeto de los derechos de los investigados y de plenas garantías (*respeto al debido proceso*) en todas sus instancias y momentos procesales. El procedimiento especial incorporado por la ley regula el trámite de las investigaciones y la imposición de las sanciones administrativas que correspondan por infracción al ordenamiento jurídico y para las cuales no exista un procedimiento especial contenido en otras leyes.

1129. De conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 los procedimientos administrativos de carácter sancionatorios no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de la parte primera de la Ley 1437 de 2011, específicamente a los principios relativos a la actividad punitiva administrativa incorporados en normas convencionales, constitucionales y legales, para el caso, concretamente en el artículo 3.º de la Ley 1437 de 2011, y a las disposiciones propiamente de procedimiento sancionatorio incorporadas en los artículos 47 a 52 de esta misma ley, e igualmente a los demás preceptos normativos de la primera parte, en lo no previsto en dichas leyes especiales, que fuere pertinente aplicar con el fin de garantizar plenamente el debido proceso y el principio de contradicción.

1130. Se trata, a no dudarlo, de una fórmula de integración normativa y de principios que fortalece enormemente el principio de complementariedad que rige las relaciones entre normas especiales y generales, y garantiza plenamente la legalidad de las actuaciones, investigaciones y decisiones en materia administrativa sancionatoria y el más profundo respeto a la especialidad. Esta fórmula de integración comprende no solo los procedimientos especiales regulados en leyes especiales, sino

también una fórmula de aplicación indudable en relación con la integración normativa del propio procedimiento administrativo sancionador establecido en la Ley 1437 de 2011, que debe complementarse inevitablemente con los principios y normas contenidas en las demás disposiciones de la primera parte de esa ley en lo que fuere pertinente.

1131. La incorporación de este mecanismo procesal obedece básicamente a la necesidad de establecer una norma de carácter general, aunque aparezca en el código como un procedimiento especial, para imprimirle la fuerza de la legalidad y de la seguridad jurídica a la actividad sancionadora de la administración pública como manifestación concreta del ejercicio del denominado *ius puniendi*, sobre bases de equilibrio entre la discrecionalidad y la necesaria proporcionalidad en el despliegue de la actividad sancionadora de cada uno de los componentes de la administración pública.

1. FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS

1132. El procedimiento administrativo desarrollado en la Ley 1437 de 2011 deviene sin duda de fundamentos convencionales y constitucionales⁹¹². Corresponde en consecuencia a las autoridades brindar las garantías y respetar los mandatos imperativos de las convenciones sobre derechos humanos reconocidos, integrados y protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta tanto la Convención Americana de Derechos Humanos⁹¹³ como los principios propios del procedimiento sancionatorio, emanados del artículo 29 constitucional⁹¹⁴, tales como el de legalidad, y dentro de este los de reserva de ley, tipicidad de la infracción y de la sanción, debido proceso en sus manifestaciones de contradicción, *no reformatio in pejus, non bis in idem*, al igual que los de razonabilidad, motivación, ponderación y proporcionalidad de la sanción, entre otros. Y es que se hace necesario insistir en que cualquier tipo de actuación sancionatoria adelantada por autoridad estatal debe observar de manera integral el plexo de garantías del debido proceso sustancial, de ahí que bajo ninguna consideración puedan avalarse lecturas dirigidas a negar, cercenar o disminuir la vigencia de unas (en desmedro de otras) de las posiciones jurídicas que juegan en favor de todo sujeto que es sometido por la jurisdicción del Estado (judicial o administrativa) a una actuación donde puede ver comprometidos sus derechos⁹¹⁵.

1133. Cobra capital relevancia en este punto no solo la sumisión a las garantías procesales que dimanen de los principios convencionales y constitucionales prenotados, sino también la proscripción de que autoridades administrativas (sancionatorias) asuman conocimiento de asuntos que, materialmente, el sistema jurídico ha encomendado a entidades jurisdiccionales, pues en este caso se revelará una auténtica falta de competencia y una evidente transgresión al principio del *juez natural*.

1134. Ejemplo paradigmático de lo dicho lo constituyen el expreso mandato del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹¹⁶ y la jurisprudencia de la Corte sobre el particular⁹¹⁷, en cuya virtud se sabe que las limitaciones al ejercicio de los derechos políticos debe provenir por condena dictada por juez penal competente dentro de una causal penal, de suerte que decisiones de esa estirpe adoptadas por autoridades administrativas son, a todas luces, contrarias al ordenamiento jurídico y a las garantías del debido proceso.

a. DEBIDO PROCESO

1135. El proceso administrativo sancionatorio configura a no dudarlo (y conforme a lo expuesto en la parte general de este capítulo sobre la figura del debido proceso) el escenario natural y obvio para la plena vigencia del concepto sustancial de debido proceso en todos sus aspectos. No solo para la

defensa, garantía y protección de los bienes jurídicos de la vida, la propiedad, la libertad y la persona, sino de todos los demás bienes que eventualmente se encuentren en juego en una actuación procesal de carácter sancionatorio, en la medida en que recoge los elementos pilares que hacen de las relaciones intersubjetivas al interior del proceso un verdadero mundo de prevalencia del derecho material o sustancial, sin desconocer las formas impuestas por el derecho positivo⁹¹⁸. En ese contexto, se debe entender por debido proceso el más amplio sistema de garantías que procura, a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas⁹¹⁹.

1136. En ese sentido, se entienden como elementos del debido proceso, entre otros, ser escuchado antes de la decisión⁹²⁰; participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas o motivadas; notificaciones oportunas y conforme a la ley; acceso a la información y documentación sobre la actuación⁹²¹; controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal; intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas⁹²², y la obligación de surtir los procedimientos con oportunidad, celeridad y eficacia⁹²³.

b. LEGALIDAD Y TIPICIDAD

1137. Constituye presupuesto básico de las estructuras garantísticas del Estado de Derecho, el de la legalidad previa de las descripciones fácticas reprochables y punibles. El principio de legalidad tan profundamente ligado al concepto mismo de debido proceso, adquiere una nueva dimensión con sustento en las viejas conquistas liberales, el de la necesidad de que el legislador determine las conductas que por su trascendencia, magnitud e importancia deben ser objeto de reproche. Esa idea rectora del respeto al derecho fundamental al debido proceso en el derecho de sanción administrativa, esto es, el del respeto al principio de legalidad y de contera al de la tipicidad de la conducta sancionable, ha sido reiterado por la jurisprudencia nacional. La Corte Constitucional ha destacado los alcances de los principios de legalidad y tipicidad en materia de derecho administrativo de sanción como sigue⁹²⁴⁻⁹³⁰.

c. LEGALIDAD Y SANCIÓN

1138. Complemento inevitable de la anterior visión de la legalidad, es su vinculación con el otro extremo de su contenido, el de la lógica disposición legal de una sanción a quien incurra por el sendero de lo definido legalmente como reprochable. A ese respecto sobra advertir que de manera clara en el ordenamiento jurídico colombiano (art. 29 constitucional) se tiene que en la medida en que esta disposición contentiva del derecho fundamental al debido proceso establece con claridad meridiana que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, debe existir una correlación e integralidad entre las conductas reprochables y la consecuencia sancionadora a la misma establecida en la norma que no puede ser rota en manera alguna por el operador de la norma.

Sobre esa base constitucional la pena o sanción a ser impuesta con ocasión de la infracción del orden jurídico en desarrollo del derecho sancionador administrativo, debe preexistir a los hechos y conductas infractoras en lo que acertadamente identifica la Corte Constitucional como un desarrollo del principio de *lex praevia*⁹²⁶.

1139. La sanción hace parte de la legalidad previa a la conducta reprochable, lo que implica que a esa conducta solo le puede corresponder la sanción que previamente el legislador ha establecido y no

otra diferente. Se actuaría arbitrariamente, y por lo tanto estaría viciada de inconstitucionalidad o ilegalidad cualquier sanción, como puede ser la de imposición de multa según el ejemplo que acompaña al cuestionario formulado, que no se impone conforme a la descripción de la norma que la estableció de manera previa a la conducta que se pretende sancionar⁹²⁷.

d. REFORMATIO IN PEJUS

1140. En nuestro ordenamiento emana del contenido del artículo 31 constitucional que señala en lo pertinente: “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

1141. Frente a la actividad administrativa el tema no fue pacífico sino solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011. Algunos sectores doctrinales encontraban que la *reformatio in pejus* tan solo era aplicable a los procesos de naturaleza jurisdiccional y no administrativa. En diferentes épocas el Consejo de Estado asumió diversas posiciones al respecto⁹²⁸. En algún momento se inclinó por una concepción restrictiva, descartando que pudiera ser aplicado de manera directa a los procedimientos de carácter administrativo, en cuanto no es un mecanismo relativo al debido proceso. Todo lo contrario, desde la perspectiva constitucional se torna una figura autónoma aplicable tan solo a los procesos jurisdiccionales, prácticamente circunscrita a lo penal⁹²⁹.

1142. De manera indirecta la Sección Primera del Consejo de Estado aceptó para determinados procesos administrativos de sanción, especialmente aquellos que se remiten a las normas penales, la aplicación de la *reformatio in pejus* bajo un criterio amplio similar al adoptado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, esto es, circunscribiendo el principio al respeto de la legalidad de la pena regulada por el legislador⁹³⁰; es decir que el superior puede adecuar la sanción administrativa a los marcos regulados por el legislador sin que esto signifique incursionar en el desconocimiento a la norma constitucional de la *reformatio in pejus*⁹³¹.

1143. De tiempo atrás la Corte Constitucional ha venido sosteniendo la tesis de la aplicación amplia y sin distinción del principio a todos los procedimientos de carácter sancionador, sean jurisdiccionales o administrativos, en cuanto el artículo 31 de la Carta no puede ser entendido por fuera de los marcos del concepto del debido proceso⁹³².

e. PROPORCIONALIDAD

1144. La actividad administrativa sancionadora, en cuanto escenario sujeto a los principios del debido proceso, del derecho de defensa, del *non bis in idem*, de tipicidad, de reserva de ley y de discrecionalidad, como se expuso en los numerales anteriores, implica inevitablemente (al momento de formular cargos y posteriormente al adoptar la decisión sancionatoria) proferir las decisiones más adecuadas para atender los requerimientos públicos y la posible confrontación de principios que puedan estar en juego para efectos de fundamentar y sustentar la mejor solución al asunto propuesto.

1145. En esa medida, la ponderación o el balanceo juega un papel trascendente dentro de cualquier concepto operativo de actividad administrativa sancionadora que se intente, sobre todo partiendo de la premisa de que no todas las actividades administrativas sancionadoras están dominadas por reglas que llamen a un simple ejercicio de subsunción normativa, y generan espacios abiertos, objetivos para la imposición de las sanciones por parte de la administración pública que deben dosificarse, o por lo menos contar con una cierta dosimetría.

2. INICIACIÓN Y TRÁMITE. AVERIGUACIONES PREVIAS

1146. Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona, cuando exista fundamento por lo menos sumario a partir de solicitud fundada, o del acervo recaudado o que le fuere allegado a la administración, que le permita adoptar esta decisión oficiosamente, en cumplimiento, entre otras, de funciones administrativas de inspección, control o vigilancia, si es del caso. Si la administración tiene en su poder suficiente información que le permita razonablemente sustentar fáctica y jurídicamente una infracción al ordenamiento con sujetos plenamente identificados podrá iniciar un trámite administrativo sancionador.

1147. No teniendo suficientes argumentos de ese orden, pero teniendo noticia de posibles infracciones, o debiendo cumplir funciones de inspección, control, o vigilancia debe, con el propósito de obtener un mayor grado de certeza en la posible infracción al ordenamiento jurídico, o del cumplimiento adecuado del ordenamiento jurídico por los vigilados o controlados, abrir actuaciones previas al proceso sancionatorio, en lo que el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 denomina “averiguaciones previas”, instancia anterior al trámite sancionatorio propiamente dicho, fundamentalmente documental y probatorio, de clarificación, pero igualmente de profunda sumisión y respeto al debido proceso, y de plena aplicación y vigencia de las garantías procesales definidas en la convención americana de derechos humanos, en la Constitución Política y en la Ley 1437 de 2011, sobre todo existiendo persona o personas identificadas como posibles infractores o con vocación de ser investigados⁹³³.

1148. Del agotamiento de la instancia de las averiguaciones previas pueden surgir dos tipos de decisiones excluyentes: (i) *Archivo*, si se llega a la conclusión de la inexistencia de mérito suficiente para iniciar un proceso sancionatorio formal, y (ii) *Acto de apertura formal de proceso sancionatorio*, ante la existencia de mérito suficiente. En esa decisión además de ordenar la apertura formal de la actuación se ordenarán las demás providencias necesarias para la debida sustanciación del proceso sancionatorio; así mismo, en aras de la garantía al debido proceso y al derecho de defensa se ordenará iniciar el trámite, y comunicar a los interesados la existencia del mismo con el fin de que se hagan parte, hagan valer sus derechos, y disfruten de las garantías procesales y sustanciales que el sistema jurídico les brinda, entre las cuales no solo se deben tener en cuenta y aplicar las que el ordenamiento interno del Estado ofrece, sino también todas aquellas garantías de orden convencional, principalmente, como se ha advertido, las contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos⁹³⁴.

3. DESARROLLO DE LA ACTUACIÓN SANCIONATORIA

1149. Habiéndose dado apertura al proceso mediante la expedición del acto administrativo correspondiente, y estando el mismo en firme, se iniciará el desarrollo formal de la actuación administrativa sancionatoria, durante la cual se producirán las siguientes actuaciones de orden procesal pero en su contextura de garantía y seguridad jurídica: (i) Desarrollo de la actividad de sustanciación del proceso; (ii) Formulación de cargos; (iii) Notificación de los cargos; (iv) Presentación de descargos y solicitud de pruebas; (v) Periodo probatorio; (vi) Alegatos de conclusión; (vii) Decisión; (viii) Recursos y decisión de los mismos, y (ix) Pronunciamiento sobre caducidad de la facultad sancionatoria, si es del caso. Veamos cada una de ellas.

a. DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD DE SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

1150. El acto de apertura formal de proceso sancionatorio no solo cumple el papel estelar de dar inicio oficioso a la actuación procesal, sino que, como se advirtió, a través del mismo las autoridades ordenan el proceso y profieren las órdenes de trámite necesarias para la debida sustanciación del proceso, ordenando y decretando pruebas, pidiendo informes, solicitando documentos, ordenando pericias, etc., es decir, tomando todas las medidas que la ley les permite para obtener los elementos suficientes para sustentar toda decisión de fondo que deba adoptarse en el proceso, sea haciendo imputación a través de la formulación de cargos, u ordenando el archivo del asunto por falta de mérito, y sobre todo ausencia o insuficiencia del material probatorio para hacer una imputación.

1151. La actividad de sustanciación solo puede iniciarse hasta que se produzcan de manera efectiva todos los llamamientos, comunicaciones o notificaciones a los posibles investigados, o a todas aquellas personas que puedan eventualmente ser objeto de algún pronunciamiento en el proceso. Es el escenario natural para brindar todas las garantías propias del debido proceso, derecho de defensa y contradicción conforme a la preceptiva de normas y principios convencionales, constitucionales, legales y a los precedentes de la Corte IDH y de la Corte Constitucional sobre este aspecto vital del proceso sancionatorio.

1152. Es obligación y deber de todas las personas y autoridades brindar a los funcionarios y demás autoridades que adelanten investigaciones de carácter sancionatorio todo el apoyo y cumplir adecuadamente sus requerimientos. En tratándose de las autoridades que incumplan con esos deberes funcionales podrían ser objeto de investigaciones y sanciones disciplinarias a la luz del Código Único Disciplinario. Los particulares, sean personas naturales o jurídicas estarán sujetas a multas sucesivas hasta que cumplan las órdenes de los investigadores en los términos perentorios del artículo 51 de la Ley 1437 de 2011^[935].

b. FORMULACIÓN DE CARGOS

1153. La formulación de cargos solo procede una vez agotada la debida sustanciación del proceso, y como consecuencia de la claridad y objetividad lograda a través del recaudo probatorio y documental. Configura en nuestro ordenamiento la decisión formal de imputación o de atribución de conductas infractoras del ordenamiento a los sujetos investigados mediante acto administrativo. La exigencia de acto o decisión de imputación busca ante todo consolidar garantías objetivas de transparencia en la investigación disciplinaria en relación con elementos y argumentos que se tengan por la administración para formular la imputación. En cuanto fenómeno vinculado a la transparencia conlleva claras exigencias y deberes de información cierta en el sustento de la imputación que permita igualmente una defensa concreta y sustancial frente a las pruebas y argumentos incorporados en los cargos.

1154. El acto debe ser motivado, debidamente razonado fáctica y jurídicamente, claro y preciso, estructurado sobre la base un “test de adecuación y justificación”, que permita de manera anticipada al fallo correspondiente ponderar y proporcionar tanto la calificación de la falta como la imputación y la posible sanción, sobre todo si se trata de infracciones y sanciones que están sujetas en el marco de la ley a condiciones de discrecionalidad, para estos efectos juegan papel trascendente los criterios objetivos señalados en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, y los demás que surjan de la realidad probatoria que sirve de fundamento a la imputación.

1155. Este ejercicio debe mediar la estructuración del pliego en relación con los siguientes aspectos: (i) identificación plena de las personas naturales o jurídicas objeto de la imputación parcial y por lo tanto investigados; (ii) determinación de los hechos que lo originan; (iii) determinación de las personas

naturales o jurídicas objeto de la investigación; (iv) determinación de las disposiciones presuntamente vulneradas; (v) calificación provisional de la gravedad de la falta para lo cual en los términos del artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, las autoridades deberán, entre otras variables, considerar las siguientes, si se dan o es del caso analizarlas de acuerdo con las pruebas recaudadas: daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados; beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero; reincidencia en la comisión de la infracción; resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión; utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos; grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes; renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente; reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas, y (vi) determinación provisional de las sanciones o medidas que serían procedentes⁹³⁶.

1156. Los cargos deben formularse en el transcurso del proceso; ahora bien, nada impide que en el mismo acto de formal apertura se formulen cargos si la administración cuenta con todos los elementos procesales y probatorios para fundamentar debidamente una imputación, o incluso, si la administración no adelanta etapa previa de averiguaciones previas, en cuanto no fuere necesaria, dada la claridad de la razonabilidad fáctica y jurídica que se posea.

c. NOTIFICACIÓN DE LOS CARGOS

1157. Por su importancia, y básicamente en cuanto constituyen el fundamento para el ejercicio del derecho de defensa y del principio de contradicción, los cargos deben formularse mediante acto administrativo el cual debe ser debidamente notificado de manera personal a los investigados, no siendo objeto de recurso alguno⁹³⁷.

d. PRESENTACIÓN DE DESCARGOS Y SOLICITUD DE PRUEBAS

1158. Los descargos configuran el ejercicio material de defensa y contradicción frente a la imputación y su razonabilidad. Para lo cual los investigados gozan de la mayor libertad, no solo para abordar cada uno de los elementos materiales del pliego, sino también para contra argumentar y solicitar o aportar las pruebas que consideren adecuadas y oportunas para sustentar su defensa.

Los investigados podrán, dentro de los quince días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Las autoridades competentes rechazarán de manera motivada, todas aquellas solicitudes o aportes de pruebas que consideren inconducentes, impertinentes y superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente⁹³⁸.

e. PERIODO PROBATORIO

1159. La defensa técnica y sustancial de los investigados invita a la dinámica probatoria, sin límites, ni restricciones que puedan afectar los intereses y derechos de los sujetos pasivos de la investigación en relación con las imputaciones contenidas en los pliegos de cargos. La defensa puede solicitar y acudir a cuanto medio de prueba considere adecuado, oportuno, y materialmente pertinente para sustentar sus argumentaciones y versión de los hechos; en ese aspecto son absolutamente válidos todos los medios

de prueba que permite el ordenamiento jurídico y que acepta la Ley 1437 de 2011. En ese aspecto bien vale la pena recordar los postulados del artículo 40 de esta ley según el cual

Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales [...] El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo [...] Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil...

1160. Ahora bien, la actividad probatoria, conforme lo expuesto en el artículo 40 citado, no solo opera en vía de la defensa de los intereses del investigado, sino también para fortalecer los argumentos y posiciones jurídicas de la administración. La decretación de pruebas en la etapa probatoria del proceso sancionatorio, en los términos estrictos de la norma en discusión no impide que la administración solicite y ordene pruebas oficiosas. Sin embargo, a la luz de los principios del proceso sancionatorio, en especial el de la seguridad jurídica, que implica que toda formulación de imputación se haga sobre bases de claridad, precisión y sobre todo objetividad, implica irremediamente que si se formuló un cargo al investigado es porque la administración tenía la prueba para soportarlo, pues de lo contrario no habría podido formularlo; y es que las imputaciones bajo las estructuras sustanciales del procedimiento sancionatorio de la Ley 1437 de 2011 no se formulan en abstracto, son ante todo el resultado de una actividad y ejercicio de adecuación y justificación de conductas de los investigados como violatorias del orden jurídico, luego las afirmaciones, los dichos, las conclusiones, y sobre todo las imputaciones en pruebas deben estar soportadas.

1161. Cuando se llega al pliego se espera hacerlo porque el proceso ha sido debidamente sustanciado, pues no puede llegar a hacerlo en la actividad probatoria derivada de los descargos, no solo por configurar una actitud de deslealtad y desconocimiento del principio de buena fe en la actividad procesal sancionatoria, sino también porque implica que el derecho de defensa y contradicción que tiene que asegurarse y garantizarse a todo imputado no puede ejercerse sustancialmente en cuanto las nuevas pruebas de la administración podrían variar la imputación o sus circunstancias haciendo imposible una real y efectiva defensa dentro de la actuación posterior a la formulación de cargos.

1162. Por consiguiente, la conclusión que se impone en este escenario es que sin perjuicio de la competencia de la autoridad administrativa de decretar pruebas de oficio en la actuación, la práctica de las mismas y sus resultados no pueden avalar la modificación de los cargos que inicialmente fueron propuestos al encartado. Así, la excepcionalísima facultad del decreto oficioso de pruebas debe enmarcarse como un recurso dirigido a robustecer los referentes fácticos de la conducta sancionatoria que previamente se formuló, y no como un escenario a partir del cual la administración pueda, libremente, alterar los referentes expuestos en el precalificadorio.

1163. Comprenderlo en el sentido contrario llevaría una violación abierta y flagrante al derecho de defensa y debido proceso del sujeto pasivo de la actuación sancionatoria, toda vez que este podría ser sorprendido con modificaciones imprevistas al pliego de cargos que le ha sido imputado (bien sea por variantes en los componentes fácticos o en cuanto a la conducta sancionatoria atribuida) sin contar con oportunidad alguna para plantear sus descargos y formular nuevas solicitudes probatorias al respecto.

1164. Sin embargo, podría argüirse como hipótesis de solución la posibilidad de aplicar, por integración normativa, el precepto del artículo 165 de la Ley 734 de 2002 que admite que la calificación puede ser variada por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente, que esa

variación solo puede ocurrir una vez concluida la etapa probatoria y hasta antes de dictar fallo de primera o única instancia, y manda que cuando ello ocurra la autoridad debe conceder oportunidad al sujeto sancionable para solicitar y practicar pruebas.

1165. No obstante, esa apreciación no es de recibo si se advierte, a tenor del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, que no hay una remisión normativa a otros ordenamientos procesales, de una parte, y precisamente ese procedimiento administrativo sancionatorio ha sido instrumentado por el legislador como vehículo procesal a seguir cuando no exista procedimiento especial previsto en norma especial o para colmar los vacíos normativos de esas leyes especiales.

1166. Por el contrario, apelando a la sistemática y a los principios que inspiran la Ley 1437 de 2011, será del caso acudir al artículo 41, sobre corrección de irregularidades en la actuación administrativa, cuando la administración advierta, luego de expedido el acusatorio y surtido el debate probatorio, la imperiosa necesidad de introducir modificaciones sustantivas al pliego de cargos, para lo cual debe retrotraer la actuación hasta la etapa anterior y proponer un nuevo pliego acusatorio al sujeto sancionable, si de lo que se trata, por caso, es de un yerro en la calificación de la conducta imputada pero que conserva la misma base de hecho que ha sido abordada a lo largo de toda la actuación sancionatoria. De otro lado, bien podría estimarse que si del fruto de las pesquisas obtenidas surgen nuevos referentes fácticos que revistan relevancia sancionatoria no considerados previamente en la actuación, será del caso considerar la apertura de actuación administrativa separada a los fines de garantizar, desde un comienzo y de manera integral, el debido proceso respecto de las novedades advertidas.

1167. Finalmente, cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta días. Cuando sean tres o más los investigados o se deban practicar en el exterior, el término probatorio podrá ser hasta de sesenta días⁹³⁹.

f. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1168. En el procedimiento sancionatorio de la Ley 1437 los alegatos de conclusión constituyen la concreción de los principios de participación efectiva dentro del proceso y el de la contradicción material tanto de la relación fáctica de los cargos y su confrontación con las devenidas del periodo probatorio como la argumentación en derecho de la administración. Consolida la idea sustancial de audiencia y defensa de la actuación administrativa sancionatoria, bajo la representación central de un cierre al derecho y garantía convencional y constitucional del debido proceso. Los alegatos de conclusión resultan ser entonces la consolidación del carácter deliberatorio, activo y democrático del procedimiento sancionatorio bajo las estructuras de la Ley 1437 de 2011. En los términos del inciso segundo del artículo 48 de esta ley "... Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos...".

g. DECISIÓN

1169. La decisión dentro del proceso administrativo sancionador configura el acto administrativo a través del cual se le pone término mediante una decisión de fondo a la actuación correspondiente. Puede revestir tres modalidades: (i) absolutoria de los cargos e imputaciones efectuadas, caso en el cual se ordenará el archivo de la investigación y de sus actuaciones; (ii) sancionatoria ante la procedencia de

las imputaciones, o (iii) declaratoria de situación de caducidad de la facultad sancionatoria en los términos del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

1170. La decisión se sigue por lo normado en los artículos 42, 44, 49 y 50 de la Ley 1437 de 2011: debe estar debidamente motivada en los aspectos fácticos y jurídicos, guardar coherencia con las imputaciones formuladas y hechos que le sirvieron de fundamento, resolver todas las cuestiones y peticiones planteadas dentro de la actuación y como requisito fundamental de validez tan solo puede proferirse una vez se haya dado de manera plena y *sustancial* "... oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones..."; esto es, una vez agotado el periodo probatorio y oídos los argumentos y alegatos debidamente presentados o aportados al plenario, se tomará la decisión teniendo en cuenta lo planteado en el proceso, las opiniones expuestas, las pruebas allegadas legalmente, y los informes disponibles⁹⁴⁰.

1171. Formalmente, en los términos del artículo 49 de la ley en comento, deberá contener: (i) la individualización de la persona natural ó jurídica a sancionar; (ii) el análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción; (iii) las normas infringidas con los hechos probados, y (iv) la decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación.

1172. Si se trata de decisiones sancionatorias proferidas en escenarios de regímenes jurídicos discrecionales en donde resulta fundamental el análisis subjetivo de las conductas, y la sanción a imponer dependa de las circunstancias y de la gravedad e intensidad de las conductas probadas, deberá darse estricta aplicación a lo preceptuado en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, según el cual en la medida en que una decisión sea discrecional "... debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa...".

1173. El juicio decisorio para su adecuada sujeción al ordenamiento jurídico a fin de no incurrir en subjetivismos y arbitrariedades lesionando de manera indebida los derechos subjetivos del investigado, deberá estar mediado por un juicio de ponderación y proporcionalidad, similar al efectuado a propósito de la formulación de cargos, pero ahora definitivo y final en la estructuración de la sanción administrativa. En ese sentido podemos afirmar que la razonabilidad de la decisión en los aspectos discrecionales está sujeta a un claro "test de adecuación y justificación".

1174. Para esos efectos juega un papel trascendente el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 que proporciona elementos objetivos concretos o variables objetivas de utilización precisamente para orientar el test en cuestión; la gravedad de las faltas y la intensidad o rigor de las sanciones podrán estar determinadas por los criterios que la norma en cuestión señala y adicionalmente por los demás criterios que surjan de la realidad probatoria⁹⁴¹.

h. OPORTUNIDAD Y RECURSOS CONTRA EL ACTO SANCIONATORIO

1175. Conforme lo establecido en el artículo 49 de la Ley 1437 de 2011, el acto administrativo definitivo en el proceso administrativo sancionatorio se proferirá dentro de los treinta días siguientes a la presentación de los alegatos de conclusión, y podrá ser objeto de los recursos de reposición, apelación y queja, de conformidad con las disposiciones generales del procedimiento administrativo común y principal, y demás disposiciones sobre revocación y firmeza, ejecutoria y pérdida de fuerza ejecutoria establecidos para ese procedimiento.

i. PRONUNCIAMIENTO SOBRE CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA, SI ES DEL CASO

1176. El tema de la caducidad o prescripción en materia de procedimientos administrativos hace relación, en sentido estricto, a los casos en que se acuda al proceso especial administrativo sancionatorio en los eventos de no existir procedimiento especial aplicable para esos efectos, con disposiciones igualmente especiales en materia de caducidad o prescripción. Bajo este presupuesto, en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 el legislador estableció la figura de la caducidad o prescripción de la facultad sancionatoria cuando deban aplicarse las disposiciones de esta ley⁹⁴².

1177. Para esos efectos, en la norma indicada se abordó el tema haciendo referencia a una doble estructuración de reglas: (i) una general, según la cual "... la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado...", y (ii) una de excepción, que determina que "... Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, ese término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución..."

1178. En conjunto con estas dos reglas se incorporó en el ordenamiento del procedimiento administrativo un principio de seguridad jurídica, ligado inevitablemente a la legalidad de las decisiones en su aspecto temporal. Lo anterior en cuanto constituye principio básico de nuestra estructura jurídico-constitucional como Estado de derecho el de la seguridad y la certeza de las actuaciones y decisiones de las autoridades en todos los órdenes⁹⁴³.

1179. Bajo esa perspectiva se espera de ellas no solo el estricto cumplimiento del régimen sustancial que deban aplicar en cada una de sus manifestaciones, sino también, y de manera principal, el respeto al ámbito temporal concedido por las normas para desempeñarse válidamente. En otras palabras, el ejercicio de autoridad está acompañado del acatamiento imperativo de las reglas de competencia y de los términos estrictos concedidos para su ejercicio. De desconocerse estas premisas lógicas y elementales del actuar público se estaría incursionando en el ámbito de la ilegalidad y consecuentemente de la incompetencia.

1180. En materia del ejercicio del control disciplinario, o más precisamente sancionatorio administrativo, este planteamiento goza de plena aplicación, sobre todo en cuanto está de por medio la certeza de un fallo pronto y oportuno para resolver el conflicto planteado frente a la posible ruptura del principio de legalidad por el servidor público, o el particular objeto de la actuación sancionadora; lo que llama a que las autoridades respectivas se vean vinculadas al cumplimiento estricto de plazos improrrogables para adoptar las decisiones correspondientes, fenómeno conocido como prescripción en las leyes disciplinarias, o caducidad en la normas de la Ley 1437 de 2011. Con la prescripción de la facultad sancionadora, el competente es liberado contra su voluntad por el legislador de la facultad de decidir. Por el simple transcurso del tiempo se extingue la facultad o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción⁹⁴⁴⁻⁹⁵⁰.

1181. En cuanto al momento en que opera materialmente la prescripción de la facultad sancionatoria, consideramos que se da por no haberse adoptado la decisión final, es decir, la que pone término a la actuación conforme al artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 dentro del término de los tres años a que se refiere el artículo 52 de la misma, tres años dentro de los cuales el acto administrativo que impone la sanción debe haberse expedido y notificado es decir haber quedado en firme. Esto es, la caducidad queda interrumpida por una decisión final en firme producida dentro de los tres años. Esta posición del legislador corresponde a la elevación a norma, de tesis en igual sentido, fijada por la sala plena del Consejo de Estado en sentencia de 2009^[946].

1182. Ahora bien, a partir de una sutil y muy discutible determinación el legislador hace diferencia entre lo que es el periodo del proceso administrativo propiamente dicho para adoptar una decisión que resuelva y ponga fin a la actuación administrativa sancionatoria, el cual de manera extraordinaria se prolonga hasta los tres años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que da lugar al proceso sancionatorio, periodo que termina con la adopción del acto sancionatorio, el cual es considerado como acto final, no contando para efectos de la caducidad el periodo de los recursos o de impugnación surgido con la interposición de recursos⁹⁴⁷.

1183. El acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, pues los recursos tienen un trámite diferente al de la actuación específicamente sancionatoria. Precisamente bajo esa consideración el acto que resuelve los recursos tiene un término diferente de caducidad para su expedición. Los recursos contra los actos sancionatorios deben ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esa disposición se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver⁹⁴⁸. Se trata de una caducidad especial acompañada de la configuración de un acto ficto o presunto de efectos positivos a favor de los sancionados, esto es, un acto ficto o presunto revocatorio que sanciona a la administración morosa creando situaciones jurídicas favorables a quienes fueron objeto de sanción disciplinaria⁹⁴⁹.

1184. La sanción decretada por acto administrativo perderá su fuerza ejecutoria por configuración de prescribirá al cabo de cinco años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.

4. LA PONDERACIÓN Y LA PROPORCIONALIDAD EN LA ESTRUCTURACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CARGOS Y DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA. LA VIGENCIA DE UN “TEST DE ADECUACIÓN Y JUSTIFICACIÓN”

1185. La formulación de cargos, en especial la graduación de la infracción a la luz del artículo 50 de la Ley 1437, al igual que similar ejercicio para la justificación de la sanción y la dosificación de la misma, salvo que nos encontremos ante escenarios de sanciones derivadas de un excepcional régimen de responsabilidad objetiva⁹⁵⁰, como ocurre en algunos eventos del derecho al consumo, ambiental, sanidad, etc., configura ante todo un escenario discrecional de la administración, el cual en aras de la prevalencia de la objetividad y la seguridad jurídica de los investigados, debe ser reducido a espacios adecuados, ponderados y proporcionales.

1186. En ese sentido se hace necesaria, conforme lo expuesto a propósito de las potestades materiales de la administración⁹⁵¹, la afirmación de un modelo metodológico adecuado que permita, desde la concepción del derecho administrativo, en el Estado social y democrático de derecho, evitar a toda costa el subjetivismo en el ejercicio de la actividad sancionatoria, la proliferación de decisiones sin justificación, razonabilidad o abiertamente desbordadas en relación con la magnitud de su configuración fáctica. Para esos efectos debemos acudir necesariamente a la aplicación de un “test de adecuación y justificación”.

1187. La aplicación del “test de adecuación y justificación” como metodología en el ejercicio discrecional de la administración pública en el ámbito del procedimiento sancionador tiene sustento constitucional. La afirmación de modelos metodológicos adecuados permite que desde la concepción del derecho administrativo en el Estado social y democrático de derecho el ejercicio de la actividad

administrativa sancionadora pueda encuadrarse, especialmente, en el marco del principio de proporcionalidad, y sobre todo, dentro de los contornos de la ponderación en su despliegue, aplicando un “test de adecuación y justificación”. Así mismo, para la tasación y liquidación la administración pública se sujeta al criterio determinante del análisis subjetivo que remite a la dosimetría de la sanción para valorar la culpa (según lo consagra el art. 63 del Código Civil que señala los criterios para delimitar la culpa y el dolo).

1188. De acuerdo con lo anterior, se propone emplear como metodología para la tasación y liquidación de las sanciones el “test de adecuación y justificación” cuyo fundamento está en la aplicación de la proporcionalidad⁹⁵² desde la perspectiva del juicio de igualdad⁹⁵³, y ante la indeterminación y la vaguedad la necesidad de ponderar y resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de las sanciones.

1189. En ese sentido, se propone, entonces, para una constitucional, debida, adecuada y razonada imposición de sanciones administrativas, sin lesionar intereses subjetivos más allá de lo adecuado y permitido por el ordenamiento jurídico, una dosimetría sujeta al principio de proporcionalidad, en cuanto técnica para adecuar a los parámetros de la ley los espacios discrecionales creados por el legislador, y hacer razonable la afectación de los intereses y derechos subjetivos que deban ser abordados por la sanción administrativa.

1190. Los fundamentos de ese juicio que para los efectos se sustenta en la estructuración de un “test de adecuación y justificación”, no son otros que los principios constitucionales de legalidad, igualdad y motivación, que en el ámbito de la legislación administrativa encuentran cobijo en los preceptos del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011^[954], y que abren la puerta a decisiones administrativas en donde se limiten de manera razonable los derechos subjetivos. El “test” propuesto implica un triple juego de razonamientos:

1191. El primero, el “juicio de utilidad, imprescindibilidad e idoneidad”⁹⁵⁵, implica la verificación de la infracción del ordenamiento jurídico aplicable al consumo, esto es, que se den necesariamente las bases en virtud de la configuración de una infracción para imponer una sanción; en ese momento del ejercicio y para efectos sancionatorios se determina que existe una base para su imposición, que hay lugar a la misma y que por lo tanto, “El medio ha de ser idóneo en relación con el fin”, es decir, que o se agotaron otros medios (advertencias, amonestaciones y apremios), o que solo con la medida sancionatoria se logra el objetivo final de proteger los derechos de los consumidores.

1192. El segundo complementa el primero y depende de él; en realidad no se da si no ha prosperado positivamente el primer juicio. Se trata del denominado “juicio de necesidad”, que para el caso significa la búsqueda dentro del listado de sanciones de la que deba corresponder de acuerdo a la circunstancias y variables que concurran para esos efectos, esto es, si se debe imponer una multa, un cierre, una prohibición u ordenar la destrucción de bienes, etc.; en resumen lo que se busca con este importante ejercicio no es otra cosa que la determinación de la sanción a imponer dentro del esquema de sanciones dispuestas por el legislador, y para esos efectos debemos entender que “El medio debe ser necesario –el más moderado– respecto de todos los medios útiles”.

1193. Para el desarrollo adecuado y razonable de este segundo ejercicio es común acudir a la aplicación de variables que permitan determinar la naturaleza de la infracción al ordenamiento jurídico, la gravedad de la misma, y aunque no son aplicables al caso, tratándose de otros régimen de sanción diferentes al que nos ocupa, en esos juicios se utilizan variables vinculadas a la gravedad como las de si la falta o infracción fue dolosa, si medió la intención para su configuración (art. 63 CC), o

sencillamente culposa, es decir, medida por la negligencia, impericia, descuido (grave, leve, levísima: art. 63 CC).

1194. Sin duda, el objetivo de este juicio no es otro que determinar cómo en función de la infracción cometida y su gravedad cabe que la administración elija, entre todas las medidas sancionatorias, aquella que siendo benigna con el derecho objeto de intervención, encuentra estrecha relación con la idoneidad de la sanción como medio de restablecimiento de la normalidad jurídica vulnerada.

1195. El tercero, o último de los ejercicios, es el de la medida adecuada, justa y equitativa, el de la determinación propiamente de la medida sancionatoria a la medida y tamaño e intensidad de la infracción. Se trata del “juicio de ponderación” en sentido estricto⁹⁵⁶, e invita a que la sanción a imponer debe ser la más ponderada, proporcional y equilibrada. “El medio debe ser ponderado proporcional, equilibrado”. En los términos del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, debe ser la sanción que resulte ser la más adecuada a la norma que le da sustento proporcional a los hechos que le sirven de causa. En esta instancia debe operar también variables primordiales, que adecuen y aproximen los límites de la sanción a las proporciones de la infracción, evitándose el sacrificio injustificado o excesivo de los derechos e intereses subjetivos castigados.

1196. A su vez, el test de “adecuación y justificación” comprende tres subprincipios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto⁹⁵⁷. Para analizar esta premisa se exige revisar diferentes supuestos de ejercicio de la actividad sancionadora en los que pueda determinarse si, concebida la infracción con un carácter subjetivo u objetivo, así como la sanción, cabe afirmar que la administración pública debe atender a la debida ponderación para la resolución de los casos concretos que tiene a su consideración. Por lo tanto, en este apartado se examina lo se denomina la “dosimetría sancionadora” que opera en diferentes ámbitos: servicios públicos, servicio público de energía, consumo, urbanismo y medio ambiente.

C. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE COBRO COACTIVO (¿JURISDICCIONAL?)

1197. Según lo dispone el artículo 98 de la Ley 1437 de 2011 las entidades públicas definidas en el párrafo del artículo 104, es decir, toda entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación, al igual que 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%. deben recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo. Para el efecto están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.

1198. El denominado proceso por jurisdicción coactiva constituye una modalidad de proceso ejecutivo, de carácter administrativo (¿jurisdiccional?)⁹⁵⁸, a cargo de las autoridades administrativas especialmente investidas de jurisdicción por la ley en los términos del artículo 116 C.N.⁹⁵⁹, y de manera excepcional y parcial ante la jurisdicción contencioso administrativa, según lo dispone el artículo 101 de la Ley 1437 de 2011, con el exclusivo propósito del cobro de obligaciones ciertas y exigibles a favor del Estado o de las entidades públicas.

1. RÉGIMEN JURÍDICO

1199. El proceso, en cuanto tiene relación con las actuaciones de las autoridades administrativas, se rige a lo dispuesto en los artículos 5.º de la Ley 1066 de 2006 y 98 a 101 de la Ley 1437 de 2011, de donde se sigue que el procedimiento aplicable se determina con arreglo a los siguientes criterios: i) aplicación de normativa especial en aquellos asuntos donde ello exista; ii) aplicación del procedimiento establecido en la Ley 1437 de 2011 (arts. 98 a 101) y el Estatuto Tributario (arts. 823 y ss.) cuando no exista norma especial; iii) aplicación íntegra de las disposiciones del Estatuto Tributario cuando se trate de obligaciones de carácter tributario, y iv) aplicación supletoria, en los aspectos no previstos en las normas especiales o el Estatuto Tributario, de las normas de la Primera Parte de la Ley 1437 de 2011 y el Código de Procedimiento Civil⁹⁶⁰, en lo que sea compatible. No obstante lo anterior, lo cierto es que, independientemente del régimen normativo aplicable para adelantar el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, la jurisdicción contenciosa interviene tan solo en algunos de sus trámites. Por ejemplo, siguiendo lo prescrito en el artículo 101 se tiene que son de conocimiento judicial tres decisiones, a saber: los actos que deciden las excepciones a favor del deudor, los que ordenan llevar adelante la ejecución y los que liquidan el crédito.

2. REGLAS DE CARÁCTER PROCEDIMENTAL

1200. Aplicando las normas antecitadas se deducen las siguientes reglas procedimentales especiales para adelantar los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva:

a. FUNCIONARIOS COMPETENTES

1201. Del artículo 5.º de la Ley 1066 de 2006 se desprenden los siguientes elementos relevantes en torno a la identificación del sujeto titular de esa potestad al prevenir que la competencia recae sobre las entidades públicas que a) tengan a su cargo, y de manera permanente, actividades y funciones administrativas o de prestación de servicios, y b) que, con ocasión de esas competencias, les corresponda el recaudo de rentas o caudales públicos, asignándoseles la posibilidad exorbitante de impulsar y llevar hasta su culminación, actuando como juez y parte, el cobro de sumas de dinero en su favor, constituyendo así una excepción a la regla generalísima de acudir al aparato jurisdiccional

b. TRÁMITE

1202. Como se dejó expuesto arriba, los senderos procesales a observar en cada actuación de materialización de jurisdicción coactiva dicen relación con algunas de las tres hipótesis que expresamente fueron reconocidas por el artículo 100 de la Ley 1437 de 2011, constituyendo la aplicación del procedimiento civil y la primera parte, sobre actuaciones administrativas, de la Ley 1437 de 2011 de carácter supletorio en casos de existencia de vacíos.

c. PROCESO EJECUTIVO Y VÍA GUBERNATIVA

1203. El proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva no puede constituirse en una nueva instancia para debatir los temas propios de los recursos administrativos ni de los procesos ordinarios que se adelanten contra los actos que le sirven de fundamento. El ejecutivo parte de la existencia real, expresa, clara y exigible de una obligación, no dándose por lo tanto oportunidad para debates sustanciales en torno de

la obligación. Definitivamente en esos procesos no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos en sede administrativa.

d. TÍTULOS QUE PRESTAN MÉRITO POR JURISDICCIÓN COACTIVA

1204. El legislador ha determinado los títulos que pueden ser invocados para efectos de adelantar procesos de jurisdicción coactiva. De manera clara e irrefutable la identificación de aquellos documentos que cuentan con entidad como para ser calificados como títulos que prestan mérito de jurisdicción coactiva son los recogidos en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, siempre y cuando contengan obligaciones claras, expresas y exigibles.

[...] 1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de entidades públicas⁹⁶¹ la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos por la ley.

Constituye requisito básico para la configuración de este título que exista un acto administrativo que haya cumplido con los requerimiento de los artículos 66, 87 y 89 de la Ley 2437 de 2011, esto es, se encuentre en firme, notificado y sea ejecutorio o exigible de manera inmediata, de forma que sea susceptible de llevar a cobro coactivo si el obligado se rebela. Es de advertir que si el acto está incurso en alguna de las hipótesis de pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, las autoridades se verán imposibilitadas de efectuar el cobro correspondiente. De iniciarlo podría proponer la excepción del artículo 92 de la misma Ley. Por otra parte, el acto administrativo debe contener la obligación de pagar una suma líquida de dinero, determinada y no por determinar, esto es, concreta y específica, pues de lo contrario se imposibilitaría su recuperación por la vía ejecutiva. Con ese título se ampararían, por ejemplo, las deudas de los usuarios a las empresas de servicios públicos domiciliarios⁹⁶².

2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del tesoro nacional o de entidades públicas⁹⁶³ la obligación de pagar una suma líquida de dinero.

Debe tratarse de sentencias en firme y ejecutoriadas conforme al Código General del Proceso, el Procedimiento Contencioso Administrativo o al aplicable de conformidad con la jurisdicción donde se profiera el correspondiente fallo. Al igual que lo señalado a propósito de los actos que constituyen títulos ejecutivos, la sentencia debe contener la obligación de pagar una suma líquida de dinero, determinada y no por determinar, esto es, concreta y específica, de lo contrario se imposibilitaría su recuperación por la vía ejecutiva. No constituiría título suficiente, por ejemplo, la sentencia que hubiere efectuado una condena en abstracto. En esta hipótesis sería procedente su cobro ejecutivo solo si se hubieran efectuado los trámites o procedimientos para su liquidación en concreto, y se hubiere obtenido un resultado definitivo y perfectamente cuantificable.

3. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías, junto con el acto administrativo que declare el incumplimiento o la caducidad, también el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual, según el caso.

Si bien es cierto este título no es para ser invocado por la vía de la jurisdicción coactiva, en cuanto las deudas originadas en un contrato estatal son ahora, a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, exigibles por la vía del ejecutivo ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa, no por ello

puede sostenerse que no sea un título válido para esos propósitos. Esta aclaración es necesaria en cuanto algunos sectores de la doctrina, confundiendo título ejecutivo con procedimiento a seguir y autoridades competentes, vienen sosteniendo lo contrario. El título es título ante cualquier autoridad judicial competente para adelantar el proceso ejecutivo.

4. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.

Establece esta disposición una especie de título complejo que comprendería las hipótesis en que se hacen exigibles garantías a través de actos administrativos, caso en el cual el título se integrará tanto por la garantía correspondiente como por el acto que reúna plenamente las mismas características y requisitos del señalado en el primero de los títulos expuestos. Casos como estos se presentarían, por ejemplo, para integrar el título en la declaratoria de siniestros o la exigibilidad de las indemnizaciones contenidas en garantías como las de cumplimiento⁹⁶⁴.

5. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor.

Esto es, todas las demás que reúnan plenamente las exigencias del inciso 1.º del artículo 99, esto es, que contengan una obligación clara, expresa y exigible. En nuestra opinión no estamos ante una norma ambigua, en realidad la norma se refiere a cualquier documento en donde conste una obligación expresa, clara y exigible, y que obviamente pueda ser reclamada por la vía del ejecutivo por jurisdicción coactiva⁹⁶⁵.

e. NOTIFICACIÓN DEL MANDAMIENTO EJECUTIVO

1205. En el artículo 826 del Estatuto Tributario se establece una norma especial para efectos de la notificación personal de los mandamientos ejecutivos en jurisdicción coactiva al deudor o a su representante o apoderado, que armoniza una regla general de convocatoria directa con una de excepción de publicidad general, y otra, si no se logran los propósitos de convocatoria con la primera. Inicialmente se cita al demandado por medio de comunicación previa para que comparezca en los diez días siguientes a efectos de surtir la notificación personal. En caso de hacerse notificación por correo debe informarse ello por cualquier medio de comunicación del lugar. En la misma forma se notificará el mandamiento a los herederos del deudor y a los deudores solidarios.

f. EMBARGOS

1206. La efectividad de cualquier proceso ejecutivo depende de la prenda que se logre obtener para garantizar el pago correspondiente. Esta realidad no es ajena a los procesos por jurisdicción coactiva. Los artículos 837 y 838 del Estatuto Tributario faculta, de manera previa o concomitantemente a la notificación del mandamiento, a decretar y realizar embargos y secuestros preventivos de los bienes de propiedad del deudor, siendo preceptivo que los embargos solo se pueden extender hasta el doble del importe de la deuda más intereses.

g. APLICACIÓN SUPLETORIA

1207. En todo lo demás no regulado en las normas especiales sobre procesos de jurisdicción coactiva se aplicarán las reglas de la primera parte de la Ley 1437 de 2011 o el Código General del Proceso, en cuanto no sean incompatibles con las disposiciones especiales antes enunciadas.

D. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE CONSULTA PREVIA

1208. El procedimiento administrativo especial de consulta obligatoria se incorpora, desde la perspectiva procesal y con consecuencias directas en la legalidad de las decisiones que se adopten violando la vincularidad de la consulta, en el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011^[966]. Se dispone precisamente 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 figura se encuadra de manera principal en el caso de las consultas previas obligantes y vinculantes de orden convencional y constitucional, como sucede en materia de comunidades indígenas y de las negritudes.

1. DERECHO CONVENCIONAL A LA CONSULTA PREVIA

1209. El derecho de consulta previa, que presenta la naturaleza de derecho fundamental para sus titulares⁹⁶⁷, de origen convencional y constitucional, está llamado a ser observado respecto de *cualquier medida* (sea esta legislativa o administrativa) que tenga entidad o potencialidad de afectar directamente a estos grupos poblacionales⁹⁶⁸.

1210. El artículo 6.º del Convenio 169 de OIT establece un doble deber estatal respecto a los derechos de participación de las comunidades: uno genérico que dice relación con el derecho a participar “en la misma medida que otros sectores de la población” en las instancias del poder público “responsables de políticas y programas que les conciernan”, lo que se estructura como un auténtico mandato de igualdad formulado en términos negativos: trato igual a las comunidades en relación con otros sectores de la población en aquellos asuntos que, en general, dicen relación con la conformación y control del poder público y, por ende, proscripción de establecer cualquier medida que restrinja o limite el goce de este derecho. De otra parte, surge un derecho de participación especial que tiene lugar ante las “medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente”, supuesto en el cual el Convenio 169 OIT provee un mecanismo distinto y preferente que toma en consideración la situación de especial protección que merecen las comunidades diferenciadas, los postulados de diversidad y pluralismo étnico y cultural y, a partir de allí, reconoce como insuficientes los métodos o instrumentos tradicionales de participación y toma de decisiones⁹⁶⁹⁻⁹⁷⁵.

2. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA, CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO

1211. La jurisprudencia interamericana ha calificado el derecho-deber de consulta previa como una cuestión que ha pasado a integrar la categoría de principio general del derecho internacional:

[...] 164. [...] la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional. // 165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas⁹⁷¹.

1212. El elemento *necesario* para la procedencia de la consulta previa, no es otro que el de “afectación directa” y sustancial que las medidas administrativas o legislativas puedan generar respecto de las comunidades diferenciadas, y que no correspondan a una afectación apenas indirecta o mediata que están llamados a soportar u observar en pie de igualdad respecto de los demás ciudadanos del territorio nacional; hay una afectación directa “cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes o, por el contrario, le confiere beneficios”⁹⁷². De todos modos en uno u otro sentido, con la afectación directa les asiste el derecho a la consulta previa⁹⁷³⁻⁹⁷⁴.

1213. Debe tratarse de una afectación *diferenciada* que impacte singularmente a esas comunidades y ello puede ser así cuando, luego de valorar el alcance jurídico de las medidas⁹⁷⁵, se concluya que las mismas tienen entidad o potencialidad como para afectar, diferenciadamente, un derecho, situación o interés jurídicamente tutelado a las comunidades indígenas y afrodescendientes⁹⁷⁶⁻⁹⁷⁷.

1214. Se destaca en la providencia del Consejo de Estado en análisis, cómo la afectación directa se puede presentar en cualquier ámbito, de ahí que la consulta no se contrae al específico asunto de explotación de recursos naturales existentes en territorios pertenecientes a comunidades étnicas (supuesto recogido en el parág. del art. 330 constitucional y el art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT)⁹⁷⁸.

1215. De hecho, el mismo convenio reconoce otros cinco eventos de procedibilidad de la consulta previa: i) exigencia de consentimiento (que no solo consulta) cuando se trate de traslado y reubicación de los pueblos (art. 16); ii) medidas acerca de la capacidad de enajenación de tierras (art. 17); iii) medidas relacionadas con la organización y funcionamiento de programas de formación profesional (art. 22); iv) medidas sobre programas y servicios de educación (art. 27); v) medidas relacionadas con enseñanza y conservación de la lengua (art. 28); al tiempo que la DNUDPI establece que vi) se deberá obtener el consentimiento en casos de traslado de pueblos indígenas (art. 10.º, DNUDPI), vii) consultar antes de utilizar las tierras o territorios para actividades militares (art. 30 DNUDPI), y viii) obtener el consentimiento antes de la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (art. 32, DNUDPI); mientras que la jurisprudencia interamericana ha agregado a este elenco ix) el deber de consulta cuando se trate de determinar las reparaciones a los pueblos bien por violación del derecho de consulta o por otras medidas realizadas en sus territorios⁹⁷⁹.

1216. El Consejo de Estado reitera que la cuestión relativa a los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes ha recibido especial atención de la jurisprudencia interamericana y constitucional en punto a la realización de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que puedan generar impacto en sus territorios, donde se ha reconocido que “El Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”⁹⁸⁰, *dictum* reiterado en los fallos dictados en los casos de Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador y Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras⁹⁸¹, al tiempo que la Corte Constitucional ha señalado:

... esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio afrodescendiente e indígenas, es deber del Estado no solo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de explotación y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales [...]⁹⁸².

Ello por cuanto

... no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ellos, en casos excepcionales o límite [...] si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que le consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser⁹⁸³.

1217. En el análisis detallado de la evolución de la figura en la jurisprudencia internacional y en los pronunciamiento de los organismos internacionales de derechos humanos indica el Consejo de Estado en sus estudio que, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha señalado:

[...] 28. [...] No hay duda de que, habida cuenta del carácter invasivo de la extracción de los recursos naturales a escala industrial, el disfruto de esos derechos se ve invariablemente afectado de una u otra forma cuando las actividades extractivas tienen lugar dentro de los territorios indígenas; *de ahí se deriva la regla general de que el consentimiento de los indígenas es obligatorio para las actividades extractivas dentro de sus territorios*⁹⁸⁴ (cursiva fuera de texto).

Esta misma línea de pensamiento se ve reflejada en lo sostenido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁹⁸⁵. En lo que respecta al Estado colombiano, se cuenta con las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de Colombia E/C.12/COL/CO/5 donde se dijo:

[...] 9. Al Comité le preocupa que en el Estado parte se lleven a cabo grandes proyectos de infraestructura, desarrollo y minería sin haberse obtenido el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes afectadas. Al Comité le preocupa asimismo que, según la Corte Constitucional, los representantes legítimos de las comunidades afro descendientes no hayan participado en el proceso de consultas [...]^{986_987}.

1218. Por último, la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de reglas y subreglas relativas a la procedencia y alcance de la consulta previa, de vital importancia para su ejercicio y, en especial, para su garantía, debido a lo cual se transcribe *in extenso*:

Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de

la OIT. Finalmente, (v) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

Las reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida, y (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social⁹⁸⁸.

E. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL PARA LA PRODUCCIÓN DE NORMAS GENERALES REGULADORAS

1219. En los términos del numeral 8 artículo 8.º de la Ley 1437 de 2011, se incorpora en la legislación nacional un interesante procedimiento administrativo de carácter previo a la adopción de decisiones normativas de carácter general, procedimiento tendiente a incentivar el debate, la documentación, la participación directa con las personas sectorialmente interesadas en los alcances de la regulación o reglamentación de determinadas materias. Se trata de un importante avance en la democracia participativa y de transparencia en materia administrativa, bajo los postulados del Estado social y democrático de derecho⁹⁸⁹.

F. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL PARA LA TRAMITACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1220. La propuesta de excepción de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo implica sustancialmente la generación de una actuación administrativa a la luz de lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 1437 de 2011, la cual culmina con una decisión administrativa que reviste el carácter de acto administrativo objeto de control jurisdiccional; ello significa que, por lo menos de manera sumaria, se agotan instancias ante la administración en las cuales se deben brindar las garantías mínimas de audiencia y defensa, y las demás propias del debido proceso, en un asunto tan trascendental para la seguridad jurídica como es el saber o no si un acto administrativo que se pretende ejecutar está o no surtiendo efectos dentro del tráfico jurídico⁹⁹⁰.

G. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL PARA LA TRAMITACIÓN DE REVOCACIONES SOLICITADAS (RECURSO EXTRAORDINARIO Y ESPECIAL) Y OFICIOSAS (MECANISMO DE LA ADMINISTRACIÓN)

1221. En tratándose de la revocación como recurso o de la revocación como instrumento de la administración, e incluso de la revocación sin beneplácito previo, debe generarse siempre una actuación administrativa donde se brinde la totalidad de garantías establecidas en el artículo 29 constitucional en concordancia con la Ley 1437 de 2011, específicamente en relación con el procedimiento administrativo común y principal, y los principios generales de las actuaciones administrativas. Lo cual significa que se debe tramitar cualquier solicitud de revocación a través de un

procedimiento administrativo especial, estructurado a partir de la norma general de procedimientos explicada ampliamente en este capítulo.

1222. Así lo prevé el párrafo del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, al ordenar que la revocatoria procederá previa garantía del derecho de audiencia y defensa. Implica lo anterior que en estos eventos el debido proceso no se garantiza exclusivamente con el ejercicio de la mera presentación de la solicitud de revocatoria, o del simple aviso de inicio de actuación administrativa de revocación oficiosa, sino básicamente con la presencia previa de la persona afectada con la decisión. La solicitud de beneplácito para la revocación tratándose de derechos subjetivos debe ser dentro de actuación administrativa cumpliendo todas las ritualidades y principios vinculados con el debido proceso.

Los actos administrativos *

INTRODUCCIÓN. EL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1223. Estudiadas las bases conceptuales de las actuaciones administrativas y los medios accesorios a la actividad de la administración pública como formas de expresión jurídica institucional de las autoridades y los particulares con funciones administrativas, nos corresponde abordar en este capítulo el medio directo por excelencia para el cumplimiento de los fines y propósitos estatales, conocido como decisión administrativa, y enmarcado tradicionalmente dentro de la teoría del acto administrativo⁹⁹¹.

1224. El estudio específico de este instrumento jurídico administrativo se debe hacer necesariamente a partir de su estructura, concepto, modalidades y finalidad, dentro del contexto de relación con el devenir de las instituciones jurídicas del Estado contemporáneo, esto es, del Estado social y democrático de derecho, entendiéndolo básicamente como un fenómeno sustancial, ligado a los principios de legalidad, división de poderes y control de la actividad administrativa, de los cuales se desprende como una consecuencia lógica e inmediata⁹⁹², y así mismo, connatural al debido proceso. Dentro de una concepción moderna de la institución, es decir, la vinculada a un Estado constitucional y social de derecho, no se puede perder de vista que el acto administrativo no debe seguir entendiéndose como una creación espontánea y aislada, simple resultado del ejercicio arbitrario o prepotente de la fuerza de los órganos administrativos, o de sus atribuciones, sino, por el contrario, como producto de un poder público aconductado y sometido al derecho, ejercido a través de unos procedimientos garantísticos previamente definidos. Por ese sendero doctrinal el acto administrativo, general, particular, o incluso el de contenido colectivo, en la hora actual del derecho administrativo, se reconduce como el producto final del debate, la controversia, la participación y la prevalencia de los derechos.

1225. Esa es la razón para que a partir del principio de la legalidad, en sentido amplio y material –sujeción al sistema del ordenamiento jurídico–, se sustente esa magnífica construcción jurídica en todos sus aspectos. La legalidad así entendida enmarca tanto procedimientos como decisiones de quienes ejercen funciones administrativas tendientes a la producción de efectos jurídicos dentro de un Estado organizado como de derecho. Esta sujeción necesaria se complementa con mayor razón en los actuales momentos de la evolución política y jurídica, en donde lo social y lo democrático tienen prevalencia y determinan en lo material el ordenamiento administrativo. Como consecuencia, resulta imposible una aproximación sustancial al concepto, negándole entidad al orden convencional, constitucional y legal, entendiendo el acto administrativo como el instrumento jurídico del Estado de derecho puesto a disposición de quienes ejercen funciones administrativas en el ámbito de las relaciones jurídico administrativas.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO RESULTADO DE LA EVOLUCIÓN POLÍTICA, JURÍDICA Y ECONÓMICA DEL ESTADO INSTITUCIONALIZADO

A. SURGIMIENTO DE LA FIGURA EN EL DERECHO FRANCÉS COMO CRITERIO EMPÍRICO FORMALISTA. APORTES DE LA DOCTRINA ALEMANA PARA SU ENTENDIMIENTO COMO FENÓMENO SUSTANCIAL CON CONTENIDO Y FORMA

1226. En su evolución, por lo menos en el derecho francés al cual se le atribuye su origen, el concepto no surgió como un desarrollo estricto del principio de legalidad. La calificación de actos administrativos aparece como un criterio empírico formalista o especie de denominación global que sirvió a las autoridades para definir la competencia de los órganos de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, en su formación se observa una interesante necesidad de tipo procesal y no, como en estricta lógica debió ocurrir en coherencia con el pensamiento revolucionario de la época, una primaria sujeción de la administración a la ley⁹⁹³ limitativa del poder absoluto⁹⁹⁴.

1227. Paradójicamente esa calificación fue utilizada para identificar todas las decisiones de la administración que fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria y atribuidas inicialmente –en Francia– a órganos de la misma administración, y con posterioridad a la justicia especializada de lo contencioso administrativo. En consecuencia, en lo referente al conocimiento de los litigios de la administración aparece como un criterio de delimitación negativa de competencias de los tribunales ordinarios en virtud de la profunda desconfianza de los revolucionarios frente a esa justicia. Con esos razonamientos la figura se acercaba más al principio de la separación de poderes que al de la legalidad. La naturaleza del acto administrativo en sentido sustancial, como desarrollo directo y principal del principio de legalidad, se consolidó en Francia muchos años después del acceso de los revolucionarios al poder⁹⁹⁵.

1228. Con anterioridad a la elaboración del concepto de acto administrativo –*ancien régime*– se acudía a otras expresiones con las cuales se intentaba identificar fenómenos similares que se configuraban a partir del ejercicio del poder concentrado en el Estado personalizado; entre otras: actos del rey, actos de la corona, actos del fisco. No obstante, se puede afirmar con certeza que antes de la Revolución Francesa la teoría del acto administrativo era prácticamente desconocida. Se trata, en esencia, de un fenómeno típico de la evolución institucional del Estado de derecho.

1229. La concepción formalista y procesalista, que, como anotábamos, fue con la que se inició en el derecho francés el concepto de acto administrativo, tuvo sus principales manifestaciones en multiplicidad de normas constitucionales y legales de ese país. Al hacer un recuento de este conjunto de disposiciones relativas al concepto de acto administrativo, Santamaría Pastor⁹⁹⁶ precisa que ese principio ha sido reiterado en los textos legales de los primeros años de la revolución: el artículo 7.º de la Ley del 22 de diciembre de 1789 sobre constitución de las asambleas primarias y de las asambleas administrativas, y la instrucción del 8 de enero de 1790, en los cuales se proscribió todo acto de perturbación de la actividad administrativa por los tribunales judiciales, calificando cualquier decisión de estos frente a aquella como inconstitucional y sin posibilidad de surtir efectos.

1230. En similar sentido, la Ley básica del 16-24 de agosto de 1790 sobre organización judicial, que de manera directa señalaba que “las funciones judiciales son distintas y deberán permanecer siempre separadas de las administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricato, perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni mucho menos citar delante de ellos a los administradores por razón de sus funciones...”; la Ley del 7-14 de octubre de 1790 que sustrajo expresamente el recurso por incompetencia del conocimiento de los jueces ordinarios, y reiteró la competencia de la administración para conocerlos; la Constitución del 3-14 de septiembre de 1791 que en el artículo 3.º del Título III, Capítulo V de su codificación, dispuso que “... los tribunales no podrán entrometerse en las funciones administrativas o citar delante de ellos a los administradores por razón de sus funciones...”; la Constitución del 5 fructidor del año III que reiteró la anterior prohibición; por su parte, con la Ley del 16 de fructidor del mismo año se consolidó el proceso de restricción a la

jurisdicción ordinaria disponiendo la prohibición absoluta de que los tribunales ordinarios conocieran de los actos de la administración⁹⁹⁷.

1231. Esta base normativa constituyó el punto de partida de importantes providencias resolutorias de conflictos de competencia en el derecho francés revolucionario, como la del 2 de germinal del año V en la que se definieron dos clases de casos de la administración: los surgidos de las operaciones del cuerpo administrativo y los actos de la administración que provenían de las órdenes del gobierno, o de sus agentes inmediatos, bajo su vigilancia y con fondos proporcionados por el Tesoro Público.

1232. Desde una perspectiva doctrinal encontramos prácticamente uniformidad en los trabajos de derecho administrativo en el sentido de que tan solo a partir del *Repertorio* de Merlín, publicado en la 4.^a edición de Guyot en 1812, apareció por primera vez la voz “acto administrativo”, que se define como una decisión de la autoridad administrativa, una acción, un acto de administración que tiene relación con sus funciones⁹⁹⁸, pretendiendo de esa forma enriquecer un término que hasta ese momento se manejaba estrictamente sobre la base de parámetros procesales sin contenido preciso.

1233. Debemos reconocer, sin embargo, que le correspondió en definitiva a la doctrina alemana entrar a consolidar un criterio sustancial del concepto en el sentido en que actualmente lo entendemos en el derecho administrativo.

1234. La doctrina alemana vincula a la determinación del contenido del acto administrativo el concepto de negocio jurídico⁹⁹⁹; de ahí que se sostenga que es a partir de estas elaboraciones que debe iniciarse cualquier aproximación a la materia. El acto administrativo, con independencia de las razones procesales de su surgimiento en el derecho francés, tiene sus raíces en las elaboraciones de los teóricos ius-privativas franco-germanos, quienes se basaron principalmente en las exposiciones doctrinarias y filosóficas desarrolladas durante el siglo XVII por Kant en *Fichte-Grundlagen des Naturrechts*. La teoría del acto administrativo se formó a partir del desarrollo doctrinal especializado y autónomo del concepto genérico de negocio jurídico, que le trasladó al concepto elementos sustanciales como los de declaración de voluntad, no en el sentido predicado por el derecho privado, es decir, fruto de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, del ejercicio del poder por la autoridad administrativa¹⁰⁰⁰, respetando en todo caso el orden normativo, y teniendo siempre presente que a la función administrativa la orienta ante todo la prosecución del bien común, el interés público y las debidas garantías al administrado¹⁰⁰¹.

1235. El concepto formalista o procesalista de claro origen francés, consolidado en las intimidades propias de su historia revolucionaria, y el material que pretende darle una sustancia propia a través de la aplicación de criterios civilistas, sin duda demarcan para la disciplina puntos de referencia básicos que en la hora actual no pueden perderse de vista en cuanto que resultan determinantes para el análisis de las manifestaciones de las autoridades en ejercicio de las funciones administrativas y de las normas de competencia jurisdiccionales tendientes a determinar el control de las decisiones producidas por las autoridades. Es decir, estamos ante dos tendencias complementarias de un mismo concepto.

1236. No obstante su precariedad inicial, básicamente en la construcción formalista francesa, el acto administrativo ha adquirido en los sistemas jurídicos modernos (y gracias a los aportes germanos), en especial en aquellos ceñidos por los principios del Estado de derecho, connotaciones de columna vertebral del derecho administrativo, tanto en su versión de simple creador de situaciones jurídicas individuales como en su carácter normativo o acto de contenido general, y en las recientes evoluciones del derecho convencional y constitucional como creador de situaciones jurídicas en el ámbito de lo colectivo. Y no solo desde el punto de vista del ejercicio de la función administrativa, sino también del régimen de garantías que se desprende de su existencia. De ahí que se hayan desarrollado importantes

criterios jurisprudenciales y doctrinales con el fin de identificar la existencia de fenómenos que consistan en manifestaciones de voluntad de quienes ejercitan funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos.

B. SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE ACTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO PERSONAL O SUBJETIVO EN LOS DESARROLLOS DEL INDIVIDUALISMO ECONÓMICO Y JURÍDICO

1237. Como figura y columna central del derecho de la administración pública, el acto administrativo de contenido individual es, a no dudarlo, el producto sustancial de la simbiosis entre política, economía e intereses subjetivos, que la doctrina individualista venía fraguando¹⁰⁰², y que se consolidan en la práctica revolucionaria francesa¹⁰⁰³ condensada en la declaración del 26 de agosto de 1789^[1004], que sirvió de preámbulo a la constitución revolucionaria de 1791, en donde sustancialmente se expresan, a título imperativo para la nueva conformación política¹⁰⁰⁵, los intereses de la clase burguesa triunfante¹⁰⁰⁶.

1238. El naciente derecho administrativo y, en especial, las elaboraciones jurídicas en torno a las decisiones de la administración, y toda la inmensa construcción jurídica de acciones y recursos con que se hizo acompañar, obedecieron a la racionalidad de los intereses burgueses, ansiosos de seguridad y estabilidad jurídica subjetiva, profundamente ligada a los conceptos individualistas de libertad económica¹⁰⁰⁷.

1239. Definitivamente el centro de atracción de esta creación jurídica, no obstante los postulados del interés público, giraba en torno al hombre y sus intereses¹⁰⁰⁸, situación que posteriormente, bajo los influjos del positivismo jurídico, determinó el sentido y necesidad de someter este tipo de decisiones a senderos garantísticos previos en donde los derechos procesales y las garantías individuales tuviesen un campo fructífero e ideal frente al despotismo y arbitrariedad de la administración ante esos intereses individuales, desconociéndolos o haciéndolos nugatorios¹⁰⁰⁹.

1240. Bajo ese contexto, el desarrollo de las teorías, inicialmente del acto administrativo y con posterioridad del procedimiento previo de formación de la decisión administrativa¹⁰¹⁰, estuvo signado por los destinos de los derechos subjetivos de raigambre individualista¹⁰¹¹, lo cual no resulta ajeno al contexto económico en que se producen los primeros trabajos jurídicos sobre esta temática¹⁰¹².

1241. Al efecto es importante resaltar que, no obstante en los primeros momentos del Estado liberal burgués de derecho surgido de la revolución, esto es el característico de finales del siglo XVIII y hasta bien entrado el siglo XX, se negaba y resistía a concebir un sector público presente y actuante frente a las necesidades comunitarias¹⁰¹³, dada la presencia de concepciones económicas individualistas que, fundadas en concepciones filosóficas y económicas libertarias, *laissez-faire*¹⁰¹⁴, propugnaban la libertad económica absoluta, y en consecuencia la ausencia de intervención pública en los procesos propios del intercambio, comercio y las actividades productivas, lo cual tuvo incidencia directa en la construcción y concepción jurídica de los denominados derechos subjetivos, que pasaron a constituir la esencia jurídica material, por lo menos en la primeras épocas del derecho de la administración pública, del procedimiento y de la decisión administrativa.

1242. Aunque la consolidación del individualismo, como lo explica Keynes¹⁰¹⁵, tanto en lo político como en lo económico, es definitivamente el resultado de múltiples causas, lo cierto es, desde la perspectiva doctrinal, que el trabajo que definitivamente marcó la pauta histórica para su consolidación

fue la obra de Adam Smith¹⁰¹⁶ “Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de la naciones” publicada en marzo de 1776, en los preludios mismos de la revolución francesa. Desde la perspectiva del ejercicio del poder estatal sobre la sociedad, la obra de Smith es clara en restringir el papel de los poderes públicos en aras de consolidar la libertad como base del individualismo y fuerza motora de las actividades económicas y sociales¹⁰¹⁷.

1243. Según Smith, el soberano, entiéndase el Estado, debe dirigir básicamente a lo anterior sus actividades, funciones y atribuciones que no son otra cosa que las ocupaciones más ventajosas a la sociedad, debiéndose abstener de imponer restricciones o fomentar preferencias que puedan perturbar el natural comportamiento del mercado y de las actividades humanas¹⁰¹⁸.

1244. En cuanto a los hombres, su dirección y comportamiento no puede estar determinado por el Estado sino por las fuerzas de la naturaleza y la libertad, con el propósito de lograr sus cometidos y proporcionar de manera imperceptible, y muchas veces sin saberlo, satisfacciones a los intereses generales. Mediante la iniciativa privada y la competencia sin fronteras los mercados proporcionan el mayor número de bienes y servicios útiles al hombre y la sociedad. En la teoría de Smith el interés privado se transforma en el gran motor y promotor de la vida económica de la comunidad¹⁰¹⁹⁻¹⁰²⁰.

1245. Según los trabajos de los teóricos franceses del derecho administrativo¹⁰²¹, la teoría del acto administrativo de contenido individual, y con posterioridad la del procedimiento administrativo, surgieron bajo ese escenario económico imposible de desconocer en cuanto determina las razones filosóficas y de principios expuestas por los juristas para el desarrollo y consolidación de esas figuras trascendentes para el derecho administrativo bajo los designios de un individualismo acentuado¹⁰²².

1246. Según lo reiterado, el concepto de acto administrativo de contenido individual, no así el de contenido general¹⁰²³, ni mucho menos el de contenido colectivo, surgió como esencialmente protector de los derechos subjetivos individuales, lo cual se acentuó con los aportes de la doctrina alemana al acudir para su consolidación sustancial a los desarrollos del negocio jurídico¹⁰²⁴.

1247. Lo anterior implica que los conceptos de procedimiento administrativo y de acto o decisión administrativa de carácter individual, personal o concreta, están arraigados a elementos jurídicos restrictivos que hacen que el mundo del proceso y de la decisión se circunscriban al contexto exclusivo del sujeto directamente interesado en las resultas de la actuación, en cuanto titular de un derecho subjetivo característicamente individualista, según las construcciones civilistas sobre la materia¹⁰²⁵, sin que se admita, en manera alguna, la presencia deliberativa de otros intereses que no sean los estrictamente relacionados con el derecho subjetivo central en discusión.

1248. Lo máximo que se alcanza a desarrollar bajo la estructura subjetiva individualista del proceso administrativo y de la decisión administrativa, es la presencia de terceros pero con intereses directamente relacionados con el derecho subjetivo central en discusión, esto es, no propiamente terceros portadores de derechos subjetivos diversos, como podrían ser los de carácter colectivo o difuso que eventualmente hubieren entrado en conflicto con el interés subjetivo principal de la discusión.

1249. A la luz del individualismo jurídico, en nuestra opinión, esta última hipótesis es bastante difícil de concebir, de ahí que los desarrollos normativos en la materia, sobre todo los contenidos en las normas rectoras de los procedimientos administrativos, muestren estructuras procesales y de la decisión administrativa radicalmente impregnadas de la idea motora de un proceso y una decisión tendiente a la creación, adición, modificación, alteración, revocación, etc., de derechos subjetivos y no de otra naturaleza.

1250. Bajo esa concepción ideológico jurídica el gran avance en la materia fue la del tercero interesado en el derecho subjetivo central que pueda resultar afectado por las resultas del proceso, y

esto es así en la medida en que el subjetivismo individualista que caracterizó los primeros momentos de la disciplina del derecho administrativo no avanzó en torno a la identificación y aceptación de intereses y derechos colectivos o difusos en cabeza de la generalidad de los asociados, que pudieran eventualmente entrar en conflicto con los intereses subjetivos del individuo, de allí esa caracterización cerrada y excluyente de los procedimientos y de las decisiones administrativas.

1251. Las normas de procedimientos y de decisiones administrativas personales y concretas, sumidas en esa forma del pensamiento jurídico, se hartan de proclamar principios tendientes a defender conceptos como los de legitimidad, parte interesada, interés personal, terceros interesados directos en las resultas del litigio subjetivo, particulares afectados de manera directa, notificación personal al interesado, etc.

1252. En esa medida, a título de conclusión parcial del presente estudio, podemos afirmar sin lugar a equivocarnos que bajo los anteriores escenarios doctrinales la decisión administrativa no podía ir más allá del derecho sustancial en discusión como lo era el subjetivo individual. Esto es, el acto administrativo debía guardar lógica con la naturaleza del derecho subjetivo, entendiéndose entonces la figura como una decisión eminentemente subjetiva relacionada con los derechos individuales del interesado, mas no y de modo alguno relativa a los asuntos e intereses de la comunidad.

C. SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO COLECTIVO BAJO CONSIDERACIONES DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1253. Con ocasión de la ruptura histórica de los conceptos clásicos de procedimiento administrativo y de decisión administrativa subjetiva e individualista, y del consecuente reconocimiento de procedimientos y decisiones vinculadas con los fenómenos sociales y colectivos, fundamentalmente bajo consideraciones del Estado social y democrático de derecho, y en razón del respeto y sujeción a los intereses colectivos y difusos, que esta estructura constitucional demanda, se ha venido reconociendo la existencia de actos administrativos de claro e inobjetable contenido colectivo.

1254. Las concepciones individualistas del derecho administrativo sustentadas en la defensa radical de los derechos subjetivos¹⁰²⁶ sufrieron sus primeras arremetidas en aras de un Estado y en consecuencia de un derecho con vocación en lo social, en donde, si bien es cierto, no se abandonara al individuo como centro de la acción pública, si se le dieran al hombre, pero en sociedad, los suficientes reconocimientos de derechos característicamente difusos en el colectivo y objeto de tutela de los poderes públicos, con garantías suficientes; así, espacio público, medio ambiente, urbanismo, contratación pública, moralidad administrativa, competencia económica, entre otros, comienzan a ser bienes de consideración colectiva, lo cual lleva de manera inevitable que la acción y el ejercicio de la función pública administrativa adopte decisiones que en su motivación y destino inciden básicamente en los derechos del colectivo y no propiamente en los de un sujeto simplemente considerado.

1255. La base indiscutible de ese nuevo discurso deviene de los fundamentos sustentadores del Estado social de derecho: principios inherentes a esa cláusula, como los de solidaridad y orden económico y social justo, implican necesariamente el respeto a la diversidad de derechos e intereses que van más allá de lo meramente individual y que pueden eventualmente entrar en conflicto dentro del modelo. Es de su esencia reconocer que lo individual no es la columna vertebral del sistema, y que lo social conlleva la diversidad en todos los sentidos posibles, de hay la necesidad de incorporarla a la juridicidad con el fin de ofrecer las garantías necesarias para su articulación adecuada, evitando la segregación y, por lo tanto, el conflicto que la misma comporta. En ese sentido, resulta de la esencia del

Estado social de derecho el reconocimiento de los derechos colectivos e intereses difusos, en consecuencia, cualquier decisión de las autoridades administrativas que en relación con ellos cree, modifique, o extinga relaciones jurídicas que le son propias, será una decisión de contenido colectivo.

D. SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO GENERAL EN LA EVOLUCIÓN DE LA FIGURA (REGLAMENTO)

1256. Otra interesante situación de incidencia en el ámbito del concepto de acto administrativo es el relativo a su amplificación de contenidos y producción de efectos a esferas jurídicas diferentes a las del estricto carácter individual o particular. Es decir, el de la reconducción del concepto a la aceptación, dentro de su objeto, de todas aquellas manifestaciones de autoridades administrativas de carácter impersonal o abstractas. Para la teoría del acto administrativo el problema surge, de manera tangencial, a partir del tratamiento de los criterios en cuestión en relación con el concepto de ley que, bajo el entendido de la existencia de leyes formales y materiales, acepta que en ciertas hipótesis las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la ley pero ausentes de sus procedimientos y de su base democrática.

1257. Por regla general, en cualquier Estado de derecho la producción legislativa le es atribuida por la Constitución al órgano representativo por excelencia, el parlamento o el congreso según el caso, el cual, a través de las ritualidades procesales correspondientes, dicta actos legislativos generales considerados por la forma como leyes en sentido estricto. Sin embargo, se acepta pacíficamente que para el debido cumplimiento de la ley e incluso de la misma constitución, los órganos ejecutivos profieran actos similares a la ley en cuanto a su generalidad e impersonalidad; es decir que materialmente se podrían considerar leyes, pero que en razón del criterio orgánico y la ausencia de representación de quienes los profieren se les considera como mecanismos excepcionales al concepto de ley y de naturaleza administrativa; por lo tanto, actos administrativos de carácter general, a los que la doctrina iuspublicista denomina reglamentos, y que en cuanto a la diferencia del acto administrativo tradicional no producen situaciones jurídicas particulares o concretas sino que contienen normas de aplicación abstracta.

1258. Bajo esos presupuestos la doctrina administrativista moderna sostiene que los actos de la administración pueden ser normativos y no normativos¹⁰²⁷, entendiendo por los primeros el reglamento y por los segundos el acto administrativo tradicional, típica expresión o manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos individuales que no reviste las características del reglamento¹⁰²⁸. En el derecho administrativo colombiano tanto el reglamento como el acto individual son modalidades del concepto más amplio de acto administrativo; así lo han entendido tanto la jurisprudencia como la doctrina. Por otra parte, al reglamento, en cuanto instrumento para el desarrollo de la constitución o la misma ley, se le considera también una importante fuente o fundamento sustentador del sistema administrativo¹⁰²⁹.

1259. Esta dicotomía, por lo menos en el derecho administrativo colombiano, no es absoluta. Ante las dificultades procesales generadas por actos de claro contenido normativo, esto es, generales e impersonales, que a su vez crean situaciones de carácter particular, respecto de los cuales se hacía dudoso determinar la acción procedente para su control jurisdiccional, el Consejo de Estado desarrolló la teoría del acto mixto, es decir, como su nombre lo indica, con objeto complejo en cuanto normativo y constitutivo, determinando las vías procesales adecuadas con el fin de impedir la impunidad de esas expresiones de la administración cuando fueren contrarias al orden jurídico y al derecho.

1260. Así las cosas, procederemos a estudiar el contenido, concepto y elementos de esas tres formas básicas del acto administrativo en el derecho administrativo colombiano, no sin antes advertir que la metodología que nos lleva a esa trilogía no es de aceptación pacífica: puede eventualmente ser calificada de imprecisa por quienes separan en su naturaleza al reglamento del acto administrativo¹⁰³⁰; sin embargo, por el desarrollo que ha adquirido en nuestro derecho el concepto de acto administrativo como comprensivo de ambas modalidades, y sobre todo por las características de nuestra estructura procesal contencioso administrativa, consideramos oportuno abocar este problema de la forma propuesta.

E. CRITERIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN FORMAL Y MATERIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL DE LA FIGURA

1261. Encontrar con exactitud un criterio perfectamente válido para determinar la presencia de un acto administrativo es uno de los asuntos más polémicos y controvertibles de la jurisprudencia y la doctrina administrativas. Las condiciones legislativas, doctrinales y jurisprudenciales de los diversos países invitan a adoptar criterios en estricto sentido operacionales, y en lo posible adecuados al ámbito jurídico nacional que corresponda.

1262. Con posterioridad a su aparición histórica, la doctrina ha desarrollado algunos criterios básicos para la determinación del acto administrativo; entre ellos podemos identificar: el formal u orgánico, y el sustancial, este último más conocido como criterio material u objetivo; de acuerdo con el primero, serán actos administrativos todos aquellos que conforme a elementos externos –formales– sean considerados como actos administrativos. En este orden de ideas, dichos elementos estarían determinados por factores tales como el órgano productor del acto, el procedimiento utilizado en su expedición y la forma que adopte el acto una vez producido. Serían entonces actos administrativos todos aquellos proferidos por los órganos administrativos, mediante los procedimientos adoptados por el legislador para tales efectos y con las características externas de cada uno de ellos¹⁰³¹.

1263. Desde el punto de vista material son actos administrativos todos aquellos que en razón de su contenido o sustancia se consideran como administrativos, sin importar las formas externas que puedan adoptar, ni mucho menos el órgano del cual provengan. Es decir, sin importar el poder público o funcionario que lo produzca, el procedimiento seguido para su expedición o las formas externas que adopte. En consecuencia, toda manifestación voluntaria de cualquier órgano del Estado que por su contenido sea considerado administrativo será acto administrativo. Históricamente, el criterio material significó un profundo avance conceptual frente al criterio formal¹⁰³².

1264. Ahora bien, la diversidad de criterios varía de acuerdo con las diferentes concepciones y cánones empleados por la doctrina en su elaboración; es así como los criterios explicados se han complementado históricamente con muchos otros, que analizan el derecho administrativo y obviamente el acto administrativo desde ópticas totalmente diferentes, como es el caso de las escuelas finalísticas, normativas, de las prerrogativas públicas y eclécticas¹⁰³³.

1265. Se han desarrollado igualmente algunos criterios, como el jurisdiccional, de acuerdo con el cual se excluye del concepto de acto administrativo a todos aquellos actos que no son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa¹⁰³⁴. En líneas generales, este criterio reitera el formal en la medida en que tiene como punto de partida el control del acto administrativo, el cual por disposición legislativa puede recaer en la justicia ordinaria sin que esta errónea asignación pueda desvirtuar su

carácter de administrativo. En ese sentido, la sentencia de octubre de 1971 continúa en plena vigencia¹⁰³⁵.

1266. Las doctrinas normativistas han desarrollado el denominado criterio jerárquico a través del cual se pretende indicar que acto administrativo es aquel que, respecto de la pirámide jurídica, debe respetar las normas constitucionales y legales, es decir que se encuentra en un tercer nivel de producción normativa.

1267. En nuestra opinión, el concepto de acto administrativo debe conjugar todos los criterios anteriormente expuestos, por cuanto caeríamos en el error de limitarnos al no aceptar, de manera ecléctica, que todos los criterios expuestos no son más que componentes, que en mayor o menor grado, y de acuerdo con las circunstancias, han coadyuvado para la construcción de un criterio de identificación del acto administrativo¹⁰³⁶. Por lo anterior, un criterio operacional para identificar el acto administrativo sería aquel que comparte tanto los criterios formal y material como cualquiera otro de los expuestos por la doctrina; esto es, aquel que contiene tanto elementos externos –órgano, procedimiento, forma– como materiales o sustanciales, al igual que finalísticos y normativos.

1268. En el derecho positivo colombiano (Dcto. 01 de 1984) se adoptó el criterio anteriormente expuesto. De la relación jurídica formada por los artículos 82 y 83 se infiere que lo determinante en el acto lo constituye la conjugación resultante del ejercicio de funciones administrativas por entidades públicas o privadas, órganos que por regla general desarrollan otras funciones, como la legislativa, la judicial, o la de control, como en los casos de la Procuraduría o la Contraloría, y que busquen el cumplimiento de los fines estatales, según se desprende del inciso 2.º artículo 2.º y los artículos 123 y 209 constitucionales. Indica precisamente el artículo 82 del CCA, conforme a la redacción del artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que “... la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado...”. El artículo 83 reitera ese concepto, cuando indica que “... la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juzga los actos administrativos [...] de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas...”. Para la doctrina esta expresión del legislador implica la conjugación de los criterios formal y material en la determinación del acto administrativo, haciendo énfasis, como se observa, en el elemento funcional, que es típico del criterio sustancial, los cuales, aunados a las necesidades que debe cumplir la administración, según las normas constitucionales citadas, determinan un criterio amplio y polifacético para la identificación del acto administrativo.

II. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO INDIVIDUAL. CONCEPTO

1269. El concepto de acto administrativo de contenido individual, personal o concreto constituye uno de los aspectos de mayor dificultad en la teoría general del acto administrativo. Las diversas corrientes doctrinarias han producido una amplia y antagónica gama de interpretaciones de este fenómeno jurídico administrativo. Para su identificación genérica algunos autores acuden al método de la exclusión, para identificarlo como todo acto jurídico expedido por la administración y sometido al derecho administrativo que ni es reglamento ni mucho menos contrato¹⁰³⁷. Sin embargo, dentro de un proceso de adelgazamiento del objeto del concepto, tendiente a darle mayor precisión, la doctrina se adentra en múltiples, apreciables y notables discusiones con el propósito de reducirlo a lo esencial desde diferentes perspectivas. Puesto que el objeto de este trabajo no es entrar en controversias interminables, de manera operacional, y básicamente acudiendo a los trabajos de la jurisprudencia y la

doctrina nacionales, hemos adoptado, para efectos de nuestro estudio, el criterio clásico sustancial que se fundamenta en la teoría de la voluntad para conceptuar el acto administrativo, aunque en esta edición el carácter voluntario del acto administrativo individual lo reconducimos a una simple regla general, en cuanto se advierten ciertas situaciones administrativas que, sin ser propiamente emanaciones de voluntad, por simple disposición normativa producen efectos jurídicos.

1270. En ese sentido, entendemos por acto administrativo toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos¹⁰³⁸.

A. ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO INDIVIDUAL

1271. Entonces, desde esa perspectiva son cinco los elementos claves para poder llegar a la conclusión de que existe un acto administrativo de contenido individual.

1272. El primero hace referencia, por regla general, a la existencia de la figura a partir de un acto positivo, consistente en una expresión o manifestación concreta o específica, proveniente de quienes ejercen funciones administrativas. De ahí que el acto se consolida como el principal mecanismo de actuación de la administración en la medida en que debe contener las respuestas permanentes de la administración para con los asociados. Se trata del medio idóneo y eficaz a través del cual se materializa la legalidad. Desde ese punto de vista, constituye una forma institucional de expresión de la administración. Ahora bien, por vía de excepción, el acto administrativo también puede consistir en una omisión, tal como lo expusimos en el capítulo primero de este tomo y se desarrollará en capítulo posterior.

1273. El segundo consiste en la manifestación realizada por quienes ejercen funciones administrativas, esto es, la expresión de lo querido o deseado conforme a derecho, la cual debe ser de naturaleza unilateral. En el acto administrativo se trata de expresar tan solo la voluntad de un sujeto, de aquel que ejerce funciones administrativas. Expresión que la doctrina viene explicando exclusivamente por una sola vía, como es la de la administración, sin cruzarla con la del administrado. En ese sentido, el acto administrativo se torna en una manifestación de voluntad y no de consentimiento. En ello radica precisamente su carácter de unilateral; sin embargo, esta expresión no significa que el administrado no tenga participación previa en el procedimiento de formación del acto administrativo. En virtud de la garantía constitucional del debido proceso, establecida en el artículo 29 superior, todo sujeto respecto del cual quien ejerce funciones administrativas debe pronunciarse tiene derecho a hacerse parte en la respectiva actuación, a controvertir las pruebas allegadas y solicitar las que considere oportunas. Lo unilateral es, única y exclusivamente, la decisión final, aquella a través de la cual se resuelve de fondo la actuación; aquella que se pueda calificar como acto administrativo.

1274. El tercer elemento señala que el acto administrativo debe ser, básicamente, expresión de voluntad¹⁰³⁹. La voluntad constituye el querer, la intención, la actitud consciente y deseada que se forma en el órgano administrativo de acuerdo con los elementos de juicio que le son aportados o que la administración recopila en el ejercicio de su función y las normas jurídicas que corresponda aplicar al caso concreto. La declaración de voluntad debe provenir del ejercicio de la función administrativa, realizada por la administración o por quien haga sus veces. En ese sentido, la voluntad de la administración es un problema vinculado al principio de legalidad, a las normas de competencia que atribuyen específicas materias a quienes ejercen funciones administrativas. La voluntad de la administración no puede ser otra que la establecida en la norma constitucional, legal o reglamentaria, y

que es desarrollada por el intérprete y ejecutor de la administración, para el caso concreto el servidor público o el particular con funciones administrativas. La voluntad de la administración no puede confundirse con la voluntad del servidor público o del particular que ejerce funciones administrativas. Se trata de dos conceptos de voluntad de contenido y materia diferentes. La voluntad de la administración es institucional, normativa, regulada, emana del derecho¹⁰⁴⁰. La voluntad del servidor como persona es subjetiva y corresponde a su querer y autonomía, y no guarda relación de ningún género con las funciones públicas que le corresponde ejercer.

1275. Advertimos, a propósito de la voluntad, que la hemos incorporado en la definición operacional propuesta a título de regla general; es decir, aceptamos en esta edición del Tratado que, de manera excepcional, determinadas manifestaciones de la administración sean meramente objetivas, productoras de efectos jurídicos por disposición legal. El asunto es fácil de entender en la legislación colombiana. Estaríamos frente a la regla general en relación con la voluntad en los eventos en que la administración debe reconocer un derecho, imponer una sanción, decidir una controversia, otorgar un permiso o una licencia, en fin, cuando se trate de poner término a un procedimiento administrativo¹⁰⁴¹. Sin embargo, por vía de expresa definición normativa determinadas situaciones jurídicas adquieren vida por simples actuaciones de las autoridades, en donde no interviene en absoluto la voluntad. El ejemplo lo encontramos en el inciso 3.º del artículo 84 del CCA, que considera para todos los efectos acto administrativo de carácter individual los de certificación y registro. En ese sentido, actos como los de mera certificación o simple conocimiento, actos de información o de comunicación, siempre y cuando creen situaciones jurídicas o impongan obligaciones¹⁰⁴².

1276. El cuarto determina que las manifestaciones unilaterales de voluntad no solo pueden provenir de los órganos de la rama ejecutiva del poder público, sino también de cualquier autoridad de los otros poderes u órganos autónomos e independientes, e incluso de los particulares a los que les hubieren sido atribuidas funciones administrativas. El ejercicio de otras funciones –legislativas o judiciales–, así estén atribuidas a órganos que por naturaleza sean administrativos, no serían actos administrativos; y lo contrario: si la función administrativa es desarrollada por cualquiera de los otros órganos del poder público o por particulares producirá, por excepción, actos administrativos. Se trata, sin duda, del mejor ejemplo de articulación entre los criterios material y formal al interior del concepto de acto administrativo. En esa perspectiva, el acto administrativo podría ser producido, por regla general, por los órganos del poder ejecutivo, y, por regla de excepción, por las autoridades legislativas, judiciales o de las entidades autónomas e independientes, e incluso por los particulares, cuando les hubieren sido atribuidas funciones administrativas.

1277. El quinto caracteriza al acto administrativo por su naturaleza decisoria, esto es, por poseer la fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas a partir de su contenido¹⁰⁴³. En consecuencia, si la manifestación de voluntad no decide ni crea situación jurídica, no es un acto administrativo. En ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al indicar:

El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia, y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa constituya, en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión que en el lenguaje del derecho comparado se denomina a veces providencia, otras veces resolución o decreto, pero cuyo elemento central, al lado de otros que integran su esencia, es la virtualidad de producir efectos en derecho. Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana, es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la

intención, ya que ésta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia crear, modificar o extinguir una relación de derecho...¹⁰⁴⁴.

Si la manifestación de quien ejerce funciones administrativas no es decisoria, no está llamada a producir efectos en el mundo jurídico. Podría ser entonces un acto de la administración, pero no un acto administrativo de contenido individual. La manifestación de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho, esto como efecto directo de su carácter decisorio.

B. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO INDIVIDUAL

1. CARÁCTER EJECUTIVO Y EJECUTORIO

1278. La consecuencia directa y caracterizadora del acto administrativo de contenido unilateral, surgida de la exigencia decisoria que emana de su concepto, es la de que se traduce en una manifestación de voluntad con fuerza ejecutiva, lo que implica para las autoridades la generación, por consecuencia, de obligaciones unilaterales o de realización de las operaciones materiales indispensables, con el propósito de hacer eficaz o ejecutorio en el ámbito externo de la administración lo dispuesto en el acto correspondiente. Esta prerrogativa de poder, desarrollada en el derecho francés, básicamente a partir de los trabajos de Hauriou¹⁰⁴⁵, como una acción de oficio de la administración, se ubica modernamente, en nuestra opinión, en las razones sustentadoras del principio de autotutela que rige a la administración pública¹⁰⁴⁶. La administración no se puede satisfacer exclusivamente con la simple existencia del acto administrativo. La decisión no puede quedar al interior de la administración. Los potenciales efectos jurídicos creados por el acto administrativo deben hacerse eficaces, para lo cual el ordenamiento le reconoce suficientes poderes de ejecución a la administración, no solo para que los dé a conocer, sino también, y de manera principal, para que los haga efectivos y eficaces unilateralmente, a través de los procesos o procedimientos operativos coherentes con lo dispuesto en ellos¹⁰⁴⁷.

1279. Para que el acto administrativo sea eficaz se requiere que la administración agote previamente los procedimientos dirigidos a su exteriorización con el fin de producir efectos en el mundo del derecho. En ese sentido, la exteriorización no es otra cosa que el ánimo de declarar, trasladar al mundo exterior, por los medios legales, lo decidido. De esa forma se lleva a cabo la tarea publicitaria necesaria para lograr que los efectos queridos en el ordenamiento jurídico por el acto administrativo se cumplan frente a sus destinatarios; en caso contrario, nace irremediamente la obligación de imponerlos de manera unilateral por la administración, en virtud de la fuerza ejecutoria que de ellos emana¹⁰⁴⁸.

1280. Significa esto que lo ejecutorio del acto depende de su firmeza y publicidad. Las decisiones administrativas carentes de esta característica esencial para su eficacia no pueden ser sometidas de manera válida a procedimientos u operaciones ejecutorios. El debido proceso se encontraría comprometido frente a actitudes como esas, en cuanto que lo que se observa de las operaciones tendientes a lograr la firmeza de los actos administrativos no es otra cosa que la consolidación de un amplio campo de garantías para la debida defensa y contradicción de la decisión adoptada. Por lo menos esto es lo que se deduce de la redacción del artículo 72 de la Ley 1437 de 2011 al establecer que: “Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales”.

1281. El carácter ejecutivo del acto administrativo en el derecho procesal administrativo colombiano y las consecuentes obligaciones de ejecución del mismo, en lo que entiende como el carácter ejecutorio de las decisiones administrativas o la consecuente acción administrativa de imponer unilateralmente lo dispuesto en ellos, se desprenden de la redacción del artículo 89 de la 1437 de 2011, según el cual,

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

2. CARÁCTER IRRETROACTIVO

1282. Una segunda consecuencia, igualmente directa y rectora del acto administrativo una vez producido, es la de su carácter irretroactivo. Esto es, que por regla general tan solo produce efectos jurídicos hacia el futuro, una vez se ha hecho ejecutorio. En ese sentido, no se acepta que pueda producir efectos con anterioridad a su vigencia. Las razones para esta consecuencia del acto administrativo se fundan en el plano doctrinal no solo en motivos jurídicos, en cuanto que el acto es la expresión del poder público institucionalizado, es decir, que constituye un importante instrumento del Estado de derecho para la creación, modificación y extinción del ordenamiento, sino también de oportunidad y conveniencia, en la medida en que las relaciones jurídicas del Estado constitucional deben procurar seguridad y estabilidad para los asociados¹⁰⁴⁹.

1283. En ese sentido, la irretroactividad del acto administrativo reclama para el Estado de derecho el principio de la certeza jurídica, que invita a las autoridades a respetar el ordenamiento jurídico vigente en materia de situaciones jurídicas individuales, impidiendo que los actos creadores de las mismas sean por regla general modificados retroactivamente por disposiciones posteriores, e incluso que a futuro se pueda prever que un derecho reconocido quede a la voluntad de la administración para efectos de su revisión, o que una disposición de carácter general pueda crear situaciones jurídicas para los asociados frente a fenómenos históricos, o hechos regidos por un ordenamiento jurídico vigente al momento en que sucedieron.

1284. El Consejo de Estado colombiano le otorga a la retroactividad de las decisiones un carácter estricto y excepcional. Sostiene que la regla general en nuestro medio es la de la irretroactividad del acto administrativo, tan solo susceptible de excepción por expreso mandato legal. Al respecto la corporación indicó:

... de la irretroactividad de la ley se deduce la irretroactividad de los Actos Administrativos, los cuales no pueden surtir efectos con anterioridad a su vigencia. Sólo en forma excepcional puede un acto administrativo tener efectos hacia el pasado, y siempre con base en una autorización legal...¹⁰⁵⁰.

C. AUSENCIA DE UNIFORMIDAD CONCEPTUAL SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO INDIVIDUAL. PLURALIDAD DOCTRINAL EN LA MATERIA

1285. Ahora bien, la teoría voluntarista, que ha sido la recogida por nuestra jurisprudencia, y sobre la base de la cual se elaboró operativamente el concepto de acto administrativo analizado, no ha tenido recepción pacífica en la teoría administrativista. Un importante grupo de expositores, que podríamos

denominar defensores de la teoría “declaracionista” del acto administrativo, sostiene que el acto administrativo no es más que cualquiera de aquellas declaraciones de un órgano estatal, en cumplimiento de los cometidos encomendados a la función administrativa, proscribiendo cualquier referencia al elemento voluntad en la noción de acto administrativo.

1286. Al respecto sostiene Gordillo, defendiendo la tesis según la cual el concepto voluntarista resulta a todas luces equivocado:

... dado que la voluntad se considera generalmente con sentido teleológico, con una indicación de fin, por lo que no se toman en consideración otros actos de la administración que producen efectos jurídicos frente a los administrados y que se rigen por los mismos principios que las manifestaciones de voluntad, sin estar a pesar de ello incluidos en dicho concepto.

La noción de acto administrativo, en consecuencia, según este tratadista, no podría darse sobre conceptos *a priori*. Debe estar fundada en la experiencia y determinada por el “fin” perseguido, el cual se pretende llenar con el acto administrativo. Tal razón lo lleva a proponer que el acto, como una simple declaración, es suficiente:

... si se toma al término en el sentido de exteriorización del pensamiento; de extrinsecación de un proceso intelectual, comprendiendo tanto el caso de volición (voluntad dirigida a un fin) como el de cognición (conocimiento-atestación o certificación), opinión y juicio¹⁰⁵¹.

1287. Se pretende fundamentar la teoría del acto administrativo en la sofisticada distinción de manifestaciones de conocimiento y manifestaciones de voluntad, negando entidad a la teoría “voluntarista” y proponiendo la “manifestacionista”, en la medida que con aquella se dejaría por fuera del concepto de acto administrativo a una gran cantidad de actos que de por sí no son sino simples “manifestaciones de conocimiento”.

1288. Desde el punto de vista doctrinal, insistimos, son muchas las posiciones que los expositores adoptan respecto del concepto de acto administrativo, algunas de ellas tomando como punto de partida el elemento voluntarista, y algunas otras fundamentadas en aspectos que, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos que explican, consideran de la mayor importancia. Para tener una idea de estos diversos conceptos doctrinales hemos escogido los siguientes que consideramos representativos.

1289. El argentino Juan Carlos Cassagne entiende por acto administrativo “Toda declaración de un órgano estatal, en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que produce efectos jurídicos individuales, en forma directa, con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto...”; agrega que “el acto administrativo pertenece a la categoría de los actos jurídicos voluntarios”¹⁰⁵², y considera igualmente que el acto administrativo constituye una declaración, habida cuenta que traduce al mundo exterior un proceso de tipo intelectual, por oposición a los meros hechos administrativos, los cuales consisten en comportamientos materiales que implican una actividad física de la administración¹⁰⁵³.

1290. El italiano Renato Alessi, apartándose de la concepción tradicional del acto administrativo, propone y desarrolla la teoría del “acuerdo administrativo”, la que equivale a la “manifestación de un poder soberano que corresponde a una autoridad administrativa como tal, respecto a una realización en la que dicha autoridad es parte para satisfacción de intereses públicos concretos confinados a la misma”¹⁰⁵⁴. Según Alessi, no es conveniente hacer una teoría unitaria del acto administrativo.

... Es necesario, con el fin de construir una teoría orgánica que resulte útil, aislar una categoría homogénea de actos a los que pueda aplicarse el mayor número posible de principios, pero que sea suficientemente amplia para evitar excesivos fraccionamientos y que se presente como la más significativa e importante entre las distintas categorías de los actos administrativos, de manera que se pueda construir lo que podría ser una teoría principal entre las teorías parciales de los actos administrativos, de forma que las teorías menores que se refieren a categorías menores se presenten como meras teorías complementarias referidas a categorías meramente accesorias y complementarias de la actividad¹⁰⁵⁵.

1291. De esta forma, Alessi llega a la conclusión de que la suma de todos los actos constituye lo que generalmente podría considerarse actos de la administración, pero que tan solo un sector de esos actos cumplen las condiciones antes señaladas, a los cuales se les debe denominar acuerdos administrativos – término que en estricto sentido es el acto administrativo entre nosotros–. La teoría del acuerdo administrativo contempla como elemento básico y esencial el de la voluntad del órgano encargado de generar el poder soberano, precisamente bajo la condición de que sea “la voluntad de ejercer un poder”¹⁰⁵⁶. El proceso de formación del acuerdo comprende un doble momento: “Por un lado, el de la valoración compartida del interés a satisfacer y del medio idóneo; de otro lado, el momento de la volición, con respecto a la realización del interés valorado, mediante la adopción del medio elegido”¹⁰⁵⁷.

1292. Para Vedel, al igual que para la gran mayoría de la doctrina francesa, el acto administrativo se recoge en la denominada *decisión ejecutoria*, la cual consiste en vincular la decisión con la ejecución.

Entre las prerrogativas de potestad pública de que dispone la administración, la más característica es, sin duda, la de poder adoptar decisiones ejecutorias, es decir, hacer nacer unilateralmente obligaciones y eventualmente derechos en beneficio o a cargo de terceros, sin el consentimiento de éstos [...] Las decisiones ejecutorias pertenecen a la categoría de los actos jurídicos; constituyen manifestaciones de voluntad a fin de producir efectos jurídicos...¹⁰⁵⁸.

Los conceptos anteriores llevan al autor a definir el acto administrativo como “una decisión ejecutoria de un acto jurídico emitida unilateralmente por la administración, con el objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los derechos que confiere...”¹⁰⁵⁹.

1293. Escola, mientras tanto, entiende por acto administrativo “... una declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos jurídicos subjetivos...”. Agrega que de acuerdo con esto “... quedan excluidos los reglamentos y los contratos administrativos, que no deben ser considerados actos administrativos”¹⁰⁶⁰.

1294. Sayagúez Laso, por su parte, considera el acto administrativo como “La declaración unilateral de voluntad de la administración que crea efectos jurídicos subjetivos...”¹⁰⁶¹.

1295. García Oviedo y Martínez Useros definen el acto administrativo como “... una declaración especial de voluntad de un órgano público, preferentemente de un órgano administrativo, encaminado a producir, por vía de autoridad, un efecto de derecho para la satisfacción de un interés administrativo...”¹⁰⁶².

1296. Crétella Junior, al definir el acto administrativo, lo explica como “... una especie de los actos jurídicos...”, que contienen en su formación y expedición claros elementos de particularísimo origen que los hace diferentes de estos. Los actos administrativos, agrega, “Son producidos normalmente por autoridades administrativas. Así, por excepción, pueden nacer de la iniciativa de autoridades públicas o de otros poderes y, excepcionalmente, en casos anormales, de personas privadas, que tienen por objeto

materia administrativa...”. Agrega el profesor de la Universidad de São Paulo que por acto administrativo debe entenderse

... toda manifestación de voluntad del Estado, a través de sus representantes, en el ejercicio regular de sus funciones, o por cualquier persona que detente en sus manos fracción de poder reconocida por el Estado, y que tenga por finalidad inmediata crear, reconocer, modificar, resguardar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas, en materia administrativa...¹⁰⁶³.

1297. Entre nosotros, Tafur Galvis considera que el acto administrativo “... es una declaración de voluntad que genera efectos en el ámbito del derecho...”¹⁰⁶⁴. Explica Tafur su concepción del acto administrativo indicando que,

... dentro de la teoría general del derecho administrativo, el acto administrativo siempre se ha tipificado como una decisión, inclusive se dice: decidir es el verbo informador del acto administrativo. Si no hay una decisión, una imposición de conducta de manera obligatoria no se estará, en principio, ante un acto administrativo. Esa decisión naturalmente en la que exterioriza un proceso de voluntad. Proceso de voluntad que en el ámbito del derecho público se dirige al ejercicio de la función administrativa y se dirige, en últimas, al cumplimiento de la voluntad estatal expresada en el ordenamiento jurídico...¹⁰⁶⁵.

1298. Por último, Brewer-Carías señala lo siguiente sobre el acto administrativo:

Es toda manifestación de voluntad de carácter sub-legal realizada por los órganos del poder ejecutivo, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; por los órganos del poder legislativo, actuando en ejercicio de la función administrativa y de carácter sub-legal, por los órganos del poder judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa, con el objeto de producir efectos jurídicos determinados que pueden ser o la creación de una situación jurídica individual o general o la aplicación a un sujeto de derecho en una situación jurídica general...

Fundamenta su concepto en que la noción de acto administrativo “sólo puede resultar de una combinación de criterios orgánico, formal y material, y nunca puede condicionarse al cumplimiento de una función específica del Estado...”¹⁰⁶⁶.

D. ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO INDIVIDUAL

1299. Para que el acto administrativo exista jurídicamente y se le tenga por válido deben concurrir una serie de elementos esenciales que en su conjunto constituyen verdaderas piezas articuladoras, tendientes a la obtención de decisiones acordes con el ordenamiento jurídico. Cualquier falla o mal funcionamiento de esta estructura provoca la configuración de vicios que pueden afectar la legalidad del acto administrativo. En ese sentido, es posible afirmar que en el ámbito de los elementos esenciales se configuran las irregularidades o “enfermedades del acto”; de ahí que su conocimiento posibilite un pronto diagnóstico del padecimiento del mismo, por el intérprete o por quien se aproxime a su análisis o pretenda incluso su aplicación real o efectiva¹⁰⁶⁷.

1300. En el plano teórico podemos agrupar los elementos esenciales para la existencia y validez del acto administrativo en tres importantes grupos: el primero recoge los elementos externos del acto, entre los que podemos señalar el sujeto activo que comprende la competencia y la voluntad, los sujetos pasivos y las denominadas formalidades del acto; el segundo aborda sus elementos internos, tales como

el objeto, los motivos y la finalidad del mismo, y el tercero estudia básicamente el mérito u oportunidad para la producción del acto, que si bien no hace parte de su legalidad, como los dos anteriores, sí constituye importante argumento de ciencia administrativa y de capacidad personal del sujeto intérprete de la voluntad administrativa para la adopción del acto administrativo¹⁰⁶⁸.

1. SUJETOS

1301. En toda actuación administrativa de formación y de ejecución de un acto administrativo intervienen tres sujetos de derecho: la administración o quien cumple funciones administrativas; la persona u órgano que se relaciona con esta, y que en últimas es a quien van dirigidas las estipulaciones jurídicas contenidas en la manifestación de la autoridad administrativa; y, por último, el Ministerio Público que, conforme a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 277 constitucional, en concordancia con el 23 de la Ley 1755 de 2015 (procurador, personeros, defensoría del pueblo), puede intervenir en toda actuación judicial o administrativa. El acto administrativo es, como lo hemos visto, una manifestación de decisión, es decir que tan solo interviene en su construcción la voluntad de la administración, imponiéndose incluso contra el querer del sujeto pasivo de la decisión. Desde ese punto de vista encontramos que al primero de los sujetos intervinientes en el contexto del acto administrativo lo podemos identificar como un sujeto activo, impulsor necesario de la actividad procedimental y ejecutor unilateral de lo decidido; el segundo, sujeto pasivo, en cuanto depositario del objeto y la finalidad de la decisión, y el tercero, simplemente Ministerio Público o interviniente en favor de la legalidad y defensa de los intereses comunitarios. Por otra parte, en tratándose del sujeto pasivo se pueden dar las figuras de los terceros determinados e indeterminados, e incluso de los agentes oficiosos, tal como se estudiará a propósito de los sujetos en el procedimiento de formación del acto administrativo.

a. SUJETO ACTIVO

1302. El sujeto activo es, por regla general, el depositario de la competencia necesaria para crear el acto administrativo. Esto es, el órgano del Estado, el servidor público o el particular revestido de funciones administrativas para adoptar decisiones de manera unilateral tendientes a crear, modificar o extinguir el mundo jurídico. Lo denominamos activo en la medida que en el ejercicio de sus facultades profiere y posiblemente ejecuta el llamado acto administrativo¹⁰⁶⁹.

1303. Los sujetos activos pueden ser o no de derecho público. Los adelantos suscitados en la ciencia jurídica con el fin de ampliar los marcos conceptuales para el ejercicio de la función administrativa han llevado a que los particulares ejerciten igualmente funciones administrativas. Según el artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, en el derecho colombiano se acepta la anterior hipótesis, cuando ordena que en tales eventos dichas “autoridades” deben adecuar sus comportamientos a las normas reguladoras de las actuaciones administrativas. El principio se reitera en el artículo 104 de la misma ley y en los contenidos del artículo 210 constitucional. Los casos en que los particulares cumplen funciones administrativas no son muchos en el derecho colombiano. Entre otras, podemos destacar las desarrolladas por las cámaras de comercio, las asociaciones de usuarios, sociedades de economía mixta con capital estatal minoritario y algunas empresas prestatarias de servicios públicos, etc.¹⁰⁷⁰.

1304. Conforme a lo anterior, entrar al estudio del sujeto activo implica abordar, en estricto sentido, el problema institucional del ejercicio del poder administrativo, el cual irremediablemente involucra la

intervención de personas naturales que interpretan y aplican el ordenamiento jurídico público; esto es, que los actores directos del Estado son simples personas naturales que actúan ante la carencia de entidad corporal de los órganos públicos para el cumplimiento de sus atribuciones¹⁰⁷¹. Por otra parte, del hecho indiscutible de ser los portadores y voceros de la institucionalización del poder, de los sujetos activos a través de sus voceros, se deben predicar dos importantes elementos básicos dentro del contexto de la legalidad, que en la práctica se tornan en las columnas sustentadoras de su carácter de entes actores dentro de la estructura del acto administrativo. Estos elementos no son otros que la competencia y la voluntad.

i. LA COMPETENCIA

1305. La competencia para proferir y ejecutar los actos administrativos constituye un importante sinónimo del concepto jurídico de capacidad, en cuanto aptitud atribuida por la Constitución, la ley o el reglamento a entes públicos o a los particulares para que manifiesten válidamente la voluntad estatal por vía administrativa. Se reconoce doctrinalmente que la capacidad, en tratándose de la teoría del acto administrativo, se traduce en términos de competencia. En ese sentido, será capaz la autoridad que tiene competencia para el ejercicio de un asunto, estando en consecuencia viciado de nulidad el acto proferido por aquellos sujetos que no tenga competencia legalmente atribuida, es decir, que carezcan de capacidad jurídica para la expedición de un acto administrativo. Por lo tanto, es capaz aquella autoridad que ha sido investida legalmente para la elaboración de una decisión administrativa o el ejercicio de una función¹⁰⁷².

1306. La competencia administrativa se mide por la cantidad de poder o funciones depositadas en un órgano o en un particular y que los habilita para elaborar y expedir un acto administrativo; no es, por lo tanto, absoluta; debe en todos los casos aparecer cierta y limitada, de manera que facilite al servidor público o al particular su ejercicio y garantice al administrado la seguridad jurídica necesaria frente al ejercicio de los poderes públicos. Las normas determinantes de la competencia deben ser de existencia anterior a la expedición del acto administrativo; de lo contrario, la legalidad del proceso administrativo (debido proceso, art. 29 C.P.) resultaría violentada, en detrimento no solo de los derechos de los administrados, sino también del mismo ordenamiento jurídico, generando inseguridad, inestabilidad y ausencia total de credibilidad institucional.

1307. En este sentido la competencia se torna en un importante presupuesto para la validez del acto administrativo, en la medida que permite a quien ejerce las funciones administrativas actuar dentro de los linderos del principio de legalidad. La determinación del grado de competencia que corresponde a cada sujeto es, ante todo, un problema del derecho positivo, el cual acude a importantes criterios doctrinales para delimitar con precisión el ámbito funcional o capacidad de actuación de cada sujeto administrativo: entre otros, podemos destacar como determinantes de la competencia los que tienen como punto de partida el grado, la materia, el territorio y eventualmente el tiempo¹⁰⁷³.

1308. El primero se refiere al lugar que ocupa dentro de la estructura de la administración un sujeto con funciones administrativas. Corresponde al grado jerárquico administrativo de la autoridad. La segunda analiza la clase o tipo de funciones que de acuerdo con las normas superiores o legales debe cumplir la entidad. El tercero implica un acercamiento al ámbito espacial dentro del cual el órgano administrativo puede ejercer las funciones que le corresponden. El último aborda la problemática de la competencia a partir de las oportunidades temporales que tiene un sujeto activo de la administración para proferir determinados actos.

1309. Por otra parte, la competencia debe ser expresa, irrenunciable, improrrogable y excepcionalmente delegable, no negociable por la administración, y de estricto cumplimiento en procura de la satisfacción de los intereses generales y en beneficio del ordenamiento jurídico. La competencia es, entonces, la materialización misma de la legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que la administración se encuentra invariablemente ligada constituyendo, así mismo, el sendero o cauce preciso y claro del actuar administrativo.

1310. No obstante, la complejidad administrativa lleva a que eventualmente se configuren algunas dificultades prácticas en su aplicación, generándose conflictos interadministrativos en su desarrollo. Para esos efectos el legislador instituyó en los artículos 21 de la Ley 1755 de 2015 y 39 de la Ley 1437 disposiciones conducentes a resolver los conflictos de competencia entre las autoridades administrativas¹⁰⁷⁴.

ii. LA VOLUNTAD

1311. La voluntad es presupuesto y elemento esencial para la existencia del acto administrativo. Para todos los efectos se debe entender que se trata de la voluntad de la administración y no de quien ejerce la vocería de la misma. Los sujetos activos del acto administrativo son simples intérpretes de la voluntad potencial expuesta en la norma positiva. Desde ese punto de vista, la voluntad del intérprete o persona natural con funciones administrativas está siempre al servicio de la objetiva voluntad de la administración. La conjunción de las dos voluntades permite identificar todo un proceso subjetivo de materialización de la voluntad efectiva de la administración, al interior de la misma y con la indiscutible participación de las personas naturales que interpretan su base jurídica¹⁰⁷⁵.

1312. La existencia del acto implica la presencia de un proceso indispensable de elaboración al cual deben concurrir sus requerimientos fundamentales para que este se proyecte con la plenitud de sus efectos en el mundo jurídico-administrativo. Los vicios a que pueda dar lugar la entrada en vigencia de un acto administrativo tienen precisamente su origen en anomalías, estructuradas principalmente en su formación, como efecto indiscutible de omisión o quebrantamiento de requisitos imprescindibles: con razón sostiene la doctrina que la “celebración de un acto jurídico es algo unitario e indivisible que no puede fraccionarse; por eso, en dicha celebración deben concurrir, a un tiempo, las diversas condiciones que la ley exige para que dicho acto tenga plena eficacia jurídica”¹⁰⁷⁶.

1313. Lo expuesto nos permite concluir que para la estructuración y vigencia de un acto jurídico, con efectos en el ordenamiento administrativo, se presenta lo que pudiera llamarse un “proceso de elaboración”, el cual, por sus caracteres, es único e indivisible, en la medida que para producirse un acto administrativo la tramitación tendiente a su resultado es una sola, sin lugar a divisiones que interrumpan su culminación.

1314. Este proceso de la elaboración del acto presenta las siguientes etapas: una primera, que podría conocerse como la de la fase interna, que a su vez comprendería la intención de acto administrativo y la de estructuración o materialización del mismo, y una segunda que fácilmente podríamos denominar fase externa y que estaría conformada por la totalidad de los pasos tendientes a la exteriorización de la actuación¹⁰⁷⁷.

ii.i. Proceso interno o de formación de la voluntad

1315. Se configura esta etapa con la totalidad de las actuaciones que se desarrollen dentro del órgano administrativo y que determinen la formación de la voluntad de la administración; esta fase se caracteriza porque

el resultado obtenido no puede producir efectos jurídicos de manera inmediata. La administración pública no queda vinculada frente a terceros. Las decisiones producidas respecto a los derechos subjetivos, o situaciones generales, se encuentran en suspenso, bien podríamos decir, se ubican de manera exclusiva al interior de la administración¹⁰⁷⁸.

1316. La intención se produce necesariamente en todo órgano estatal capaz de ejercer funciones administrativas. Se caracteriza por ser la fuerza impulsora de los elementos que confluyen en la estructuración de la voluntad de la administración durante el proceso de elaboración del acto administrativo. Podríamos identificarla como un elemento previo a la formación de la voluntad. Es un momento anterior, preparatorio de la voluntad administrativa; es un fenómeno estrictamente psíquico en la medida que se produce en las personas que evalúan y dirigen la actividad de los órganos administrativos y que en consecuencia “piensan” de acuerdo con las directrices emanadas del principio de legalidad y de las finalidades de la función administrativa. En la práctica, quien ejerce la función administrativa no es más que un intérprete de la voluntad potencial del Estado, establecida en la norma jurídica¹⁰⁷⁹.

1317. La intención es el elemento psíquico precedente que prepara la voluntad de la administración, razón esta que nos lleva a afirmar que la misma se caracteriza por su interioridad e irrelevancia jurídica; precisamente, Manuel María Díez sostiene: “Las intenciones que no son exteriorizadas y permanecen como internas del órgano agente son para la administración pública jurídicamente irrelevantes, ya que no permiten registrar la voluntad real del órgano”¹⁰⁸⁰.

1318. Dentro de la fase interna la compleja materialización de la intención y demás elementos recopilados por la administración llevan a la constitución de la decisión de la administración, pero caracterizada por carecer del poder de oponibilidad frente a terceros.

ii.ii. Fase externa o de exteriorización

1319. Es la proyección al exterior del órgano de las elaboraciones producidas dentro del mismo; es conocida también como la etapa de la declaración de voluntad. La decisión adoptada por quien ejerce funciones administrativas –voluntad– no produce por sí sola los efectos que la administración espera; se hace indispensable que aquel fenómeno interior se exteriorice, para lo cual se necesita acudir a procedimientos externos que lo hagan conocer, los cuales no pueden ser otros que los tendientes a producir verdaderas declaraciones, las cuales una vez realizadas convierten el “pre-acto” en acto, es decir, le imprimen la fuerza relevante, suficiente para producir los efectos jurídicos esperados.

1320. La exteriorización puede ser real, cuando la realiza la administración expresamente, o presunta (caso este conocido como del silencio administrativo por el solo hecho del transcurso del tiempo). Por lo que hace a la exteriorización real, esta se realiza mediante la comunicación, notificación, publicación o ejecución de acuerdo con lo establecido en el respectivo ordenamiento. Mientras no se emplee el medio legal adecuado, la administración puede incluso modificar sus decisiones en razón de que, como ya lo habíamos anotado, la decisión interna aún no tiene vida jurídica frente a terceros, sino frente a la misma administración¹⁰⁸¹.

b. SUJETO PASIVO

1321. El sujeto pasivo es aquel sobre quien recaen los efectos del acto y quien, en consecuencia, ve alteradas las relaciones jurídicas que lo vinculaban con la administración, sus derechos o intereses. Puede ser una persona nacional o extranjera, natural o jurídica, de derecho público o privado, incluso

de la misma administración, si se trata de las relaciones interadministrativas. Lo anterior de ninguna manera implica que estemos aceptando una posible formación bilateral del acto administrativo, negando de plano nuestra teoría del carácter estrictamente unilateral del mismo. Tan solo estamos haciendo notar que la proyección de la exteriorización del acto recae de manera necesaria sobre un algo que identificamos precisamente como el sujeto pasivo¹⁰⁸².

c. MINISTERIO PÚBLICO

1322. Eventualmente, esto es, en los casos en que lo considere necesario, el ministerio público puede intervenir en cualquier tipo de actuación administrativa en defensa del ordenamiento jurídico y de los intereses de la sociedad. Esta modalidad de intervención la permite el numeral 7 del artículo 277 constitucional y pretende fundamentalmente que una voz imparcial sea escuchada por la administración al momento de entrar a decidir lo que corresponda, sin que lo expuesto por los agentes del Ministerio Público vincule u obligue a quien ejerce funciones públicas administrativas.

1323. Por otra parte, de manera especial, el artículo 23 de la Ley 1755 de 2015 le asigna al ministerio público la función de velar por el ejercicio y efectividad del derecho de petición, competencia que destaca concretamente para los personeros municipales. En ese sentido podrán intervenir cuando lo consideren necesario en aquellos procesos en que estimen indispensable su presencia para garantizar la totalidad de los extremos del derecho de petición, al respecto se dispone:

Deberes especiales de los personeros distritales y municipales y de los servidores de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo. Los servidores de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, así como los personeros distritales y municipales, según la órbita de competencia, tienen el deber de prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición. Si fuere necesario, deberán intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles, en cada caso concreto, el cumplimiento de sus deberes legales. Así mismo recibirán, en sustitución de dichas autoridades, las peticiones, quejas, reclamos o recursos que aquellas se hubieren abstenido de recibir, y se cerciorarán de su debida tramitación.

2. OBJETO

1324. El objeto consiste en todo aquello en lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado interiormente, en el llamado contenido del acto, pero materializado fuera de él. Se puede entender, asimismo, como el mundo jurídico modificado o alterado en la ejecución del acto administrativo. El objeto está constituido por todo aquello de que se ocupa el acto administrativo jurídicamente. Como ilustra Tafur, el objeto es precisamente lo que se decide en el acto; es el contenido del acto. Debe corresponder en su materialidad a la función administrativa, no solo a la ejercida por el poder ejecutivo, sino por todos los que constitucional o legalmente pueden ejercer este tipo de actividad¹⁰⁸³.

1325. Sin embargo, la doctrina tradicionalmente ha diferenciado el objeto del llamado contenido del acto, considerando a este último como un elemento autónomo¹⁰⁸⁴. En nuestro concepto se trata de elementos complementarios, coadyuvantes y estrechamente vinculados. Mientras el primero consiste en el efecto que se persigue, el segundo sería la materia en la que se estructura el acto. Como se observa, esta distinción no hace más que resaltar aspectos de un mismo concepto: el del objeto del acto administrativo. El objeto debe ser lícito, posible y existente.

1326. Se infiere con facilidad –no obstante la relación y coordinación que existe entre todos los elementos del acto administrativo– que el objeto se halla íntimamente ligado a la competencia que tiene atribuida el órgano administrativo; se relaciona con esta precisamente porque es la que determina el campo de acción de las autoridades, sobre lo que pueden válidamente ocuparse las autoridades¹⁰⁸⁵.

3. CAUSA O MOTIVO

1327. El motivo hace referencia a la comúnmente conocida teoría de la causa, la cual, más que en un problema jurídico, se convierte en una extensa discrepancia filosófica. Sin embargo, para exponer una idea sobre ella podríamos entenderla como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo y básica para garantizar el debido proceso y la defensa de las personas relacionadas con la administración, al igual que la transparencia en la actividad pública¹⁰⁸⁶.

1328. En ese sentido la máxima corporación de lo contencioso administrativo se ha pronunciado sosteniendo que la administración pública no puede actuar sin senderos orientadores que le permitan, con la claridad del derecho, proferir los actos administrativos. Debe observar el órgano competente las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso, distinguiendo de todas formas las actividades regladas de las discrecionales, por cuanto en aquéllas las mentadas circunstancias están por lo general determinadas de antemano por normas de obligatorio cumplimiento, mientras en estas la administración goza de un margen de acción para decidir. Las circunstancias de hecho o de derecho que provocan la emisión de un acto administrativo constituyen la causa o motivo del mismo¹⁰⁸⁷.

1329. Estudiar los motivos del acto, como señala Jossierand, no es más que “... penetrar hasta la esencia misma del derecho, hasta la causa profunda de los actos jurídicos: [...] ya que los móviles no son otra cosa [...] sino los resortes de la voluntad, la cual a su vez da vida al derecho...”¹⁰⁸⁸. A diferencia de los motivos en las actividades de los particulares, en los órganos públicos que actúan de acuerdo con expresas directivas, superiores o legales, los fundamentos de la actuación de estos no pueden ser otros que las circunstancias de hecho o de derecho que se deriven precisamente de los asuntos de su competencia. Estas circunstancias son las que deben estructurar la decisión administrativa.

1330. Alberto Ramón Leal prefiere referirse a este elemento como el de la “fundamentación”, en razón de que hay que darle al concepto “toda la amplitud que tiene en la realidad jurídica, que va más allá de los llamados motivos”. El alcance del concepto de fundamentación es amplio y abarca los motivos en sentido muy amplio: “las razones por las que el órgano administrativo tomó cierta decisión, y pueden consistir en fundamentos de derecho o en hecho”¹⁰⁸⁹.

1331. Por regla general el derecho positivo colombiano obliga a la motivación del acto¹⁰⁹⁰, sea este reglado o discrecional. En este último caso, porque se parte de la idea de que lo discrecional debe necesariamente tener una base legal. Dentro de la primera clase de actos, es decir, los reglados, la motivación puede ser simplemente formal o indicativa de la fuente que da origen a la actuación; o sustancial, cuando se indican de manera sumaria las relaciones y justificaciones entre las normas que rigen el acto y las razones fácticas que llevan a su expedición. Esto es, porque hay actos, sobre todo el de carácter general, cuya razón está dada generalmente por el simple ejercicio de una norma de competencia. En otras oportunidades, por el contrario, se están determinando o contravirtiendo derechos subjetivos, razón por la cual su motivación debe ser esencialmente enunciativa de los argumentos utilizados por la administración.

1332. En el anterior sentido se estableció el artículo 42 de la Ley 1437 de 2015¹⁰⁹¹, cuando indica que,

Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.

Para la Corte Constitucional este presupuesto resulta fundamental en la aplicación de los procedimientos administrativos¹⁰⁹²; el Consejo de Estado, por su parte, le otorga entidad a las exigencias del Código Contencioso Administrativo sosteniendo que no es lo mismo motivar actos generales que los particulares: las exigencias normativas en estas materias son sustancialmente diferentes¹⁰⁹³.

1333. En relación con los actos discrecionales, el artículo 44 de la Ley 1437, en la creencia de que la discrecionalidad no puede ser sin ánimo de arbitrariedad o ilegalidad, obliga a expresar las razones de su expedición. La disposición indica lo siguiente: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa...”¹⁰⁹⁴.

4. FINALIDAD

1334. Todo acto administrativo debe perseguir el cumplimiento de unas específicas finalidades, lo que implica que, al dictarse, debe procurar hacerse con la orientación indicada para lograr el fin propuesto; esta orientación se alcanza en la medida que se observen una serie de reglas que el Consejo de Estado, siguiendo la doctrina tradicional, ha expuesto como sigue: el agente administrativo no puede perseguir sino un fin de interés general; el agente público no debe seguir una finalidad en oposición a la ley; no basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto; pero siendo aun lícito el fin, de interés público, y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de actos que la ley ha establecido al efecto¹⁰⁹⁵. Es decir que el acto administrativo está substancialmente comprometido en propósitos teleológicos de interés general.

1335. La actividad de la administración es eminentemente teleológica. Esa característica se observa en el elemento conocido doctrinalmente como la “finalidad del acto”. Si en el objeto encontramos el contenido sobre el que actúa la administración, y en los motivos los antecedentes de hecho o de derecho que estimulan la actuación de las autoridades, en el fin encontramos las metas que debe lograr la administración pública con su actividad. Estas metas no pueden ser otras que la satisfacción de los intereses públicos. En efecto, señala Escola: “los órganos de la administración deben cumplir sus actividades procurando alcanzar ciertos objetivos que, cualesquiera que sean, siempre habrán de estar de acuerdo con el interés público...”¹⁰⁹⁶.

1336. Este elemento finalístico del acto administrativo encuentra sus bases en el texto mismo de la Constitución, cuando le indica a los servidores públicos y a quienes ejercitan funciones de todo género, en especial administrativas, que las actuaciones y decisiones estatales deben estar regidas por el interés general en el ejercicio de sus competencias; el Estado tiene un sendero prefijado de beneficio común. El inciso 2.º del artículo 2.º y los artículos 123 y 209 constitucionales enmarcan esta relación sistemática.

1337. El inciso 2.º del artículo 123 enseña que los “... servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad...”. Por su parte, el artículo 209 señala como uno de los principios rectores de la función administrativa el del “interés general”. El artículo 2.º constitucional, que comprende todo lo anterior, va mucho más allá y define con precisión el ámbito teleológico del Estado, determinando las pautas y conceptos que deben ordenar cualquier decisión pública:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general, y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...

5. FORMALIDADES

1338. La doctrina y la jurisprudencia han venido tradicionalmente distinguiendo los conceptos de procedimiento, forma y formalidad. Mediante el primero entienden las vías de producción del acto administrativo, las cuales estarían integradas por el conjunto de trámites legales para llegar al producto final –acto–; con el segundo distinguen el modo o manera en que la voluntad se manifiesta para dar vida al acto administrativo, y con el tercero definen el conjunto de requisitos que han de observarse para dictar el acto: requisitos que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto administrativo. Como se observa, los tres fenómenos descritos caracterizan de manera independiente aspectos difícilmente separables, pero que en conjunto, en nuestro concepto, integran el procedimiento de la actuación administrativa, que en sí no es más que el compendio de formas y formalidades para llegar al acto administrativo¹⁰⁹⁷.

1339. Tradicionalmente, como lo ampliaremos en su oportunidad, las formalidades han sido clasificadas en sustanciales y meramente accidentales. Las primeras son aquellas que de estructurarse vician el acto administrativo. Las segundas son aquellas que no tienen poder suficiente para perturbar la legalidad del acto¹⁰⁹⁸.

1340. Respecto de las formalidades, o procedimiento administrativo, la doctrina enseña su carácter de no estrictamente rituado, en contradicción con los procedimientos típicamente jurisdiccionales. El procedimiento administrativo es flexible, pues indica al funcionario que lo impulsa que simplemente garantice los extremos del debido proceso, sin exigir etapas o períodos predeterminados en materia probatoria ni formalidades excesivas.

6. EL MÉRITO

1341. Al igual que la finalidad del acto, el elemento del mérito es esencialmente subjetivo, no confundible con aquél, ni mucho menos con el motivo del acto, aunque con este comparte su carácter de razonador; pero, insistimos, es subjetivo en cuanto determinante de la oportunidad para la expedición del acto. Su grado de subjetividad nos resulta tan profundo y amplio que trasciende el ámbito de lo estrictamente legal y se sitúa, en muchos casos, en el campo de la capacidad razonadora de quien ejerce la función administrativa. Luego, su evaluación y control deben hacerse sobre esos mismos presupuestos, y se llega incluso a sostener que, en el caso del control, básicamente él le

corresponde a los órganos políticos. Sin embargo, en derecho colombiano parte de ese control le ha sido asignado constitucional y legalmente a órganos técnicos como las contralorías, incluso a la misma administración que los profirió.

1342. El mérito se refiere a la oportunidad o conveniencia para la expedición del acto administrativo. Conveniencia que está en íntima relación con los fines del Estado, pues obliga a quien expresa la voluntad del mismo a manifestarla cuando se requiera verdadera y ciertamente para cumplir los cometidos de este. Implica todo un juicio de valoración por quien ejerce funciones administrativas para que los actos expedidos sean realmente beneficiosos y acordes con los intereses generales.

El examen del mérito del acto tiene, actualmente, gran importancia práctica, pues no basta, como se ha dicho, que los actos administrativos se ajusten en su integridad a la ley, sino que es imprescindible que sean adecuados en su mérito, estando en el interés y en el derecho de todos exigir que se dé efectivamente esa condición...¹⁰⁹⁹.

1343. Resulta imposible concebir un acto en el cual el sujeto actor no hubiere evaluado la conveniencia u oportunidad del mismo. Se trata de un esfuerzo que lleva implícita toda decisión de la administración. Lo que sí resulta claro en nuestro ordenamiento es que este elemento no genera vicios en la legalidad del acto. Al contrario de lo que ocurre en otras legislaciones, en nuestro medio puede generar controles políticos o juicios administrativos, pero de ninguna manera contenciosos administrativos. Si confrontamos las causales de nulidad establecidas en el artículo 84 del CCA, ninguna nos permitiría tipificar la violación al mérito como causal de nulidad del acto administrativo. Su desconocimiento podría implicar responsabilidad personal para el agente productor del acto, pero no alteración de la legalidad del mismo.

1344. Acorde con lo anterior, el ordenamiento positivo otorga importantes instrumentos para evaluar y, en ocasiones, controlar administrativamente el mérito de los actos. Los artículos 267 y 344 constitucionales otorgan a las contralorías y a las oficinas de Planeación la evaluación de la gestión de la administración. Se trata nada menos que del análisis de la oportunidad de las decisiones públicas, lo cual no es otra cosa que el mérito de los actos administrativos expedidos. Por otra parte, el numeral 2 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, permite revocar los efectos jurídicos de los actos administrativos por razones de oportunidad o mérito: podrán ser revocados cuando "... no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él...". No se trata de un juicio propiamente de legalidad del acto, sino de la revocatoria por razones de conveniencia, evaluada por la administración productora de la decisión. Similar situación se puede desprender del artículo 42 inciso 2.º de la Ley 1437 de 2011 cuando ordena resolver todas las peticiones oportunamente planteadas por las partes o terceros dentro de la actuación administrativa; si alguna de ellas invoca razones de oportunidad o mérito la administración debe pronunciarse en la decisión. Igual sucede con las objeciones de los alcaldes a los proyectos de acuerdos de los concejos, o a los gobernadores en cuanto a los proyectos de ordenanza de las asambleas. La Constitución permite que esos funcionarios, por razones de oportunidad o conveniencia, objeten los acuerdos y ordenanzas –num. 9 art. 305 y 6 art. 315 C.P. respectivamente–.

1345. No obstante lo anterior, el ejemplo más claro de decisiones administrativas que involucren claros elementos de mérito u oportunidad los encontramos en las exigencias del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, sobre contratación estatal, cuando incorpora dentro del principio de legalidad de los contratos estatales el de la buena administración. Estableció el legislador al respecto que,

[...] En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración...

El concepto de buena administración es ante todo un concepto sumido en la idea de la adopción de las mejores decisiones en materia contractual, las más oportunas y convenientes para los intereses generales, que deja por fuera de la legalidad del contrato, todas aquellas, torpes, improvisadas, inoportunas, inconvenientes, en fin las que se desprenden del mal manejo de lo público.

1346. Para algunos autores el mérito se confunde en algunos casos con la causa y en otros con la finalidad del acto. Otros consideran que admitir el mérito como elemento del acto implicaría negar el principio de la legalidad y someter a los funcionarios administrativos a análisis y evaluaciones independientes de los cauces jurídico-positivos.

1347. En el mundo del derecho privado cada persona evalúa la conveniencia de sus propios actos; actúa cuando lo considera más apropiado para sus intereses, siempre y cuando no viole la ley o el derecho. En el derecho público, especialmente en el ámbito del administrativo, el problema adquiere connotaciones diferentes. El servidor público, o quien ejerce funciones administrativas, debe necesariamente tener en cuenta y evaluar, antes de adoptar cualquier decisión, la conveniencia de la misma, en cuanto se trata de un pronunciamiento a través del cual se pretende poner en juego los intereses generales; le corresponde, por lo tanto, a quien ejerce la función administrativa valorar necesariamente la consecuencia de sus decisiones¹¹⁰⁰.

1348. Algún sector de la doctrina pretende restringir el ámbito de aplicación del elemento de mérito exclusivamente a los actos discrecionales, con el argumento de que solo en estos la administración goza de un amplio campo de apreciación que le permite evaluar la conveniencia u oportunidad de sus decisiones, mientras que en los actos reglados la administración se limita simplemente a darle aplicación estricta a las disposiciones legales¹¹⁰¹. En nuestra opinión, la totalidad de actos administrativos posee, en algún grado, juicios de conveniencia u oportunidad para su expedición; lo que sucede es que, tratándose de la actividad discrecional, su ámbito de aplicación es ostensible y trascendental; prácticamente constituye su motor o el impulso necesario para su existencia.

E. ACTO ADMINISTRATIVO Y ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

1349. El acto administrativo en sus diferentes manifestaciones constituye ante todo un concepto específico y determinado a partir de sus características constitutivas; esa es la razón por la cual sostenemos que la figura opera de manera autónoma e independiente de la generalidad de manifestaciones posibles de quienes ejercen funciones administrativas, caso en el cual las expresiones de la administración que no reúnan integralmente los elementos y características explicados a propósito de los actos administrativos no podrán calificarse de tales, y más bien debemos circunscribirlos al contexto de simples actos de la administración; de ninguna manera podrán producir los efectos y mucho menos, salvo las excepciones de ley, dársele el tratamiento de actos administrativos.

1350. Esta situación resulta palpable y comprobable en la misma legislación administrativa cuando, por ejemplo, se diferencia el tratamiento para los actos administrativos –que de por sí y materialmente implican interlocución y decisión–, y para las otras manifestaciones como las de simple trámite o sustanciación, preparatorios, de ejecución, de los cuales no puede deducirse más que operatividad administrativa, pero no decisión ejecutoria en los términos estudiados. Por regla general este tipo de

actos no administrativos, sino de la administración, no son recurribles ni mucho menos controvertibles ante la jurisdicción contencioso administrativa, excepto cuando de manera anormal llegaren a contener alguna decisión definitiva creadora de situaciones jurídicas particulares¹¹⁰².

III. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO GENERAL. REGLAMENTO

1351. Al referirnos al acto administrativo de contenido general estamos haciendo mención a una especial modalidad de expresión del poder público administrativo, que comprende todas aquellas manifestaciones normativas, sean reglamentarias o reguladoras, provenientes de cualquier autoridad administrativa, caracterizadas por su generalidad y que tienen como fundamento directo la Constitución Política o la ley¹¹⁰³. Bajo esos presupuestos recogemos para el derecho colombiano la teoría del reglamento administrativo al que tradicionalmente se le considera una fuente del sistema normativo¹¹⁰⁴. En Colombia, a diferencia de otros ordenamientos, el reglamento es acto administrativo de carácter general. Se instituye como el principal mecanismo de proyección normativa en cabeza de los órganos y personas con funciones administrativas, creador de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, diferentes a la ley o a los actos con fuerza de ley, pero coincidente con esta, en cuanto contiene reglas de derecho y no decisiones individuales o concretas.

1352. Como lo advertíamos, el tema del llamado acto administrativo de carácter general surge para la teoría del acto de manera tangencial a partir del desarrollo del concepto material de ley¹¹⁰⁵, de donde se desprende la hipótesis de que las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la ley pero ausentes de los procedimientos y de la base democrática de esta. Este asunto se resuelve en algunos ordenamientos jurídicos por la vía de la concepción según la cual estas manifestaciones constituirían verdaderas expresiones legislativas. En otros, como el nuestro, se rechazan estas posturas calificando a las mismas como fenómenos propios y exclusivos de la administración en ejercicio de sus poderes y atribuciones de carácter público, es decir, orgánica y funcionalmente diferentes a la ley, y por lo tanto manifestaciones generales y abstractas propias de la administración, y de ninguna manera del legislador.

1353. Es de aceptación que para el debido cumplimiento de la ley e incluso de la misma Constitución, los órganos ejecutivos profieran actos similares a la ley en cuanto a su generalidad e impersonalidad, por lo tanto, actos administrativos de carácter general, a los que la doctrina ius-publicista denomina reglamentos en cuanto, a diferencia del acto administrativo tradicional, no producen situaciones jurídicas particulares o concretas sino que contienen normas de aplicación abstracta¹¹⁰⁶.

1354. Las principales manifestaciones de los actos administrativos de carácter general las encontramos en los actos expedidos a partir del ejercicio de la potestad reglamentaria de todas las leyes sin limitación alguna¹¹⁰⁷, atribuida por la Constitución al Presidente de la República¹¹⁰⁸, al igual que en las potestades reglamentarias de otras normas diferentes a las leyes, como los acuerdos u ordenanzas de los alcaldes y gobernadores en ejercicio de sus atribuciones legales. Así mismo, por mandato constitucional las corporaciones administrativas de elección popular, en ejercicio de sus competencias, expiden normalmente actos de carácter general de contenido normativo¹¹⁰⁹. En esa misma dirección, la gran mayoría de las autoridades administrativas, cuando expresamente se encuentren habilitadas por la ley para dictar normas generales, lo hacen por la vía de actos de esta naturaleza, como los ministros, los jefes de departamentos administrativos, los superintendentes, en fin, todos aquellos que deban crear derecho o reglas vinculantes con fuerza genérica, eventos en los cuales técnicamente no estamos ante

el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino del cumplimiento normal y ordinario de atribuciones a través de actos administrativos generales¹¹¹⁰.

1355. Similar situación se presenta cuando el legislador atribuye a determinadas autoridades administrativas la facultad de regular por su especialidad las materias estipuladas, esto es, expedir normas generales vinculatorias para las mismas o los sectores de su influencia; en esos casos estamos, no ante una facultad reglamentaria, ni mucho menos legislativa, sino, por el contrario, de estricta naturaleza administrativa por vía de actos de esa clase, es decir, administrativos; ejemplo claro es el de las comisiones de regulación en materia de servicios públicos¹¹¹¹. Por último, mediante atribución directa de la Carta algunas autoridades expiden actos de carácter general en los asuntos de su competencia; el ejemplo lo encontramos en el contralor general de la nación, las autoridades del Banco de la República y el Consejo Nacional Electoral, entre otros¹¹¹².

IV. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO COLECTIVO

1356. Las decisiones de las autoridades administrativas no se agotan de manera exclusiva en el reconocimiento y efectividad de los derechos subjetivos de corte individualista. Su acción plena comprende de manera significativa la permanente interacción, dentro del ámbito de las relaciones jurídico administrativas, con los derechos convencional y constitucionalmente reconocidos al colectivo de personas, esto es, referidos al ámbito de los intereses difusos del conglomerado, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas que afectan negativa o positivamente sus derechos e intereses, los de todos en conjunto: sus derechos subjetivos colectivos.

1357. Sin embargo, el asunto no resulta de un tratamiento pacífico en nuestros ordenamientos. El desarrollo del derecho administrativo ha estado signado por profundas y sustanciales connotaciones individualistas que distorsionan de manera significativa el papel actuante de la administración en relación con los derechos de la colectividad, problema que debe ser resuelto a la luz de los fundamentos constitucionales del Estado social de derecho, aceptando definitivamente para el derecho administrativo la ruptura histórica de la concepción individualista del derecho a favor de los derechos colectivos y de los intereses difusos de la comunidad.

1358. En esa perspectiva, entendemos por acto administrativo de contenido colectivo toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos en el ámbito de los derechos subjetivos e intereses de la colectividad. Aspecto este último que marca una diferencia sustancial con el simple acto de contenido individual, que impacta únicamente, en los derechos subjetivos e intereses personales e individuales del sujeto que interacciona con la administración.

1359. El acto administrativo de carácter colectivo debe ser característicamente decisorio en el ámbito de los derechos e intereses colectivos y poseer la fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas a partir de su contenido en lo colectivo. Debe tratarse de una decisión que produzca efectos jurídicos en ese especial ámbito de derechos e intereses como son los colectivos. La noción de decisión, al igual de lo que sucede a propósito del acto administrativo de contenido individual, es entonces un concepto central en esa modalidad de acto. Si la manifestación de quien ejerce funciones administrativas no es decisoria en relación con el colectivo, no está llamada a producir efectos en el mundo jurídico. La manifestación de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho subjetivo de la colectividad.

V. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO MIXTO

1360. El acto administrativo de contenido mixto corresponde a una especial calificación jurídica efectuada a determinadas manifestaciones de las autoridades administrativas caracterizadas por su doble naturaleza de normativas, generales, abstractas e impersonales, y a la vez generadoras de situaciones jurídicas personales, individuales y concretas. Se trata de actos que rompen la dogmática tradicional de construcción de decisiones administrativas en los términos indicados en los apartes anteriores; que se estructuran de manera compleja en el sentido de compartir en su objeto decisiones propiamente dichas con elementos normativos. Esa modalidad surge sin duda sobre la base de ofrecer respuestas procesales a situaciones creadas por la administración que no lograban obtener respuesta en las interpretaciones tradicionales de la teoría del acto administrativo, y que en muchas ocasiones llevaban a indefiniciones jurídicas o incluso a claras hipótesis de inseguridad y ausencia de control para la administración productora de este tipo de actos administrativos¹¹¹³.

VI. SURGIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1361. El surgimiento del acto administrativo no ha sido un problema de tratamiento uniforme por la doctrina. El problema del nacimiento a la vida jurídica del acto administrativo, en la práctica, se ha debatido en torno a dos posiciones jurídicas: la que sostiene la necesidad de su real exteriorización a través de los medios de publicidad, como fundamento básico para la existencia de cualquier decisión administrativa, y la de quienes afirman, negando la anterior tesis, que la publicidad no es requisito de legalidad para la existencia del acto, que se trata más bien de un problema tendiente a su eficacia, una vez la administración haya proferido cualquier decisión. En ese sentido son dos las posiciones que podemos identificar en torno del asunto: una, la tesis o teoría de la publicidad de la decisión como elemento esencial del acto, y dos, la teoría de la eficacia u oponibilidad, que no niega la existencia del acto no publicitado, sino que ve en este procedimiento de exteriorización un fenómeno de eficacia del mismo.

A. TEORÍA DEL ELEMENTO ESENCIAL

1362. Los partidarios de esta tesis sostienen que el procedimiento de publicitación de una decisión de la administración pública que pretenda producir efectos jurídicos es elemento esencial del acto administrativo, ubicado dentro de sus elementos formales o procedimentales. En ese sentido, cualquier irregularidad en su exteriorización puede viciar la legalidad del acto administrativo. Los partidarios de esta teoría consideran que el acto administrativo nace a la vida jurídica una vez se ha agotado el procedimiento de notificación o publicación. Es decir, una decisión de la administración no publicada o notificada no es acto administrativo, y no puede, en consecuencia, controlarse ni administrativa ni jurisdiccionalmente. La tesis tiene sustento en las razones expuestas tanto por la teoría “voluntarista” como por la simple teoría “declaracionista” del acto, pues coinciden en que el acto debe ser ante todo un fenómeno de manifestación. En consecuencia, por no haber manifestación de la administración no hay acto administrativo. En casos aislados, la jurisprudencia nacional ha sostenido que la no publicación o la indebida publicación o notificación implica nulidad del acto por vicios de forma. De esa manera se provoca el control de dichas irregularidades a través de las acciones típicas de los actos administrativos

1363. En alguna oportunidad el Consejo de Estado expuso sobre esa teoría lo siguiente:

El solo hecho de que el acto no ha sido promulgado permitiría concluir que no está vigente y por tanto que no puede ser materia de juicio, tal como recientes doctrinas del Consejo lo han establecido. Sin embargo, tales doctrinas han sido adicionadas y complementadas en el sentido de que son admisibles las demandas de actos no promulgados cuando su vigencia depende de tal requisito, porque la experiencia enseña que muchas agencias de la administración son poco celosas en el cumplimiento de las ritualidades que constituyen garantía para los gobernados y que, aunque ello constituya delito, ponen en vigencia y exigen el cumplimiento de actos con los defectos anotados [...] [E]n tales casos la demanda debe ser admitida para decidir en la sentencia sobre la nulidad por defectos de forma¹¹¹⁴.

Esta situación, debemos advertir, no ha sido corriente en la jurisprudencia colombiana, en donde ha predominado un criterio diferente, incluso desde el punto de vista del control jurisdiccional¹¹¹⁵.

B. TEORÍA DE LA EFICACIA O DE LA OponIBILIDAD

1364. Parte esta tesis de la negación a la teoría anteriormente expuesta. El acto administrativo nace a la vida jurídica una vez que la administración ha adoptado la decisión que habrá de producir efectos jurídicos. En ese sentido, las actuaciones o procedimientos de publicación no son otra cosa que instrumentos propios de la eficacia del acto y no de la validez del mismo.

1365. El acto administrativo existe como tal una vez se hayan reunido plenamente los elementos esenciales de su legalidad. La decisión, así permanezca en el interior de la administración, ya es un acto administrativo. La obligación de la administración es publicitar el acto para que surta efectos en el mundo del derecho y no para que nazca a la vida jurídica.

1366. La jurisprudencia actualmente aceptada por el Consejo de Estado se encauza por los senderos de esta segunda tesis. La notificación, ha dicho la corporación,

... no constituye parte integrante del acto administrativo, sino de un proceso administrativo o judicial, y por lo mismo, a falta de ella, no le afecta en sí mismo en su existencia. La falta de notificación no genera la nulidad del acto administrativo, sino que lo hace inoponible frente a terceros...¹¹¹⁶.

[1367]. Si bien es cierto que los actos administrativos no publicados carecen de obligatoriedad, también es cierto que la falta de este requisito, tratándose de actos administrativos de carácter general, no constituye causal de nulidad del mismo, como son los actos impugnados y solo constituye falta de oponibilidad del acto a los particulares, o, en otras palabras, falta de obligatoriedad para los mismos. Así, ha de tenerse en cuenta que la publicación del acto no es requisito para su validez, siempre y cuando en su dictación se hayan guardado todas las normas a las que debió sujetarse, y sólo es causal de inoponibilidad a los particulares. En cambio sí es oponible a la propia administración...¹¹¹⁷.

1368. Esta tesis ha sido el producto de la interpretación de los textos legales colombianos sobre el acto administrativo, que para todos los efectos hablan de la notificación o publicación del acto, es decir, reconocen su existencia de manera anticipada a la publicación o notificación (en el anterior régimen los arts. 43 y 44 Dcto. 01 de 1984; Ley 57 de 1985; en el régimen vigente Ley 1437 de 2011, arts. 65 a 73). Desde esa perspectiva, tratándose de las decisiones administrativas que se rigen por el CCA, sean ellas producto de una actuación administrativa o correspondan a una decisión final de agotamiento de la vía gubernativa, nos encontramos ante la existencia del acto administrativo con la mera expedición o manifestación de la administración, no produciendo efectos jurídicos sino exclusivamente si ha sido legalmente notificado, publicado o comunicado.

VII. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1369. El principio del sometimiento de las decisiones de la administración al sistema del ordenamiento jurídico genera la presunción de legalidad de los actos administrativos. Debemos agregar a lo anterior que la legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa, sino todo lo contrario: en nuestro concepto la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza de manera consecuente por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo.

1370. De esta manera, y partiendo del hecho de la total sumisión de la administración a las normas previas que regulan su actuación, lo mismo que la proyección de estas a la expedición de los actos administrativos, la doctrina contemporánea ha venido sosteniendo la existencia de una “presunción de la legalidad de los actos administrativos”, lo cual no es más que una prolongación de la legalidad al mundo de la eficacia del acto, legalidad que se presume cuando el acto se hace ejecutorio. Por tal virtud, se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario¹¹¹⁸. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se pronuncie al respecto¹¹¹⁹.

1371. La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido integralmente con la legalidad preestablecida para la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias; entre las más importantes, la de la ejecutoriedad o autotutela del mismo por la administración, sin posibilidad de desconocimiento unilateral al mismo por sus destinatarios, según se desprende del texto del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011^[1120], salvo pronunciamiento judicial en contrario.

1372. La presunción de legalidad no es absoluta y admite prueba en contrario. Es por naturaleza revisable. Nos atrevemos a afirmar sin duda alguna que no nos encontramos frente a una estricta e impenetrable presunción de derecho *–juris et de jure–*, sino ante una noble y amplia presunción de ley *–juris tantum–*, que admite probar o desvirtuar por los trámites determinados en la misma Ley 1437 de 2011 la validez del acto en cuestión. Mientras eso no suceda, la obligación de todos los servidores públicos es someterse integralmente a lo dispuesto en los actos administrativos, cumplirlos y, si les corresponde, ejecutarlos, en razón de que gozan de presunción de legalidad. Lo contrario sería el caos jurídico, la inseguridad jurídica y la ruptura del Estado de derecho.

1373. Respecto de los actos administrativos, se supone que por tratarse del resultado del ejercicio de precisas potestades legales han reunido en su proceso de elaboración la totalidad de requisitos y presupuestos que el ordenamiento ha determinado, por lo que debe considerarse, en razón de la seguridad y estabilidad jurídica que demanda todo Estado de derecho, que son plenamente legales. Legalidad que se desvirtúa si se logra establecer judicialmente que en la realidad no concurrieron verdaderamente los elementos señalados por el ordenamiento para el nacimiento del acto.

1374. Al ocuparse de esa presunción, el Consejo de Estado señala que la misma le concede al acto administrativo *–general o particular–* obligatoriedad, inoperatividad y oponibilidad, mientras dicha presunción no sea desvirtuada mediante el ejercicio de las acciones pertinentes y el mismo sea declarado nulo por los tribunales competentes¹¹²¹.

1375. Precisamente, mientras no sean anuladas o suspendidas por la jurisdicción contencioso administrativa las decisiones administrativas tienen vida jurídica, tal como lo dispone el inciso 1.º del

artículo 91 de la Ley 1437 de 2011: “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo...”. Dentro de la línea de mantener la seguridad jurídica en el ordenamiento nacional, el Consejo de Estado insiste en esta posición garantística, reiterando que es de competencia de la jurisdicción contenciosa desvirtuar cualquier duda sobre la legalidad que ampara toda decisión de la administración¹¹²².

VIII. EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SUS VICISITUDES

1376. De acuerdo con lo expuesto en los párrafos anteriores, la validez del acto administrativo es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento en la elaboración y expedición del mismo a los requisitos normativos, de principios y valores y exigencias establecidos en el sistema del ordenamiento jurídico. La eficacia, por su parte, no es más que una consecuencia del acto administrativo, que lo hace apto y capaz de producir los efectos para los cuales se le dio vía jurídica. La eficacia, a diferencia de la validez, se proyecta al exterior del acto administrativo en búsqueda de sus objetivos y logro de sus finalidades; de ahí que instituciones tales como la operación administrativa y la ejecución del acto sean fenómenos propios de esta instancia externa del acto administrativo¹¹²³.

1377. La doctrina, en general, está de acuerdo en aceptar el anterior alcance del concepto de eficacia, es decir, orientado a comprenderlo como “la capacidad del acto para producir sus efectos, no desde un punto de vista potencial, sino efectivo”¹¹²⁴.

1378. Como razón de lo expuesto debemos anotar que los vicios que puedan entorpecer la legalidad de un acto, es decir, su validez, afectan de manera directa el logro de los fines del acto, esto es, la eficacia. Al respecto, señala Mayer que precisamente “el supuesto de la eficacia de los actos de autoridad debidamente manifestados, es su legalidad. El acto ilegal es inválido, y no debe producir el efecto de derecho que persigue; debe ser ineficaz”¹¹²⁵.

1379. En ese orden de ideas, un acto perfecto, legalmente producido e integralmente válido, engendra una eficacia perfecta e indiscutiblemente apta para lograr los fines que persigue la expedición del mismo. Por el contrario, un acto viciado en su validez puede hacer ineficaz el cumplimiento de lo estipulado en el acto respectivo, en la medida en que el pronunciamiento jurisdiccional o la revocación le impidan continuar surtiendo los efectos jurídicos; lo anterior en razón de que “un acto que efectivamente produce efectos es eficaz, aún en el caso en que los efectos producidos estén contaminados con el vicio que afecta la estructura del acto inválido”¹¹²⁶. Partimos, para efectos jurídico administrativos, del supuesto de que la ineficacia puede ser una de las consecuencias de la invalidez legalmente decretada.

A. FIRMEZA Y EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1380. Vistas las anteriores consideraciones no podemos más que concluir que sustancialmente los actos administrativos están en condiciones de alterar, modificar o extinguir el mundo jurídico cuando reúnen plenamente los requisitos para su legalidad. Esto, sin negar la posibilidad de que formalmente surtan los efectos esperados de manera anormal, cuando, protegidos por su presunción de legalidad, la administración los hace ejecutorios. Este último planteamiento nos lleva a sostener la tesis de la perfección y aplicación formal del acto, cuando se encuentra incurso en causales de nulidad que no hubieren sido declaradas por la jurisdicción o por la administración a través de la vía de la revocación.

1381. Sobre la eficacia de las providencias administrativas conviene destacar los requerimientos que la doctrina y la legislación nacional han acogido para que el acto administrativo haga tránsito normal al mundo de la eficacia, puente jurídico al que se le conoce como el de la firmeza del acto administrativo. En ese aspecto resulta indispensable diferenciar entre los actos administrativos de carácter general y los de carácter individual: para los primeros, técnicamente la firmeza está dada por el pleno cumplimiento de los requisitos de publicidad que estudiamos en el capítulo respectivo. Para los segundos, específicamente para aquellos que se encuentran sujetos al principio de la contradicción administrativa, como garantía de discusión en instancia gubernativa de las decisiones que afectan de manera individual a los ciudadanos, el ordenamiento prevé precisas hipótesis en las cuales el acto administrativo legalmente se encuentra en firme y puede hacer tránsito al mundo de la eficacia.

1382. El artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 establece que el acto administrativo se encuentra en firme en los siguientes eventos:

[...] 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso; 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos; 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos; 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos; 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.

Como se observa, se trata de hipótesis que tan solo involucran a los actos de contenido individual. Configurada una cualquiera de las anteriores situaciones fácticas, la administración podrá realizar la totalidad de actuaciones, procedimientos u operaciones indispensables para darle cabal cumplimiento a lo dispuesto en el respectivo acto administrativo.

1383. Desde ese punto de vista la firmeza del acto administrativo constituye el punto límite o de partida de la eficacia real del acto: nos permite visualizar el momento primario a partir del cual se presume la plena configuración de la legalidad de la decisión de la administración, y emana la obligación constitucional y legal de hacer cumplir lo dispuesto en la providencia administrativa. A ninguna otra conclusión se puede llegar si entendemos en su contexto lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 1437 de 2011 que regula propiamente las actuaciones administrativas posteriores al momento en que el acto se hace definitivamente obligatorio, actuaciones que podríamos catalogar de ejecutoriedad o eficacia normal del acto administrativo.

1384. Precisamente en esta última disposición se instituye en el ordenamiento colombiano la figura de la ejecutoriedad del acto, base indiscutible de los mecanismos típicos de la eficacia del acto tales como los procedimientos, actuaciones y operaciones administrativas. En nuestra opinión la teoría de la operación administrativa expuesta en capítulo anterior de esta obra encuentra su razón de ser en el análisis de los artículos 89 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

1385. Conforme a esos presupuestos normativos, el mundo de la eficacia aparece realmente en una determinada situación fáctica cuando el acto reviste el carácter de ejecutivo, esto es, se encuentra en firme y en consecuencia es ejecutorio o de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para el administrado. Indica la disposición precisamente lo siguiente:

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

1386. Ahora bien, la eficacia del acto administrativo también puede darse por la vía de la coacción o eficacia forzada del mismo, ante la oposición del sujeto pasivo para su aceptación y cumplimiento. El mismo artículo 89 transcrito así lo prevé, y se reitera esa idea en el artículo 90 de la Ley 1437 de 2011 que recoge esa hipótesis, habilitando a la administración para la imposición de multas o ejecución directa de lo dispuesto en el acto administrativo a costa del interesado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, cuando un acto administrativo imponga una obligación no dineraria a un particular y este se resistiere a cumplirla, la autoridad que expidió el acto le impondrá multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, concediéndole plazos razonables para que cumpla lo ordenado. Las multas podrán oscilar entre uno (1) y quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes y serán impuestas con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La administración podrá realizar directamente o contratar la ejecución material de los actos que corresponden al particular renuente, caso en el cual se le imputarán los gastos en que aquella incurra¹¹²⁷.

B. PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1387. Bajo el nombre genérico de pérdida de fuerza ejecutoria la Ley 1437 de 2011 incorpora al sistema del ordenamiento jurídico lo que la doctrina administrativista denomina “alteraciones a la normal eficacia del acto administrativo”. El ordenamiento positivo reafirma precisamente en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 que la regla general aplicable a todo acto administrativo que se encuentre en firme es la de su tránsito ordinario al mundo de la eficacia. Regla general que eventualmente puede excepcionarse, limitándose en consecuencia los efectos jurídicos previstos en la norma administrativa.

1388. Esas limitaciones o rompimientos a la normalidad administrativa se pueden reunir en dos grandes grupos: el primero, conformado por las causales que se limitan a suspender los efectos jurídicos del acto en el contexto de la eficacia, y el segundo, estructurado por las causales que evidentemente implican una pérdida total de la fuerza ejecutoria del acto administrativo. Las causales en concreto disponen lo siguiente:

Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho; 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto; 5. Cuando pierdan vigencia.

1389. En cuanto fenómenos genéricos de afectación a la fuerza ejecutoria y por lo tanto a la eficacia del acto administrativo encontramos en el análisis de la disposición en primer lugar a la nulidad del acto administrativo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de manera especial las causales específicas establecidas por el legislador. Veamos cada una de ellas:

1. NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO CIRCUNSTANCIA GENÉRICA DE PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA

1390. Indica el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 que una de las razones para la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo es el pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa,

declarando que el acto viola alguno de los presupuestos de su legalidad, y en consecuencia, que no puede seguir surtiendo efectos en el mundo jurídico. Es de advertir que en el derecho colombiano la declaratoria de nulidad del acto es de una sola clase: la de su simple nulidad. A diferencia de otros ordenamientos donde los pronunciamientos de la jurisdicción respecto de la legalidad del acto pueden ser de nulidad absoluta o nulidad relativa. Esta doble clasificación tan solo se presenta respecto de los negocios jurídicos o contratos estatales, donde la Ley 80 de 1983 establece la posibilidad de que estos actos administrativos de carácter bilateral o negocios del Estado sean objeto de pronunciamientos respecto de nulidades absolutas o relativas.

1391. Para el caso específico de los actos administrativos nuestro sistema tan solo permite pronunciamientos de simple nulidad, que pueden ser de la totalidad del acto administrativo o parcialmente de algunas de sus disposiciones. Ahora bien, se debe aclarar así mismo, que en derecho colombiano los efectos de la nulidad también deben ser analizados desde la perspectiva de las diferentes acciones que sean intentadas ante la jurisdicción contenciosa. En el presente capítulo, tan solo nos ocuparemos de los efectos de la nulidad en las acciones populares de simple nulidad.

1392. De acuerdo con la doctrina, cabe señalar que la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales. Resulta evidente que si el ordenamiento prescribe condiciones de admisibilidad jurídica de una actuación que se proyecta al mundo del derecho, debe así mismo indicar los mecanismos de protección para que sus previsiones no sean desconocidas. La doctrina identifica precisamente a la nulidad en los términos anteriormente expuestos. Para Alessandri Besa, la nulidad es

... la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto [...] la ley, por lo general, sanciona siempre la omisión de los requisitos que ella considera indispensables para que un determinado acto jurídico produzca todos los efectos que le son propios...¹¹²⁸.

1393. De lo expuesto se desprende que la teoría tradicional ha caracterizado la nulidad como una natural privación de los efectos jurídicos del acto; una sanción nacida de la omisión o incumplimiento de los requisitos o elementos indispensables para la realización del acto y una consecuencia indubitable de estricto origen legal. De estos elementos identificadores podemos concluir que la nulidad se genera en el ámbito de la formación del acto, es decir, en anomalías de los elementos que deben concurrir para la validez del acto administrativo, pero que tiene efectos indudables en el mundo de la eficacia del acto específicamente en cuanto a su ejecutoria.

1394. Problema interesante en el derecho nacional se presenta sobre los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo. En ese aspecto vale la pena indicar que la jurisprudencia nacional no ha sido unívoca. Dos tipos de efectos se le han otorgado a la nulidad de los actos administrativos de manera indistinta durante algunas épocas de nuestra jurisprudencia.

1395. Una primera corriente sostiene que la declaratoria de nulidad del acto administrativo produce efectos retroactivos a partir del momento en que el acto surgió a la vida jurídica. Se trata de una tesis que revive para el derecho público nacional los efectos de la teoría clásica de la nulidad, que considera nulo el acto a partir de su nacimiento. Consecuencia inevitable de esa tesis es que la totalidad de situaciones jurídicas emanadas del acto declarado nulo dejarían de existir. Esa tesis ha sido defendida en algunas providencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹¹²⁹.

1396. Una segunda tesis, en nuestra opinión aceptable y que propende por la protección del ordenamiento jurídico y las situaciones individuales generadas a partir de un acto que ha sido declarado nulo, sostiene que los efectos de la nulidad tan solo pueden ser hacia el futuro, esto es, a partir del momento en que la providencia respectiva quede en firme. Consideramos que esta debe ser la opinión dominante en nuestra jurisprudencia. Se trata de una tesis de avanzada jurídica, que no puede ser desconocida y que eventualmente protegería a todos aquellos que de alguna manera obtuvieron derechos o situaciones jurídicas concretas durante el tiempo en que estuvo vigente la norma declarada nula¹¹³⁰.

2. CAUSAL PRIMERA: “CUANDO SEAN SUSPENDIDOS PROVISIONALMENTE SUS EFECTOS POR LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (ART. 91 NUM. 1 LEY 1437 DE 2011)

1397. Se caracteriza en cuanto que no existe una extinción de los efectos del acto administrativo sino un suspenso provocado frente a los efectos del acto por vía de orden jurisdiccional, como es el caso de la suspensión provisional de los actos administrativos. La suspensión provisional del acto administrativo es una medida de estricto orden jurisdiccional de carácter rogado y cautelar, que pretende la cesación temporal de los efectos del acto administrativo como medida previa dentro del proceso contencioso administrativo, con el fin de que el acto impugnado no surta efectos jurídicos mientras se resuelve sustancialmente el litigio sobre su legalidad. A la suspensión se llega a través de un juicio previo, formal y sumario, realizado por la autoridad jurisdiccional, que induce a la conclusión de que hay razones suficientes, con fundamento en la aparente y manifiesta infracción por el acto administrativo de normas superiores, para frenar sus efectos jurídicos mientras el proceso contencioso se tramita. No se trata de un prejuzgamiento. Todo lo contrario, es la más importante medida cautelar con que cuenta la autoridad jurisdiccional para preservar el ordenamiento jurídico mientras resuelve de fondo sobre la legalidad de una providencia administrativa.

3. CAUSAL SEGUNDA: “CUANDO DESAPAREZCAN SUS FUNDAMENTOS DE HECHO O DE DERECHO”. DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO (ART. 91 NUM. 2 LEY 1437 DE 2011)

1398. El fenómeno del decaimiento del acto administrativo también goza de regulación en nuestro ordenamiento positivo. El numeral 2 del artículo 91 establece dos hipótesis a través de las cuales un acto producido válidamente puede llegar a perder fuerza en el ámbito de la eficacia al desaparecer sus fundamentos de hecho o de derecho. La doctrina identifica precisamente esas circunstancias como las determinantes del decaimiento o muerte del acto administrativo por causas imputables a sus mismos elementos, en razón de circunstancias posteriores, mas no directamente relacionadas con la validez inicial del acto. Cintra do Amaral identifica el decaimiento como las modificaciones de orden legal que le retiran los fundamentos de validez a un acto que ha sido producido válidamente¹¹³¹.

1399. El decaimiento del acto en el derecho colombiano está en íntima relación con la motivación del acto, se configura por la desaparición de los elementos integrantes del concepto motivante del acto. Recordemos que al estudiar los elementos externos del acto administrativo identificábamos como uno de los principales el denominado de los motivos o razones del acto administrativo, elemento que involucra una relación lógica entre los argumentos fácticos y las razones de orden jurídico que le sirven a la administración para determinar su competencia e igualmente para resolver sustancialmente el

conflicto planteado. Al desaparecer uno de esos elementos se configura en el derecho colombiano el fenómeno del decaimiento.

1400. Al instituir el llamado decaimiento del acto administrativo dentro del concepto genérico de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, desarrolla una limitante expresa al mundo de la eficacia del acto. Para estos efectos resulta de especial interés mirar el alcance que tiene la causal en cuanto a la fuerza ejecutoria, por la desaparición de los fundamentos fácticos o jurídicos que le han servido de base a la decisión. Luego de analizar el contexto mismo de dicha norma, se puede llegar a la siguiente conclusión: en ciertos eventos, así desaparezcan algunos de los fundamentos del acto administrativo como pueden ser los jurídicos, el acto continúa en el mundo jurídico surtiendo efectos. No toda desaparición del elemento jurídico lleva a la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo. Nuestro ordenamiento respeta las situaciones jurídicas consolidadas, esto es las que se refieren de manera directa a los derechos subjetivos de los asociados¹¹³².

4. CAUSAL TERCERA: “CUANDO AL CABO DE CINCO (5) AÑOS DE ESTAR EN FIRME, LA AUTORIDAD NO HA REALIZADO LOS ACTOS QUE LE CORRESPONDAN PARA EJECUTARLOS” (ART. 91 NUM. 3 LEY 1437 DE 2011)

1401. La inercia, inejecución u omisión del cumplimiento de los procedimientos para la eficacia del acto, implican en la práctica jurídica una situación de suspensión provisional anormal de los efectos del acto, producto de la omisión de la administración en el cumplimiento de sus deberes de hacer operativas las decisiones administrativas, Esta suspensión anormal le es imputable única y exclusivamente a la administración, que es la instituida y obligada para ejecutar los actos que sean ejecutables. La ley reconoce esta suspensión de los efectos hasta por cinco años, vencidos los cuales se produce la pérdida de efectos del acto. Es decir, la administración cuenta con cinco años, contados a partir del momento en que los actos administrativos se encuentran en firme, para realizar todas las operaciones tendientes a su ejecución. De no actuar dentro de ese lapso, la suspensión de los efectos del acto que le es imputable a la misma administración se transforma en una sanción para la administración morosa, consistente en que por una parte el acto pierde su fuerza ejecutoria y por otra la administración perdería en la práctica la competencia para hacerlo ejecutivo. Es de advertir que en nuestra opinión esta causal se refiere exclusivamente a actos administrativos de contenido individual o incluso en los de carácter colectivo.

5. CAUSAL CUARTA: “CUANDO SE CUMPLA LA CONDICIÓN RESOLUTORIA A QUE SE ENCUENTRE SOMETIDO EL ACTO” (ART 91 NUM. 4 LEY 1437 DE 2011)

1402. Esto es, que la pérdida de fuerza ejecutoria está sujeta a un hecho futuro e incierto, que de materializarse o cumplirse produciría de inmediato una interrupción definitiva de la eficacia del acto administrativo. Para entender el alcance de esta causal necesariamente tenemos que acudir a los contenidos de los artículos 1530 y siguientes del Código Civil, que le dan entidad a las llamadas condiciones o sujeciones condicionales de una decisión u obligación. Desde esa perspectiva, las condiciones resolutorias de los actos administrativos pueden ser positivas, negativas, física y moralmente posibles, y expresas en virtud del principio de legalidad que rige para cualquier disposición normativa en derecho administrativo.

6. CAUSAL QUINTA: “CUANDO PIERDAN VIGENCIA” (ART. 91 NUM. 4 LEY 1437 DE 2011)

1403. Se trata de otra modalidad de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo enunciada en el numeral 5 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. En nuestra opinión es un concepto genérico que recoge la totalidad de eventos de pérdida de fuerza ejecutoria. Tanto el decaimiento como la nulidad o el cumplimiento de la condición resolutoria quedarían incorporados bajo el nombre genérico de pérdida de vigencia. Tendríamos que agregar algunas otras situaciones específicas que harían parte de la pérdida de vigencia: los eventos de derogatoria o revocación, que de configurarse podríamos calificarlos, conforme al ordenamiento positivo, como limitantes a la eficacia del acto en razón de que son verdaderos ejemplos de su pérdida de fuerza ejecutoria.

C. INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1404. El concepto de inexistencia como elemento de la teoría general del derecho constituye uno de los temas más debatidos, controvertidos y polémicos, al extremo de no admitirse acuerdos doctrinarios sobre sus alcances, concepto y aplicabilidad en algunas ramas de la estructura jurídica. En el plano operativo, y siguiendo las exposiciones predominantes, podemos indicar que esta modalidad de ineficacia e invalidez¹¹³³ obedece a las disquisiciones en el mundo del derecho, acerca de las categorías lógicas de lo existente y de lo no existente, del ser o del no ser, de lo que no es y, en consecuencia, no puede ser.

1405. Acto administrativo inexistente, según se ha dicho, es aquel que no ha nacido a la vida jurídica, que no es acto; en consecuencia, del que no puede decirse que sea acto, ni mucho menos administrativo. Se considera estar frente a un evento de inexistencia en los casos en que la decisión de la administración aún no ha sido adoptada. Algunos estudiosos del fenómeno pretenden asimilar el concepto de inexistencia a los casos en que al acto adoptado por la administración se le observan anomalías en algunos de sus elementos esenciales, es decir, sujetos, competencia, voluntad, objeto, motivo, causa, formalidades o finalidad. Desde ahora nos basta advertir que compartimos la primera de las tesis, es decir, la de que acto inexistente es aquel que aún no ha sido adoptado, porque de haberlo sido caeríamos de inmediato, si se le observa algún vicio, en la teoría de la nulidad que es la desarrollada por nuestro ordenamiento positivo. No obstante lo anterior, analizaremos las controversias doctrinales al respecto para darle una mayor claridad al conflicto. Acto inexistente, señala García Oviedo, “... es el acto no nacido, no venido a la vida jurídica, por faltarle un elemento sustancial para ello...”, razón –agrega el profesor español– para que no pueda hablarse de acto viciado, pues es algo que no existe¹¹³⁴.

1406. En un interesante estudio realizado por Hernán Guillermo Aldana sobre la problemática de la inexistencia de los actos administrativos en derecho colombiano¹¹³⁵, que dicho sea de paso no tiene regulación positiva en el ordenamiento administrativo nacional, se llega a las siguientes conclusiones, que serán objeto de nuestro análisis: se estructura la inexistencia de los actos administrativos en el régimen colombiano en los eventos en que falta un elemento esencial del acto, tal como el órgano, la competencia o las formalidades; el acto administrativo inexistente en derecho colombiano no produce efecto alguno; en principio, la sanción y reconocimiento de la inexistencia corresponde a los jueces competentes¹¹³⁶.

1407. Llega Aldana Duque a estas conclusiones después de analizar el siguiente acervo jurisprudencial: Sentencia de septiembre de 1959, en la cual el Consejo de Estado, fundado en la

incompetencia de un órgano administrativo, se declaró inhibido para resolver sobre una acción de nulidad planteada; consideraba que se encontraba ante un típico caso de inexistencia¹¹³⁷; Auto de febrero de 1960, en el cual el Consejo de Estado, respecto de los vicios procedimentales como fundamento de la inexistencia, dijo: "... el acto acusado que se quedó en simple proyecto, o mejor, en un acto preliminar, o incoado si ello es así, no existiendo el acto administrativo, no tiene la Sala sobre qué pronunciarse, pues [...] el acto inexistente está fuera del orden jurídico..."¹¹³⁸.

1408. Pese a los razonados argumentos de este ilustre investigador, no compartimos el criterio de la inexistencia en nuestro derecho administrativo. La misma jurisprudencia del Consejo de Estado, en fallos posteriores, se ha encargado de corregir los pronunciamientos antes indicados. Es así como en sentencia de octubre de 1968, con ponencia del consejero Nemesio Camacho Rueda, la corporación dijo, respecto de la competencia y de las formalidades del acto administrativo, que en el cumplimiento de estos requerimientos se otorga dinámica al principio de la legalidad, "... de modo que si un acto administrativo es producido por un funcionario incompetente y sin el procedimiento establecido, se está en presencia de un acto nulo, pero no inexistente..."¹¹³⁹.

1409. Se puede concluir, así mismo, que no es absoluta la noción de inexistencia en nuestro medio; según el Consejo de Estado, es un término asimilable al de nulidad: en salvamento de voto de la sentencia del 29 de julio de 1974 así lo expresaron los consejeros disidentes Juan Hernández Sáenz y Miguel Lleras Pizarro: "Estos actos que se pronuncian sin siquiera la apariencia formal de competencia son tan nulos que algunos doctrinantes los apellidan inexistentes, con lo que no pretenden indicar que no existan, porque ahí están, por lo menos son un hecho..."¹¹⁴⁰.

1410. Bástenos agregar a lo anterior el hecho de que el Consejo de Estado, de acuerdo con providencias que hemos ya relacionado, se declarara competente para el conocimiento de actos no perfeccionados que la administración pretendía ejecutar. Por último se admite por la jurisprudencia la necesidad de que toda actuación debe ser llevada a los jueces para efectos de su control jurisdiccional. Dijo el Consejo en 1975:

... las manifestaciones de voluntad de la administración, por gozar de la presunción de legalidad, producen en principio efectos jurídicos [...] En derecho administrativo podría pensarse que el acto inexistente 'no existe' [...] mas la existencia de un acto administrativo legal [...] no le quita a la manifestación de voluntad su carácter de acto administrativo acusable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹¹⁴¹.

D. CONVALIDACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1411. En procura de la estabilidad jurídica y de hacer predominar el concepto de lo sustancial frente a lo meramente adjetivo, evitándose de esa manera permanentes pronunciamientos sobre ilegalidades que la administración hubiere podido corregir, la doctrina ha desarrollado el concepto de la convalidación de los actos administrativos por las mismas autoridades que los expidieron o por la intervención del legislador al suprimir algún requisito vigente al momento de la expedición del acto o al admitir expresamente que un acto producido de manera irregular produzca plenamente sus efectos jurídicos. Se trata de dos vías diferentes para lograr subsanar las deficiencias en la validez del acto y mantener el mismo surtiendo efectos jurídicos. Desde esos puntos de vista, convalidar tendría dos acepciones jurídicamente válidas: la de corregir un acto administrativo y la de admitirlo como plenamente válido mediante ratificación posterior.

1412. En algunos pronunciamientos la jurisprudencia nacional ha aceptado la figura de la convalidación de los actos administrativos. El Consejo de Estado se ha encargado de establecer algunos

requerimientos lógicos para su procedencia. Dentro de esa tónica se considera que no todos los actos administrativos pueden ser objeto de convalidación: tan solo aquellos que se refieran a problemas eminentemente internos de la administración y que no se encuentren incursos en situaciones de nulidad prácticamente insubsanables como es el caso de la incompetencia.

1413. En providencia de 1991 la corporación indicó:

... La doctrina extranjera refiriéndose al tema de la convalidación del acto irregular ha expresado que en ciertos casos, y reuniéndose determinadas condiciones, un acto inválido puede ser regularizado por otro acto administrativo posterior. En ese supuesto, el acto irregular queda convalidado, connotación ésta para la cual corrientemente se usan las expresiones confirmar, revalidar, ratificar, aprobar, sin un sentido uniforme. Con el alcance indicado, el acto de convalidación abarca las distintas hipótesis en que la administración puede regularizar un acto inválido: reiterando el acto y llenando entonces todas las formalidades; pronunciándose el órgano competente; obteniéndose la autorización o aprobación que faltaba, etc.¹¹⁴².

IX. REVOCATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A. NATURALEZA JURÍDICA. MODALIDADES. EFECTOS. ACTOS OBJETO DE REVOCATORIA. DIFERENCIAS CON LA DECLARATORIA DE NULIDAD

1414. La figura de la revocación directa de los actos administrativos no tiene en el derecho colombiano una naturaleza jurídica definida. Del análisis de las disposiciones del ordenamiento positivo que le dan entidad a la institución se pueden concluir dos modalidades, con configuración jurídica perfectamente diversa. Por una parte, encontramos la revocación como mecanismo de utilización directa por el sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior jerárquico o funcional y, por otra, la revocación como medida unilateral de la administración para dejar sin efectos decisiones adoptadas por ella misma (art. 93 y ss. de la Ley 1437 de 2011).

1415. En cuanto a la primera hipótesis, no podemos dudar que se trata de un mecanismo procesal similar a los recursos típicos de las actuaciones administrativas, pero con unas oportunidades y procedimientos diversos, razón por la cual coincidimos con quienes califican esa modalidad de la revocación como un verdadero recurso extraordinario en vía administrativa. Algún sector jurisprudencial no comparte esa calificación de recurso extraordinario. En sentencia del 14 de noviembre de 1991, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, se apartó de esa tesis al sostener que la revocatoria es ante todo "... una manifestación del poder del Estado...".

1416. Con respecto a la segunda modalidad, consideramos que se trata de un mecanismo unilateral de la administración otorgado por el legislador con el fin de revisar sus propias actuaciones y, dentro del contexto de la actuación oficiosa, sacar del tránsito jurídico decisiones por ella misma adoptadas. En ambos casos necesariamente se generan actuaciones administrativas conforme se deduce de lo dispuesto en el artículo 97 párrafo de la Ley 1437 de 2011. Esto es que en ambos casos nos encontramos ante procedimientos especiales de carácter administrativo donde se debe garantizar plenamente los derechos de audiencia y defensa, esto es de manera plena el debido proceso. Así mismo en ambos se produce discusión directa entre la administración y el sujeto pasivo en torno a la constitucionalidad, legalidad o conveniencia del acto administrativo, proferido por quien ejerce funciones administrativas.

1417. No obstante, en ambos se coincide en que la revocatoria es la pérdida de vigencia de un acto administrativo en razón de la declaratoria hecha por el funcionario que lo expidió o su inmediato superior jerárquico o funcional, con base en precisas causales fijadas en la ley (art. 93 inc. 1.º, Ley 1437 de 2011). Su fundamento es –ha dicho el Consejo de Estado– el de no

... permitir que continúe vigente y produzca efectos un acto contrario al orden jurídico o al interés público o social, es decir, el imperio del principio de legalidad y el de la oportunidad y conveniencia de la Administración, entendida como servicio público y obrando en función de ese servicio...¹¹⁴³.

1418. De todas formas, cualquiera que sea el origen de la institución, no cabe duda que ella tan solo es aplicable a decisiones de la administración, esto es, a los denominados actos administrativos, ejecutorios o no, y no a decisiones intermedias o de simple trámite, frente a las cuales procederían, si se encuentran viciadas, los mecanismos de corrección de irregularidades a que se refiere el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011 y no, en estricto sentido, la revocatoria directa regulada en la misma ley.

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

1419. Por otra parte, la redacción del artículo 93 inciso 1.º de la Ley 1437 de 2011, lleva a otra interesante discusión, la de si la revocatoria procede contra actos de contenido general e igualmente contra los de carácter individual. Si bien es cierto que la norma no hace diferencia respecto de los actos administrativos frente a los cuales procede, en nuestra opinión lo técnico sería aceptar su procedencia frente a los de contenido individual, ya que lo lógico frente a los actos generales sería la derogatoria. Ahora bien, si de manera poco técnica se revoca un acto de contenido general, se estaría ante una irregularidad meramente accidental no generadora de vicio alguno. Como lo indicamos, se trata de un simple problema de técnica o precisión jurídica.

1420. Para algún sector de la doctrina, el problema resulta tan insignificante que no amerita un tratamiento especial, si se tiene en cuenta que los conceptos de revocatoria directa y derogación no son otra cosa que especies del concepto genérico de revocación, entendida como facultad de las autoridades para dejar sin vigencia sus decisiones o actos dentro de la dialéctica propia de las instituciones. La Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-347 de 1994, sostuvo la posibilidad de su procedencia frente a actos generales e individuales: “... cuando se trate de actos de contenido general es admisible su revocabilidad por la administración, sin ninguna limitación mediante la invocación de las aludidas causales...”.

1421. En providencia de 1996 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, retomó igual concepto al sostener que respecto de los actos generales o actos reglas, siempre es posible la revocación

... por razones de legitimidad o de mérito o conveniencia, en la medida que desaparezcan o cambien los presupuestos del acto jurídico original, o haya mutación superviniente de las exigencias del interés público que deba satisfacerse mediante la actividad administrativa...

No obstante lo anterior, consideramos que lo técnico jurídicamente, si la administración pretende dejar sin efectos en cualquier tiempo un acto de contenido general, por las razones del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 o cualquiera otra, es proceder a su derogación.

1422. En cuanto a los efectos de la revocación, la doctrina se ha debatido en diferentes sentidos. Al respecto conviene, en razón de las especiales características del régimen jurídico aplicable a la institución, hacer varias precisiones: en primer lugar, que la institución no tiene una naturaleza definida en la ley; en segundo lugar, que la pretensión invocada o las causas motoras de la administración, según el caso, pueden estar dirigidas a dejar sin efectos total o parcialmente un acto administrativo; en tercer lugar, que al producir la revocatoria un nuevo acto administrativo modificatorio del ordenamiento jurídico, creando situación jurídica, se debe reconocer que el revocado durante su vigencia pudo producir efectos jurídicos creadores a su vez de nuevas situaciones jurídicas.

1423. Por esas razones se le atribuye al acto revocatorio naturaleza constitutiva de nuevas situaciones jurídicas, lo que implica que sus efectos se producen exclusivamente a partir de su existencia y hacia el futuro, esto es *ex nunc*. En derecho colombiano, consideramos que esta debe ser la interpretación coherente con el principio de legalidad y la seguridad jurídica.

1424. Es más, con el exclusivo propósito de refutar a quienes sostienen que los efectos de la revocatoria en el derecho nacional son los mismos de la nulidad, debemos recordarles que en lo único que se aproxima esa institución a la revocación es en la redacción de la causal primera del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, si se hace un recuento de las tesis dominantes en el Consejo de Estado sobre los efectos de la nulidad, se podrá observar que se ha consolidado en nuestra jurisprudencia administrativa el criterio de sus efectos hacia el futuro, esto es, *ex nunc*, no obstante las tesis encontradas al respecto y que hemos explicado. Luego, en cuanto a efectos de la revocatoria y de la nulidad, para Colombia estaríamos hablando de la misma cosa.

1425. Ahora bien, en los pocos casos que la jurisprudencia nacional ha recogido la tesis clásica de los efectos de la nulidad hacia el pasado, esto es, *ex tunc*, ha sido expresa en aclarar que prácticamente la misma es nominal, si se tiene en cuenta que debe respetar las situaciones jurídicas concretas o individuales producidas durante la vigencia del acto declarado nulo. Así lo entendió el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 3 de agosto de 1988, expediente 1609, cuando expuso sobre los efectos del fallo de revocación:

... hacia el futuro, extingue los efectos que produjo el acto [...] sin embargo, resulta inadmisibles que ese acto antiacto tenga la virtualidad de borrar hacia atrás los efectos que en el tiempo produjo el revocado, pues, como este gozó de la presunción de legalidad, validez o legitimidad y, por ende, fue ejecutorio, el administrado tuvo el deber de obedecerlo, de acatarlo, de cumplirlo...

1426. Por último sobra agregar que la revocatoria puede ser total o parcial. El vicio en que hubiere podido incurrir la administración en un acto administrativo no necesariamente tiene que proyectarse sobre la totalidad de la decisión; puede afectar exclusivamente una parte de esta, por lo que el pronunciamiento que resuelva el recurso extraordinario solo tendrá que modificar esos apartados espurios de la voluntad administrativa, necesariamente confirmando los que estén acordes con la legalidad e incluso dictando las providencias sustitutivas del caso, para que la decisión resulte congruente con lo que corresponda jurídicamente. Como lo ha reiterado el Consejo de Estado, "... la revocación implica un cambio sustancial que puede ser total o parcial en el contenido mismo de la voluntad..."¹¹⁴⁴.

B. CAUSALES DE REVOCATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1427. En los términos del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011,

Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley;^[L]^[SEP] 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él; 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

1428. La petición de revocación debe estar fundada en alguna de las precisas causales antes enunciadas, las cuales se pueden clasificar en dos modalidades: causales por desconocimiento del sistema del ordenamiento jurídica o de legalidad, y causales de conveniencia. La primera recogería los numerales 1 y 3 del artículo 93, es decir, cuando el acto está en manifiesta oposición a la Constitución Política o a la ley, causal esta en donde consideramos debe estar incorporado el orden convencional y cuando se causa agravio injustificado a una persona. La segunda recogería el numeral 2 del artículo 93, esto es, cuando el acto no está conforme con el interés público o social o atenta contra él. Esta última es una causal en el estricto sentido de mérito o conveniencia, que le permite a la administración adoptar decisiones discrecionales, fundada en razones de conveniencia respecto de la vigencia del acto.

1429. Ahora bien, en alguna oportunidad la Corte Suprema de Justicia se pronunció, encontrando, en las que ahora son las causales del artículo 93 en cuestión, naturalezas diferentes: a la primera le asignó naturaleza de simple legalidad, a la segunda, de mérito o conveniencia, y a la tercera, de equidad. Mediante providencia de la Sala Plena del 5 de mayo de 1981, al referirse a la norma vigente en la época, sostuvo esa triple naturaleza de las causales de revocación, afirmando adicionalmente que la primera de ellas recoge una pretensión típica de la nulidad en razón de legalidad o constitucionalidad, la segunda, pretensiones de conveniencia en donde la revocación "... se vincula a la cuestión de mérito del acto...", y en la tercera, "... por lo que concierne a la aniquilación del acto cuando causa agravio injustificado a una persona, la legislación colombiana introduce una novedosa solución de equidad natural...".

1430. En cuanto a las causales en general, en cualquiera que sea el ámbito de procedencia de cada una de ellas, no podemos perder de vista que la legalidad en el procedimiento administrativo y en general en toda decisión administrativa, como se advirtió en el capítulo anterior, está sujeta plenamente al sistema del ordenamiento jurídico, lo que implica de manera principal que se nutre e integra bajo consideraciones monistas con el orden convencional, esto es, con el marco formal y sustancial de principios y valores derivados de las convenciones, tratados y del mismo derecho internacional consuetudinario de gentes.

1431. Es decir, se encaja de manera absoluta en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano con la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, y la estructura y contenido del *corpus iuris* internacional, los cuales configuran un precioso parámetro de validez del acto administrativo que debe ser considerado al invocar cualquiera de las causales de revocación, y ser objeto de pronunciamiento por la administración al momento de resolver lo pertinente.

1432. A la administración le cabe en el trámite de la revocación el deber de control oficioso de convencionalidad. No debemos olvidar que la convencionalidad sustancial es en sí misma un parámetro directo de validez de los actos administrativos, o de análisis, en relación a si se está, no en la motivación de una decisión conforme con el interés público o social, o se está atentando contra él; al igual que para determinar si se está causando agravio injustificado a una persona, para lo cual cobran papel importante los criterios convencionales de *pro homine*, y los parámetros de interpretación establecidos en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

C. LA REVOCACIÓN COMO RECURSO

1433. El sistema colombiano de actuación en vía administrativa ha establecido dos tipos de recursos susceptibles de interponerse ante las autoridades administrativas, con el fin de que puedan corregir los errores en que hayan podido incurrir con la puesta en vigencia de un acto administrativo, evitando de esa manera que los interesados acudan directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa. Esos tipos de impugnación son los denominados por la doctrina recursos ordinarios y recursos extraordinarios o excepcionales.

1434. Los primeros los clasifica la Ley 1437 de 2011 en recursos de reposición, apelación y queja. Su interposición implica el surgimiento del periodo procesal de la impugnación, llamado también, en el lenguaje clásico del derecho administrativo, la vía gubernativa. Los segundos se reúnen en nuestro medio en uno solo, el de la revocatoria directa del acto administrativo, cuando quien la solicita es el sujeto pasivo. Implica, por lo tanto, la iniciativa de persona interesada. Este es el elemento que permite identificarlo como un recurso extraordinario.

1435. Por lo que hace al recurso extraordinario, su configuración jurídica es de carácter excepcional y restrictivo, pues lo normal y general sería que las controversias que surjan con la vigencia de un acto administrativo se definan directamente por la vía gubernativa. De esa forma, considerándolo como un medio supletivo a los recursos ordinarios, y sujeto en todo caso a las siguientes reglas.

1. IMPROCEDENCIA POR AGOTAMIENTO EN VÍA ADMINISTRATIVA DE LA IMPUGNACIÓN. LIMITANTE

1436. Por así disponerlo el artículo 94 de la Ley 1437 de 2011 “La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 de revocación”, es decir, “Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley”, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles. La revocatoria solo puede ser interpuesta en los eventos en que no se hubiere recurrido ordinariamente a un acto administrativo, es decir, en las oportunidades en que no se hubieren ejercitado contra ese acto los recursos ordinarios de reposición o apelación según el caso, y obviamente que se trate de actos de contenido individual y concreto.

1437. Ahora bien, la limitante es clara, lo cual deja abierta las puertas a que así se haya agotado la instancia administrativa ordinaria, se puedan invocar las otras causales de revocación. La revocatoria directa, como recurso, no es un procedimiento que se superponga al gubernativo ordinario, o que lo refuerce o que deba ser tramitado con él o que sea subsiguiente a ese procedimiento porque se haya fracasado con él. En la revocatoria su trámite es separado, aislado y ante la ausencia de aquél¹¹⁴⁵, salvo las excepciones establecidas por el legislador, como en la hipótesis que nos ocupa.

2. IMPROCEDENCIA POR OCURRENCIA DEL FENÓMENO DE LA CADUCIDAD EN RELACIÓN CON EL ACTO OBJETO DE REVOCACIÓN

1438. De igual forma, por así disponerlo el artículo 94 de la Ley 1437 de 2011 “La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá [...] ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial”, esto es, que concurra alguna de las causales de caducidad de la acción o medio de control de que trata el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 al

momento en que se intente la revocación del respectivo acto administrativo. Es decir que en la hipótesis de que haya concurrido a la justicia administrativa la posibilidad de accionar esté caducada, lo cual tiene incidencia en el ámbito de la revocación, en cuanto no puede ser utilizada para revivir términos legales como el de caducidad, o ser utilizada de instrumento para burlar el régimen imperativo de las causales de caducidad de los medios de control.

1439. La solicitud de revocación debe ser presentada sin que se haya configurado el fenómeno de la caducidad establecida legalmente para las acciones o medios de control correspondientes. Las demandas, y esto es una verdad jurídica, sí deben ser presentadas dentro del término de caducidad, lo cual no implica que deban ser admitidas en esa misma oportunidad, pues la caducidad es para la demanda y no para la admisión. Por lo tanto si se ha vencido el término de caducidad pero la solicitud de revocación fue intentada dentro de la misma, podría la administración proceder a resolver las solicitudes de revocación presentadas. Para efectos de la revocación la caducidad fue interrumpida oportunamente.

1440. Así mismo, en casos de revocación solicitada de actos administrativos de contenido general no operan los condicionamientos de agotamiento de la vía gubernativa explicados, ni el límite de la caducidad expuesto en la norma, cuando estos actos se impugnen a través de la acción de simple nulidad la cual no tiene término de caducidad.

3. OPORTUNIDADES DE SOLICITUD DEL INTERESADO Y RESPUESTA DE LA ADMINISTRACIÓN

1441. Conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011, esta modalidad de revocatoria puede solicitarse en cualquier tiempo, es decir, no tiene límites durante la vigencia del acto administrativo, aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado Auto admisorio de la demanda, hipótesis esta que de llegar a concretarse, configuraría un caso de pérdida de competencia de la administración para revocar.

1442. Ahora bien, la administración sí tiene un término perentorio para pronunciarse: “Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud”. La administración debe resolver dentro del lapso dispuesto en la norma. Sin embargo no podríamos sostener válidamente que estamos frente a un término perentorio y preclusivo, en cuanto la norma no ha establecido ningún efecto si se resuelve por fuera del mismo; lo máximo que podría ocurrir es que estemos ante un caso de infracción a los deberes por el funcionario, pero no ante un caso de incompetencia del servidor para resolver de fondo lo pedido, pues de entenderse en este sentido podríamos llegar a conclusiones contrarias al principio constitucional del debido proceso, si se tiene en cuenta que el interesado no tiene ningún mecanismo procesal adicional, más allá de la revocatoria, cuando esta es solicitada o ejercida como recurso extraordinario.

4. IMPOSIBILIDAD DE IMPUGNAR POR LA VÍA ADMINISTRATIVA LA DECISIÓN QUE RESUELVE LA REVOCATORIA SOLICITADA

1443. De manera clara dispone el inciso final del artículo 95 de la Ley 1437 de 2011 que “... Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso”. En cuanto a la posibilidad de generar una nueva actuación administrativa con vía gubernativa ordinaria a partir de la interposición

del recurso extraordinario de revocatoria, el régimen positivo colombiano encuentra improcedente esa situación. Al respecto, el Consejo de Estado en Sala de Consulta y Servicio Civil ha indicado:

Tampoco es desarrollo normal de este procedimiento extraordinario que, decidido el recurso de revocatoria, la decisión genere nuevos recursos ante quien los decidió o ante su superior, pues ello equivaldría a revivir los términos y a reabrir la oportunidad de la vía gubernativa completa, oportunidad que no es posible rehacer o reconstruir, ya no sólo por razones de economía procesal sino en guarda de la ejecutoriedad y eficacia que son la esencia de la actuación administrativa...¹¹⁴⁶.

1444. La administración no puede caer consecuentemente en la inestabilidad, que produce una ilimitada cadena de recursos. Resulta imposible entrar en todo un proceso gubernativo frente a lo resuelto ante el ejercicio del recurso extraordinario de revocación, salvo que la administración hubiere abordado materias nuevas no contenidas en el acto objeto del recurso.

5. IMPOSIBILIDAD DE IMPUGNAR POR LA VÍA JURISDICCIONAL LA DECISIÓN QUE RESUELVE LA SOLICITUD DE REVOCACIÓN

1445. Conforme lo establece el artículo 96 de la Ley 1437 de 2011,

Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

La revocación solicitada como recurso extraordinario no puede ser entendida, ni mucho menos aplicada, para desconocer las vías ordinarias de acceso a la justicia administrativa, ni modificar artificiosamente los términos legalmente establecidos para estos efectos. Esta modalidad de revocación lo único que permite es volver a conocer de fondo el asunto por última vez, y como un desfogue institucional ante la existencia de dudas en torno a la decisión adoptada por la administración. No otra cosa puede esperar de su interposición.

6. FORMULACIÓN DE OFERTAS DE CONCILIACIÓN A INICIATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN RESPECTO DE ACTOS JUDICIALIZADOS

1446. En los términos del párrafo del artículo 95 de la Ley 1437 de 2011, se dispone en el derecho colombiano

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.

1447. Conforme los presupuestos procesales de la disposición transcrita la revocación podrá ocurrir cuando ya se estuviere surtiendo el proceso judicial pero “hasta antes de que se proferiera sentencia de segunda instancia”, momento en el cual la autoridad accionada podrá formular una “oferta de revocatoria directa”. Solicitud que debe reunir conforme la estructura de la norma los siguientes presupuestos: (i) hacerse dentro de la oportunidad legal dispuesta en la norma, antes del fallo correspondiente en el proceso contencioso administrativo; (ii) contener la aceptación expresa y por escrito de la parte demandante; (iii) que la oferta se compagine con el ordenamiento jurídico, se adecue al mismo, y en realidad el acuerdo signifique la preservación de las bases en que se sustenta y la no violación de los derechos subjetivos e intereses de los involucrados en el litigio. Al definir un asunto de esta naturaleza el Consejo de Estado determinó los parámetros de su aplicación¹¹⁴⁷.

D. LA REVOCACIÓN COMO MECANISMO DE LA ADMINISTRACIÓN (OFICIOSA)

1448. La revocación como mecanismo de la administración es ante todo un instrumento de carácter procesal directo y oficioso para salvaguardar el ordenamiento jurídico en los eventos de configurarse alguna de las causales de revocación del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 que, dicho sea, de manera expresa abre la posibilidad para que la revocación proceda de oficio. Podemos caracterizar esta modalidad de revocación conforme a las siguientes reglas.

1. PROCEDENCIA DE LA REVOCACIÓN OFICIOSA

1449. Procede de manera oficiosa por la administración en cualquier momento sin necesidad de solicitud de parte, cuando se observe la configuración de algunas de las causales del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011. Si se trata de revocaciones oficiosas las mismas podrán ser intentadas directamente por la administración en cualquier época, sin límite de tiempo pero en todo caso observando las reglas explicadas a propósito de esos trámites excepcionales, respetando el debido proceso y requiriendo al interesado para que exprese su voluntad de revocación si se trata de actos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas, siempre que estos se encuentren en firme. Ahora bien, esto es, en caso de que estos actos no se encuentren en firme, podrían ser revocados directamente, sin solicitud de beneplácito alguno, en cuanto no han salido del fuero interno de la administración y realmente no han creado derecho individual alguno.

1450. Procede, incluso, contra aquellos actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa. Consideramos que la limitante del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 se estructura exclusivamente frente a la revocación como recurso extraordinario, pero no constituye talanquera alguna para el ejercicio de la revocación por parte de la administración. Obsérvese que la norma está limitando la revocación para el peticionario, esto es, para el interesado o legitimado en el recurso extraordinario, mas no para la administración cuando actúa oficiosamente.

2. INOPERANCIA DE LAS RESTRICCIONES DE EJERCICIO DE RECURSOS GUBERNATIVOS Y DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN. INEXISTENCIA DE LÍMITES PARA DECIDIR

1451. El acto administrativo que resuelva la revocación como mecanismo de la administración no se encuentra sujeto a las restricciones de los artículos 95 y 96 de la Ley 1437 de 2011; la persona afectada podrá intentar los recursos de vía gubernativa, porque es la administración la que está creando nuevas

situaciones jurídicas e incluso podrá acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa si considera que ese acto de revocación afecta sus derechos o intereses; esta tesis incluso podría sostenerse frente a actos que resuelvan la revocatoria tratándose de la revocación como recurso, si la administración va más allá del contenido material del acto impugnado. Así lo ha indicado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Auto del 3 de diciembre de 1993, expediente 2640, cuando expuso:

... sin embargo, bien puede acontecer, en casos excepcionales, que el acto que resuelva la solicitud de revocatoria directa modifique total o parcialmente el acto inicial y tal decisión se adopte en contravención a la ley [...] ante estos eventos se está en presencia de un nuevo pronunciamiento, no contemplado en el acto revocado, y sería inconcebible sostener que derechos reconocidos a través de un recurso de revocatoria directa escaparan del control contencioso administrativo...

1452. De otra parte, no opera bajo ninguna circunstancia el límite de los dos meses para adoptar la decisión correspondiente, la cual tan solo vincula a la administración frente a las solicitadas. En estos casos la administración debe establecer un término prudencial, proporcional y adecuado dentro del cual pueda ejercer sus competencias revocatorias.

3. REVOCACIÓN OFICIOSA DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO

1453. El artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 retoma para el derecho administrativo el principio de seguridad jurídica y de estabilidad o permanencia de las decisiones de contenido individual, entronizando el postulado según el cual, para esos efectos, por regla general, esta modalidad de decisión de la administración no podrá ser objeto de revocación, de llegar a verse comprometida en una situación de ilegalidad o invalidez. En el inciso 1.º del artículo en comento se señala que

Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

1454. En tratándose por lo tanto del ejercicio oficioso de la revocatoria esto es, de la revocatoria como instrumento de la administración, se tiene por principio una enorme limitante que evita que la administración pueda sustituir irregularmente a la jurisdicción contencioso administrativa en el juzgamiento o control a la legalidad de las decisiones administrativas.

1455. De llegar a advertirse una irregularidad discutible en torno a la legalidad del acto administrativo se requiere del beneplácito del sujeto pasivo para dejarlo sin vigencia a través de revocación. Si el particular se niega a dar su consentimiento previo, expreso y escrito para la revocación directa del acto, la administración puede acudir, dentro del término de caducidad de la acción de lesividad, esto es, dentro de los dos años siguientes a la vigencia del respectivo acto, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en busca de la anulación de sus propios actos que, aunque violatorios del orden legal, hayan reconocido derechos subjetivos o creado situaciones jurídicas del mismo carácter¹¹⁴⁸.

1456. Agrega en su inciso segundo la norma en comento que “Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional”. En estricta legalidad en casos de ocurrencia de posibles conductas delictivas que la norma califica de producto del fraude o de utilización de

medios o instrumentos contrarios al orden legal, la norma habilita a la administración para acudir a la jurisdicción contenciosa y solicitar medidas cautelares, expresamente la de suspensión provisional. Sin tener que acudir al requisito previo de la conciliación, esto en la medida en que lo delictual no puede ser conciliado, se concilia solo aquello que no atente contra el orden jurídico y no ponga en duda los derechos subjetivos ni e interés general.

1457. Ahora bien, por esas mismas razones creemos que no procede en casos como estos la solicitud de consentimiento previo, expreso y escrito, pues sería absurdo que teniendo la administración las pruebas de actos ilícitos a los cuales se ha acudido para hacer proferir las decisiones administrativas cuestionadas se deba acudir a los instrumentos legales que protegen situaciones administrativas bien obtenidas y protectoras de derechos subjetivos debidamente consolidados.

1458. Si la administración tiene las pruebas de la ilegalidad y las pretende hacer valer en la jurisdicción contenciosa puede omitir esas exigencias de ley; si por el contrario lo que está de por medio es una mera y simple discusión sobre la legalidad o constitucionalidad de la decisión, o el haber incurrido la administración en interpretaciones indebidas del ordenamiento jurídico, opera plenamente la solicitud previa a la judicialización del tema, del consentimiento expreso y escrito del titular del derecho.

E. REVOCACIÓN PARA LA CORRECCIÓN DE SIMPLES ERRORES FORMALES

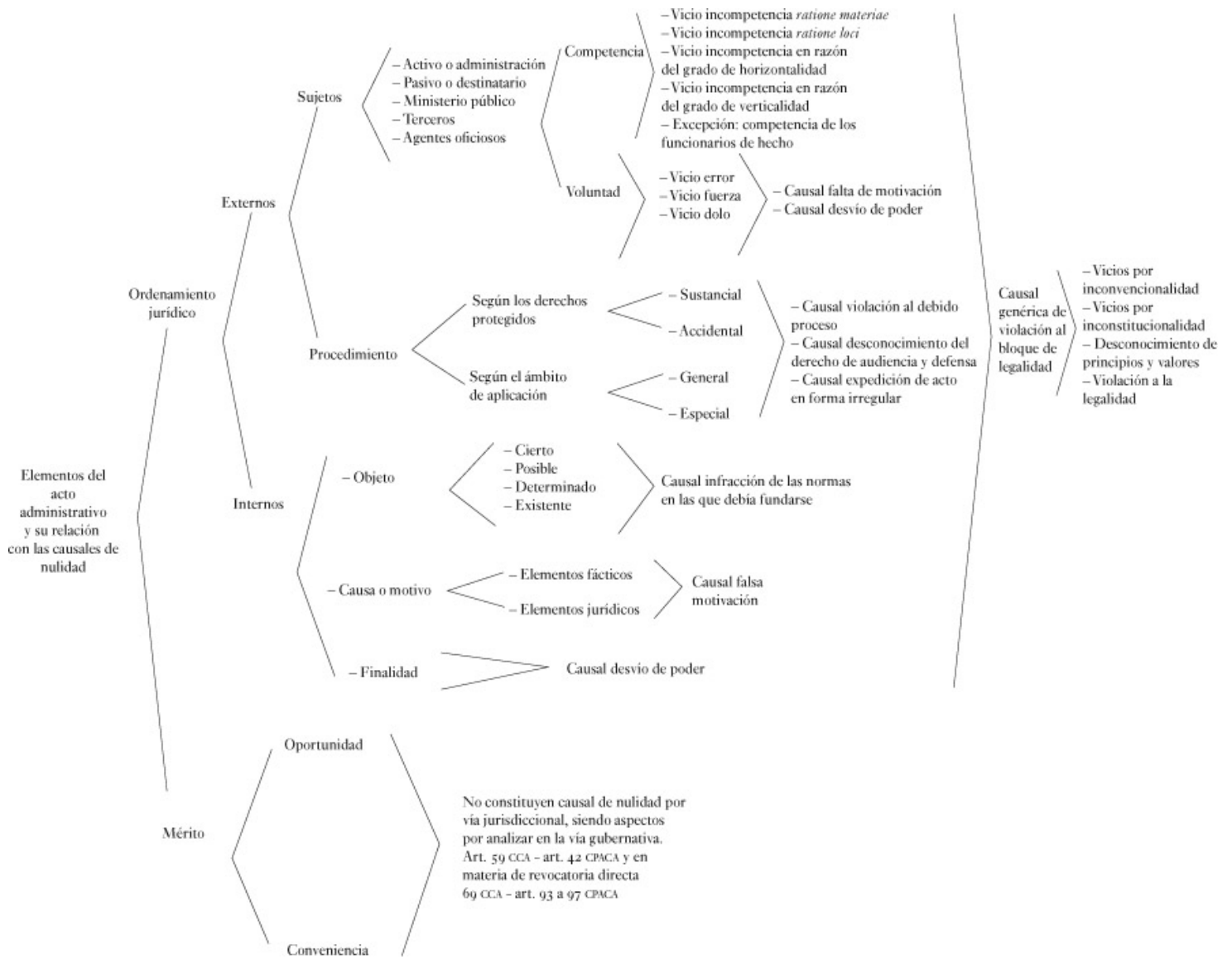
1459. Dispone el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 que,

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

En general lo que señala la norma es que no existe limitación alguna de la administración para revocar esos errores cotidianos, sean formales, aritméticos o de hecho, que no impliquen cambios sustanciales, por cuanto los sustanciales sí están sujetos al límite establecido en cuanto a la revocación de actos de contenido individual. En consecuencia, las revocatorias formales pueden darse en cualquier tiempo. Las alteraciones o modificaciones no sustanciales de los actos administrativos a que se refiere artículo en comento, según la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado, proceden en cualquier tiempo por la administración¹¹⁴⁹.

CUADRO 1

ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON LAS CAUSALES DE NULIDAD



Fuente: elaborado con la colaboración de María Juliana Santaella Cuberos.

Los contratos estatales Complejidades para su estructuración unívoca *

1460. La administración pública, o más concretamente, todos aquellos entes y sujetos que ejercen funciones públicas administrativas, se encuentran obligados, de manera permanente, a sujetarse a un singular y estricto principio de legalidad, que los habilita tanto para la adopción de actos administrativos, caracterizados por su unilateralidad, exorbitancia y ejecutoriedad, como también para la celebración de contratos estatales, conforme a los intereses generales.

1461. Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral –el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos–, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado.

1462. Lo anterior implica, dado el origen privado de la institución, reconocer su inmensa complejidad conceptual, ideológica y política cuando una de las partes es un sujeto de derecho público, fenómeno que da lugar al surgimiento de una especial categoría negocial a partir de los contratos de los entes públicos, denominada en la reciente legislación nacional como “contrato estatal”¹¹⁵¹ y que se caracteriza por articular de manera permanente su doble naturaleza de instrumento básico para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general, y de fuente de obligaciones conforme a las elaboraciones del derecho privado.

1463. Esto significa que el estudio de la institución desde la perspectiva estatal invita a reconocer su ámbito integrador de conceptos y principios tanto de derecho público como privado¹¹⁵², en algunos casos extraños entre sí pero que se moldean para definirla y hacerla viable dentro del tráfico jurídico ordinario, brindando en consecuencia respuestas a los fenómenos propios del consentimiento que surgen cuando se trata de los negocios jurídicos entre entidades públicas o entre algunas de estas y los particulares, donde lo característico es el predominio del interés general.

I. EL SURGIMIENTO DE UNA TEORÍA SOBRE EL CONTRATO ESTATAL

1464. Los anteriores planteamientos, que hoy en día constituyen para el derecho administrativo el punto de sustento del contrato estatal, no siempre han sido de recibo pacífico por la doctrina y la jurisprudencia. La formación de una teoría sobre la materia ha estado signada por un camino tortuoso¹¹⁵³ de interpretaciones y concepciones contradictorias, fundadas en discusiones interminables sobre la autonomía del contrato estatal, hasta llegar incluso, sobre la base de diferentes consideraciones doctrinales, a negar la posibilidad misma de su existencia.

1465. En la práctica, se puede sostener que intentar una aproximación a la teoría de los contratos de las entidades públicas, y sobre todo pretender conformar una teoría sobre su naturaleza implica retomar la historia misma del derecho administrativo¹¹⁵⁴, no solo a partir de los aportes fundamentales de la Revolución Francesa¹¹⁵⁵, sino igualmente, y con la misma relevancia, de los antecedentes inmediatos de la disciplina que nos brinda la llamada ciencia de la policía¹¹⁵⁶, a partir de la cual se comenzaron a desarrollar las primeras reglas en cuestiones negociales del Estado, fundadas en la aplicación del derecho civil.

1466. En el decir de Mayer, en esa época el derecho civil aplicado al Estado adquirió un vuelo prodigioso, ante la ausencia de un verdadero derecho público¹¹⁵⁷. A lo anterior cabe agregar los indudables aportes de la doctrina francesa post revolucionaria a esas discusiones, que sin duda le imprimieron al conjunto del conflicto interpretativo un importante toque “autonomista”, con toda la influencia que este ha tenido en los países latinoamericanos, a la par de las elaboraciones de algunos juristas españoles en torno a la unidad o identidad del contrato administrativo con el derecho civil; dentro de ese contexto debemos evaluar, con igual importancia, los desarrollos de la doctrina alemana formada en la cuna misma del derecho privado y que se sirve de este amplia y profundamente.

1467. Bajo esos presupuestos, al inclinarnos sobre los desarrollos del negocio jurídico del Estado podemos identificar diferentes concepciones que fundamentan doctrinas enfrentadas; no obstante lo anterior, resulta claro que históricamente fue a partir de los desarrollos de los distintos sistemas del derecho –en tratándose del administrativo, principalmente en la teoría de los actos de autoridad y de gestión– que se dieron los primeros pasos para identificar la problemática del contrato cuando uno de los sujetos intervinientes en el mismo es el Estado, cualquiera de sus entidades u órganos, o un particular que contrata en ejercicio de funciones administrativas.

A. LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA JURÍDICO PARA LOS CONTRATOS DEL ESTADO. ACTOS DE AUTORIDAD Y ACTOS DE GESTIÓN

1468. A partir de las experiencias del derecho privado y de la inobjetable presencia del poder en las relaciones estatales, en los diferentes ordenamientos europeos la doctrina construyó los sustentos jurídicos para introducir el contrato, sin negarle entidad al poder público y reconocer la milenaria institución del contrato producto del desarrollo jurídico del derecho y de las relaciones humanas y económicas. En ese contexto, como lo señala Gaspar Ariño, se introdujo la teoría de la doble personalidad del príncipe, en el sentido de que para sus relaciones ostentaba una doble condición como sujeto de derecho, concepción que en Alemania recibió el nombre de teoría del fisco, en Francia doctrina de los actos de autoridad y actos de gestión, y en España se entendió como actuación del Estado en cuanto poder o en cuanto persona jurídica. Incluso, en los países que se rigen por el *common law* se conoce como la distinción entre *proprietary capacity* y *governmental capacity*¹¹⁵⁸.

1469. La teoría de los actos de gestión pública y privada se remonta al orden jurídico pre revolucionario. Su principal antecedente se ubica en la teoría del fisco, que constituyó uno de los principales instrumentos para someter parte de la actividad pública al derecho privado y al control judicial ordinario. Según Giannini¹¹⁵⁹, el “derecho del fisco”, o *ius fisci*, era un derecho privado que regulaba las relaciones entre el fisco y otros sujetos, en donde el fisco era el Estado o la Corona en su aspecto patrimonial.

1470. El fisco, al cual se le reconocía personería jurídica, actuaba a través de actos de disposición y administración de los inmuebles del Estado y realizaba los gastos necesarios para el desarrollo de sus actividades. Por ser persona jurídica podía hacerse parte judicialmente, como demandante o demandado, ante los jueces ordinarios, con sujeción a los procedimientos y normas sustanciales privadas o civiles. Lo anterior por un elemental motivo: se presumía en esos casos que el Estado actuaba de manera similar a los particulares.

1471. De esa concepción emana la tesis de la doble personalidad jurídica del Estado: una, la del fisco, que respondía y correspondía fundamentalmente a los aspectos patrimoniales del mismo; y la

otra, la del Estado como poder público depositario del mando y de la fuerza, ejecutor de actos de poder. La primera sujeta al derecho privado y la segunda al público.

1472. Mayer¹¹⁶⁰ ubica el problema del surgimiento de la teoría del fisco en la necesidad de someter a las autoridades al derecho, ante la carencia de un verdadero derecho público. En los siglos XVII y XVIII, en especial en dominios del llamado Estado en régimen de policía, el derecho ordinario había adquirido desarrollo e importancia, en particular el derecho civil. La dinámica de las relaciones hizo que a los fenómenos de acción estatal de carácter patrimonial que se semejaban a los sujetos del derecho civil se les aplicara este ordenamiento, y que en caso de conflicto se acudiera ante los mismos jueces de los particulares para resolverlos. Como lo indica este autor, por fuera del derecho civil no existía otro derecho al cual someter la actividad patrimonial del Estado.

1473. Existen antecedentes importantes en el devenir histórico europeo respecto de la teoría del fisco: con anterioridad a esa teoría, en especial en

... el derecho antiguo, las demandas que los súbditos pudieran dirigir contra su príncipe debían ser previamente presentadas ante los *austrage* y luego ante los tribunales del imperio. Pero había llegado a ser costumbre efectuar una distinción según que el príncipe fuera citado como príncipe o como *privatus*. El primer caso era aquel en que se trataban sus derechos de supremacía; el segundo, aquel en que se cuestionaba una simple relación de negocios privados...¹¹⁶¹.

1474. Este antecedente del fisco, sin embargo, implicaba el carácter de la responsabilidad privada del soberano, asunto que la teoría del fisco supera. Con el fisco se rompe la responsabilidad personal que pudiera admitir el príncipe y se inicia la consolidación de la responsabilidad institucional de una persona jurídica que actúa patrimonialmente para el Estado. “La idea de fisco ha tenido su origen en el derecho romano. El fisco se presentaba allí como una persona jurídica al lado del emperador, persona jurídica a la que pertenecían los bienes que servían para cumplir el fin del Estado...”¹¹⁶².

1475. Como se puede observar, por lo menos en el derecho alemán, la teoría del fisco jugó un papel de suma importancia, si se tiene en cuenta que constituyó la base para una defensa integral del ciudadano frente al Estado, fundada en la aplicación del Código Civil. Se amplía de esta forma el ámbito material del derecho civil al contexto de la administración¹¹⁶³; cosa contraria se ofrece en los desarrollos franceses, en donde ciertos actos típicamente de gestión, como algunos contratos, pasaron a conocimiento de la justicia especializada contencioso administrativa, y más tarde se les sometió a normas y principios contruidos y desarrollados por el derecho administrativo, abandonando de esa manera marcos jurídicos privados y creando la categoría de contratos administrativos diversa de la de los simples contratos de derecho privado¹¹⁶⁴.

B. LOS PRIMEROS INTENTOS PARA CONSOLIDAR UNA TEORÍA AUTÓNOMA DEL CONTRATO DEL ESTADO, LA LLAMADA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1476. La anterior concepción permitió sustentar una realidad innegable en la historia del derecho: la de que el Estado siempre ha celebrado contratos. Por lo que hace al sistema continental o europeo, desarrollado en especial en Francia y sus países de influencia, el contrato del Estado se ha circunscrito por regla general dentro del derecho administrativo, sosteniéndose la existencia de un régimen jurídico propio, diferente al de derecho privado, con reglas y principios especiales; se ha formado así lo que en la doctrina se conoce como la tesis de la sustantividad del contrato administrativo, en contraposición al

contrato del Estado regido por el derecho civil, y también a las tesis eclécticas que no se definen por un derecho perfectamente aplicable al contrato del Estado.

1477. El inicio de la consolidación de la sustantividad del contrato administrativo tuvo como fundamento la teoría de los actos de autoridad y de gestión, en especial a partir de la desfiguración francesa de trasladar ciertos actos de gestión, como los contratos, desde el punto de vista procesal, al conocimiento de los órganos de lo contencioso administrativo. Su origen, por lo tanto, es eminentemente adjetivo y no sustancial. A partir de un problema de competencias, que se dio por razones históricas en el derecho francés, algún sector de la doctrina comenzó a reclamar la necesidad de individualizar e identificar a partir de principios propios, diferentes de los del derecho privado, el contrato administrativo¹¹⁶⁵.

1478. Por ello inicialmente se entendía por contrato administrativo solamente aquel que tenía la característica de que, en caso de conflicto, era juzgado por los órganos de lo contencioso administrativo y no por la justicia ordinaria. Obsérvese que desde la perspectiva sustancial el contrato continuaba sujeto a las normas del derecho civil.

1. LA INFLUENCIA FRANCESA EN LA FORMACIÓN DE LA TEORÍA DE LA SUSTANTIVIDAD

1479. Las razones históricas que dieron origen a esta concepción del contrato administrativo las encontramos en la consolidación de las instituciones revolucionarias francesas, en especial las que se relacionan con el control judicial a la administración pública. Resulta indudable que dentro del proceso de conformación del derecho administrativo las experiencias francesas fueron indispensables para otorgarle al contrato administrativo la individualidad que actualmente le reconoce la doctrina.

1480. Como lo afirma Martín-Retortillo, “Puede admitirse, sin necesidad de polemizar sobre ello, que merced a la construcción post revolucionaria, y sobre todo a la aportación napoleónica, la administración pública tuvo en Francia su propio derecho: el derecho administrativo...”¹¹⁶⁶; lo anterior, ante la preponderancia que siempre se le otorgó a la administración pública y a la descentralización de los otros poderes, en especial el judicial.

1481. A este punto de consolidación se llegó, igualmente, por la disidencia revolucionaria a los dogmas de la división de poderes. Esta situación, que colocó a la administración pública en un evidente plano de superioridad frente a los otros poderes, generó de inmediato el desarrollo de un cuerpo jurídico particular, configurador de una especial legalidad de la actividad administrativa pública, que la sujetaba a un interesante y particular control, el cual, a partir de Napoleón, se radicó en la misma administración a través del Consejo de Estado. La dualidad entre un régimen positivo especial para una administración poderosa con exorbitancia y control particular ante el rompimiento temprano con el poder judicial fue el inicio de la caracterización del régimen francés y del sistema continental propiamente dicho, que en materia contractual significó, como lo hemos anotado, la apertura para consolidar la teoría de la sustantividad del contrato administrativo.

1482. El estudio de las circunstancias que rodearon la consolidación de la administración revolucionaria francesa como una función preponderante frente a los órganos jurisdiccionales ordinarios, y el surgimiento de controles particulares y especiales para la administración, nos permiten entender por qué los franceses no solo propugnan la tesis de la autonomía del derecho administrativo, sino también la del contrato administrativo.

1483. En ese sentido, en el desarrollo del control a la administración en el derecho francés se observa un primer instante en el que se le arrebató al juez ordinario el conocimiento de cualquier

asunto relacionado con la administración pública. Período este que inicialmente implicó, si bien por muy poco tiempo, la ausencia de controles de cualquier naturaleza¹¹⁶⁷.

1484. Pronto esa falencia se solucionó con la introducción de un novedoso sistema, propio y original del régimen francés, al que se denominó “del administrador juez”. En esa segunda etapa se comenzó a consolidar el derecho administrativo como sistema continental, y se reafirmaron y pronunciaron principios básicos para la consolidación de un derecho administrativo autónomo. Al referirse a ese período García de Enterría sostiene:

... el derecho administrativo formula sus principios y se desarrolla al hilo de la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado en estas decisiones de recursos, cada vez más frecuentes y más elaboradas. Muy pronto, desde la misma época napoleónica, la doctrina jurídica comentará y sistematizará esa jurisprudencia y expondrá sus resultados como una rama específica del derecho público [...] los principios no son los mismos que los del derecho civil, tienen en cuenta la desigualdad propia de las relaciones entre la administración y los ciudadanos...¹¹⁶⁸.

1485. El período del administrador juez se prolongó durante las tres cuartas partes del siglo XIX, y solo a partir de importantes pronunciamientos legislativos y jurisprudenciales de la última parte del siglo los órganos de lo contencioso administrativo hicieron el tránsito de la justicia retenida a la justicia plena; esta etapa se conoce como de la “justicia delegada”.

1486. El Consejo de Estado dicta directamente las sentencias y continúa a la vez como órgano consultivo del Gobierno. En cuanto juez, se torna en el juez de derecho común de lo contencioso administrativo. Este proceso de transformación se inició con la entrada en vigencia de la Ley del 24 de mayo de 1872, que no solo restableció al Consejo de Estado después de un corto período de suspensión, sino que le delegó el ejercicio de la justicia administrativa para que decidiera los litigios “en nombre del pueblo francés”; con esa nueva naturaleza del órgano se suprimió la intervención del Jefe del Estado en la adopción de la decisión final y el Consejo asumió definitivamente la función juzgadora. Desde entonces se considera al contencioso administrativo como una verdadera jurisdicción.

1487. En Francia esta idea se consolidó como un verdadero “derecho de un grupo”, esto es, del grupo de la administración. “Aunque la administración se sirve en ocasiones del derecho civil, el derecho administrativo tiende a agotar las exigencias jurídicas de la misma administración pública...”. Este derecho se expandió de tal manera que se hizo necesario para regular la totalidad de aspectos en que intervenía la administración pública¹¹⁶⁹.

2. EL MOMENTO CRUCIAL DE LA TEORÍA: LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1488. La tesis de la sustantividad del contrato administrativo se consolidó en el derecho francés a partir de la sustitución definitiva de los actos de autoridad y los actos de gestión como criterio central de delimitación entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción ordinaria, con el surgimiento del criterio sustancial de los servicios públicos¹¹⁷⁰; circunstancia que se originó con el fallo Blanco de 1873^[1171], y en especial con el fallo del caso Terrier de 1903^[1172], que le sirvieron a la doctrina para desarrollar la teoría de los contratos propiamente administrativos.

1489. De todas maneras esa teoría constituyó en su momento un importante aporte al contrato estatal¹¹⁷³: toda la construcción del contrato se transformaba a tal punto que comenzaba a sostenerse su naturaleza sustancialmente administrativa, abandonándose los criterios formales (a partir de un problema estrictamente procesal o de simple traslado de competencias de la jurisdicción ordinaria a la

contencioso administrativa). Así, el servicio público fragmentó de una manera tan profunda la idea simple del contrato según los postulados del derecho civil que comenzó a sostenerse como verdad jurídica del contrato administrativo su desigualdad por naturaleza: desigualdad a favor del interés general que implica todo servicio público. De esa forma, el contratista no solo se vincula al cumplimiento de las obligaciones normales y ordinarias de todo contrato, sino también y de manera especial al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, sometido por otra parte a un concreto régimen de exorbitancias en donde la administración goza de poderes y prerrogativas unilaterales para imponerse en la relación negocial. Desde el punto de vista del control, los litigios suscitados con ocasión de estos contratos se someten al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. La figura del contrato bajo esta construcción doctrinal se hizo a partir de los trabajos de León Duguit y Gastón Jèze:

1490. Duguit no niega la existencia del fenómeno contractual como propio y ligado a la autonomía conformadora de los individuos en sus relaciones jurídicas, de ahí que lo entienda como “[...] un acuerdo sobre un cierto objeto después del contacto de dos voluntades individuales [...]”, esto, en claro desarrollo de la fórmula de la estipulación romana “*Spondes ne?... Spondeo*”. En materia civil es lógico que esta fórmula sea fuente de obligaciones y situaciones en derecho, al lado de otras como el cuasi contrato, el delito, el cuasi delito y la ley¹¹⁷⁴.

1491. En relación con la existencia y a su vez naturaleza del contrato en el seno de la administración, en cuanto instrumento para el cumplimiento de los servicios públicos, Duguit, lo acepta como tal¹¹⁷⁵, y ubica la misma, en la de los actos administrativos relativos al funcionamiento de lo público¹¹⁷⁶, entendiendo por este un concepto genérico que involucra tanto manifestaciones unilaterales de voluntad de la administración creadoras de situaciones jurídicas subjetivas o particulares, como también, situaciones bilaterales o contractuales producto del acuerdo de voluntades entre un agente público y otro individuo, siempre en dirección al cumplimiento de los fines del servicio público, y no propiamente en ejercicio de un poder de mando o de imperio, el cual no tiene cabida en los actos individuales ni mucho menos en los contractuales¹¹⁷⁷.

1492. Actos propiamente dichos, como el contrato, son ante todo actos jurídicos intangibles, que no pueden ser abordados unilateralmente por la administración para suprimirlos o modificarlos, salvo casos excepcionales en que por su naturaleza se hace revocable, esto, en cuanto, que el concepto de poder público o de prerrogativas públicas que devenía de las construcciones metafísicas del derecho han desaparecido. Bajo el dominio de esas concepciones fueron muchas las tesis que se expusieron con el fin de justificar el carácter vinculatorio de los contratos, todas ellas decaídas en la actualidad de frente al criterio del servicio público¹¹⁷⁸.

1493. Ahora bien, en lo que difiere sustancialmente Duguit en sus desarrollos en la materia, es en que las situaciones en derecho tan solo puedan provenir del contrato. Resulta manifiesto en las construcciones de Duguit que con los contratos de la administración pueden convivir una variedad de actos jurídicos que no son técnicamente contratos. Es posible, y así se observa en la realidad de las cosas, sostiene Duguit, que muchas situaciones jurídicas se originen en el concurso de voluntades pero que de este concurso no surja necesariamente una situación jurídica que podamos acoger en el derecho como contractual; entre esas hipótesis se pueden ubicar los mal llamados contratos de adhesión, los actos del particular que usa un servicio público, los contratos colectivos, entre los cuales incluye Duguit los contratos colectivos de trabajo y las concesiones de servicio público¹¹⁷⁹.

1494. Gastón Jèze sostiene que para garantizar la debida y continua prestación de los servicios públicos la administración acude a los contratos administrativos que son los destinados precisamente a

esos propósitos y para el logro de las finalidades propias de los servicios públicos con reglas y principios elaborados por la jurisprudencia que los hace sustancialmente diferentes de los contratos propios de los particulares¹¹⁸⁰. En ese sentido, entiende Jèze que el contrato administrativo es un fenómeno negocial diferente al del derecho privado¹¹⁸¹, sin que ello constituya una limitante para que la administración acuda al contrato de derecho privado como técnica adicional para garantizar la debida prestación del servicio público¹¹⁸².

1495. Ahora bien, en la visión de compromiso profundo y solidario con las necesidades de interés general, el contrato que se convierte por excelencia en el instrumento más importante para el logro de los propósitos del servicio público es, sin duda, en la visión realista de Jèze, el de concesión de servicio público, al que considera el contrato más importante del derecho administrativo francés, el mejor estructurado por la jurisprudencia, “[...] para el cual el Consejo de Estado ha construido una teoría notable [...]”, diferenciándolo sustancialmente del contrato de concesión de obra pública, al cual estuvo íntimamente vinculado por muchos años, o en palabras de Jèze, con el cual se le había confundido sustancialmente, creando en ese sentido la jurisprudencia una figura contractual especial sujeta a reglas y principios particulares que lo convirtieron en un importante instrumento en relación con el cumplimiento de los propósitos inherentes al servicio público de carácter económico¹¹⁸³.

1496. En conclusión, a partir de esas bases Jèze entiende el contrato administrativo como una típica modalidad de colaboración de los particulares tendiente al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, razón suficiente para pensar que no puede someterse al derecho privado sino a un estricto derecho administrativo¹¹⁸⁴. Ahora bien, como lo anota el autor, bajo esa concepción se justificaban sustancial y materialmente los contratos administrativos, pero no se negaba la posibilidad de existencia de contratos de derecho privado de la administración. A través de los primeros se aseguraba el funcionamiento de un servicio público sometido a reglas especiales; con los segundos, lo mismo, pero sujetos al derecho privado:

Todos los contratos celebrados por la administración –contratos administrativos propiamente dichos o contratos de derecho privado– se rigen por cierto número de reglas comunes concernientes a la administración. Cuando el contrato lo concluye la administración con un particular las reglas concernientes a este particular son las de derecho civil...¹¹⁸⁵.

Entre esas reglas comunes encontramos la competencia, el libre consentimiento, el objeto, los motivos, y las formas.

1497. La doctrina y la legislación de la época recogieron el anterior pensamiento. Así, Fernández de Velasco ligaba en 1927 de manera inmediata los contratos administrativos a los servicios públicos. La noción de contrato administrativo, sostenía, “... se encuentra subordinada a los servicios públicos...”; en consecuencia, sujeta al régimen jurídico que el servicio público determine y al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Al igual que en el derecho y la doctrina francesa, los sistemas jurídicos de esa área de influencia construyeron, en contraposición al típico contrato de derecho administrativo, el de derecho civil o privado de la administración. Fernández de Velasco determinó a los primeros por su relación con una obra o servicio público, por perseguir la satisfacción de necesidades públicas y encontrarse sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, precisamente porque todas las controversias surgidas de los servicios públicos generan competencias para esa jurisdicción¹¹⁸⁶.

1498. Obsérvese que, no obstante las profundas elaboraciones de los doctrinantes de la sustantividad del contrato administrativo en torno a su naturaleza autónoma e independencia conceptual respecto del contrato propiamente de derecho civil, fue imposible negar que este último pudiera celebrarse por los entes públicos. En concreto, esa teoría aceptó la división entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, que si bien es cierto surgió de la ruptura histórica de los actos de poder y de gestión, por razones eminentemente políticas y procesales se mantuvo durante el reinado doctrinal de los servicios públicos sin otro fin que el de proporcionar una respuesta jurídica a todos aquellos contratos que no podían explicarse a partir de los servicios públicos y por lo tanto imposibles de sujetar a las reglas jurídicas de estos y al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

1499. En la práctica esa división no hizo otra cosa que abrir una enorme zanja conceptual entre dos fenómenos contractuales que en la realidad de las cosas no eran más que una sola institución vista y analizada desde dos perspectivas diferentes: la de la administración pública y la de los particulares; de ahí que en la práctica diaria la distinción entre contratos administrativos y de derecho privado no constituye otra cosa que mera especulación y retórica doctrinal, que ha servido para llenar páginas y páginas de doctrina y jurisprudencia. Esta es la razón básica para que García de Enterría, con certeza, llame a esta concepción una teoría “notoriamente insatisfactoria”¹¹⁸⁷.

1500. En ese arduo camino por consolidar una verdadera autonomía y sustantividad del contrato administrativo frente al derecho privado, la doctrina diseñó diferentes criterios que en realidad constituyen presupuestos doctrinales poco seguros y demasiado relativos al momento de establecer fronteras materiales entre ambos contratos. De esos criterios podemos señalar, entre otros, los siguientes: el del servicio público, el de la definición legal, el de la forma, el jurisdiccional, el de las cláusulas exorbitantes, o el del ejercicio del poder público¹¹⁸⁸; a ellos tan solo haremos mención en el presente trabajo, en la medida en que resultan intrascendentes para la realidad actual del contrato estatal.

C. LA REACCIÓN DOCTRINAL CONTRA LA SUSTANTIVIDAD: TEORÍA DE LA UNIDAD O IDENTIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL PRIVADO

1501. Al referirse a la formación histórica del contrato administrativo García de Enterría sitúa en el surgimiento de la doctrina de los actos de poder y de gestión la sistematización del derecho administrativo y, en consecuencia, la decantación del contrato del Estado y su régimen jurídico. Advierte que si bien es cierto que con esta distinción no solo se estableció una diferencia en la aplicación del derecho público y del derecho privado, con posterioridad muchos de los actos típicos de gestión, como los contratos, que supuestamente debían sujetarse *in toto* al derecho privado, “por simples razones prácticas de utilidad y no de naturaleza se sujetaron a un derecho especial administrativo...”, adicionalmente el conocimiento de sus litigios se le atribuyó a la jurisdicción contencioso administrativa, con lo que se les sustrajo en esos aspectos de la justicia ordinaria. Tal circunstancia no implicó que perdieran su carácter de contratos del derecho civil, pero lo que sí significó para la historia del contrato fue que la denominación de contratos administrativos surgiera como un problema procesal y no sustancial¹¹⁸⁹.

1502. José Luis Villar Palasí y José Luis Villar Ezcurra recogen la anterior concepción y sostienen precisamente que el contrato administrativo

... nace por consideraciones puramente políticas que se traducen en la necesidad de excluir determinada clase de contratos del control de los tribunales ordinarios [...] La figura del contrato administrativo tiene un origen procesal que se manifiesta ya en la pugna entre el poder judicial y el administrativo a finales del siglo XVIII...

1190.

1503. Esos planteamientos sustentan lo que se denomina la tesis de la unidad o de la identidad de la contratación pública o privada, según la cual si el contrato lo celebra el Estado es materia así mismo sustancialmente civil, solo que se le aplican principios de derecho público, con algunas especialidades o singularidades.

1504. Para los defensores de esta tesis el problema de la sustantividad del contrato administrativo, tan pregonado por los franceses, no pasa de ser un falso problema para el derecho administrativo, y sobre todo “un complejo de inferioridad” del derecho administrativo frente al derecho privado, que nos hace creer que estamos frente a un derecho de carácter excepcional, con reglas exorbitantes y por consiguiente de naturaleza especial. Desde esa perspectiva, “El contrato administrativo, en sí, no es más que una especie de la figura genérica del contrato, singularizada por dos notas fundamentales: la presencia de la administración pública como sujeto contratante y la particular incidencia con la que se manifiestan los privilegios posicionales...”¹¹⁹¹.

1505. En conclusión, en palabras de García de Enterría, la existencia de una teoría iusadministrativista del contrato no impide de ninguna manera que las reglas y principios propios del derecho civil puedan articularse o modularse dentro de lo que denomina “unidad de sentido institucional”¹¹⁹². En otras palabras, el contrato será siempre uno, con reglas articuladas de derecho público o privado, pero sin negar nunca su origen y base sustancial derivados del derecho civil. Esta concepción, sin lugar a dudas, orienta y sustenta la realidad jurídica y filosófica de la Ley 80 de 1993 y el sistema colombiano del llamado contrato estatal.

D. LA PERSISTENCIA DE UN ESTRICTO DERECHO PRIVADO PARA EL CONTRATO DEL ESTADO. EL INDIVIDUALISMO JURÍDICO

1506. Para la doctrina clásica italiana el contrato del Estado se consideró siempre un estricto problema de derecho privado, desconociendo la posibilidad de su autonomía como institución de derecho público o administrativo. Al respecto, al decantar las diferentes concepciones que comenzaron a surgir a partir del siglo XIX respecto de la existencia e individualización del contrato del Estado, Entrena Cuesta identifica la que en su opinión es una típica concepción individualista que dominó determinados sectores de la doctrina italiana, que partían para sus fundamentaciones de una estricta frontera entre el Estado y el individuo, y que consideraban siempre el contrato como una institución propia del individuo, a la cual debía doblegarse por completo el Estado cuando pretendiese contratar¹¹⁹³.

1507. Según esta concepción,

El Estado se encuentra, respecto del individuo, en una situación de contraste esencial; el Estado comienza donde termina la libertad, la igualdad, la autonomía de las personas, y de la misma forma el individuo comienza a desarrollar su actividad donde cesa la zona del Estado. Existe un dique entre el Estado y el individuo; y este dique implica la imposibilidad de toda colaboración. Es verdad que se admiten contactos entre el Estado y el ciudadano, pero estos contactos se dirigen primero al segundo a través de la manifestación de su imperio...¹¹⁹⁴.

1508. Desarrollar una teoría autónoma del contrato, en virtud de que su función natural era la de la hegemonía de la fuerza o el imperio. En consecuencia, cualquier manifestación negocial “... debería someterse plenamente a las reglas del derecho civil, tratándose, en consecuencia, de contratos privados...”, en el caso de los celebrados por las entidades públicas. Se revivía de esa forma la clásica diferencia entre actos de poder y actos de gestión, o la distinción de las dos personalidades del Estado: una pública, detentadora del poder, y otra privada, denominada en el derecho alemán fisco, que se sujetaba a las reglas propias del tráfico jurídico de los particulares. Para los individualistas “El Estado, para contratar, tenía que bajar de su solio y velar el esplendor de su soberanía con la capa modesta de una persona de derecho privado...”¹¹⁹⁵.

E. LA NEGACIÓN DEL CONTRATO DEL ESTADO. EL UNILATERALISMO JURÍDICO

1509. Por otra parte, la historia del derecho administrativo nos presenta, en la formación de las instituciones propias de esta disciplina, ante todo del contrato, las elaboraciones teóricas de los conocidos como unilateralistas; tendencia doctrinal que sostenía que toda actuación y decisión de los órganos y autoridades públicas tan solo se podía traducir en la expedición de actos administrativos unilaterales.

1510. Esto es, en actos producto del ejercicio de poder soberano, fenómeno del que no se podían sustraer los acuerdos de voluntad entre los órganos públicos y los particulares, lo que llevó incluso a que no se calificaran propiamente como contratos los celebrados por los entes públicos, al no existir en ellos “... la esencia de la relación contractual...”, en la medida en que de la actividad estatal tan solo se podían originar decisiones unilaterales. Esta corriente ideológica no explicaba el consentimiento típico del contrato como la conjunción de voluntades en torno a un propósito común, sino como la declaración de dos voluntades que individualmente constituían actos jurídicos distintos y de diferente naturaleza: la voluntad del Estado, de derecho público, y la voluntad del particular, de derecho privado, constituyendo esta última, frente al acto administrativo estatal, una respuesta a la que se le dio el nombre de acto condición. En consecuencia, para los unilateralistas no existía contrato, ni mucho menos consentimiento, cuando el Estado se relacionaba con un particular, sino un típico acto condición, surgido con la aceptación que el particular impartía a la voluntad expresada por el Estado¹¹⁹⁶.

1511. En una interesante variante alemana de esta concepción se niega la existencia de contratos del Estado, simplemente a partir de la idea de que el Estado o los entes públicos solo mandan de manera unilateral. El principal exponente de esa modalidad de concepción unilateral es Mayer, para quien la idea de contrato derivada del derecho privado, cuando se aplica a las relaciones del Estado, “... nada tiene de contrato [...] Cuando se sepa bien qué es el derecho público y cuál es la naturaleza general de sus instituciones, esta terminología no puede llegar a ser causa de ningún malentendido...”¹¹⁹⁷.

1512. Estas tesis –que se sustentan en la idea de la decisión unilateral de la administración pública como mecanismo vinculado estrictamente al ejercicio del poder público, con que se pretendió recoger para la ciencia iusadministrativa la idea de contrato–, por fortuna para el desarrollo del derecho administrativo, se revaluaron y derrotaron y en la práctica corresponden a una época de la doctrina que, como bien la define Gaspar Ariño, se caracterizó por la “... tensión entre poder y contrato...”¹¹⁹⁸.

F. EL INTERÉS PÚBLICO COMO BASE DE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO EN EL CONTRATO DEL ESTADO

1513. Otro sector de la doctrina, cuyo principal exponente fue el italiano Renato Alessi, a partir de una concepción que podríamos denominar de estricto derecho público, tan solo acepta la existencia de contratos que se pueden calificar de administrativos cuando los sujetos que intervienen en el negocio son todos de derecho público, y rechaza la posibilidad de que exista contrato de esa naturaleza en las relaciones que surgen entre los entes públicos y los particulares. El fundamento de esa teoría radica en la distinción entre dos tipos de intereses que entran en juego con la actuación de la administración: los intereses públicos colectivos primarios y los intereses públicos colectivos secundarios. Cuando se trata de atender los intereses públicos secundarios con la intervención de particulares nacen a la vida jurídica contratos de derecho privado¹¹⁹⁹.

G. LOS APORTES DEL MODELO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO A LA ESTRUCTURACIÓN DEL CONTRATO Y DE LA CONCESIÓN

1514. El modelo de Estado social de derecho trasladado al ámbito del contrato estatal implica un cambio profundo y radical en la idea tradicional de los negocios del Estado: un abandono a la clásica concepción del contrato individualista y el surgimiento de un negocio público vinculado de manera directa con la solución a los problemas sociales, curtido bajo los presupuestos del interés público, en consecuencia generador de derechos e intereses colectivos¹²⁰⁰.

En ese sentido, una aproximación al concepto de contrato estatal no se puede hacer de manera exclusiva a partir de su identificación como una simple fuente de obligaciones entre las partes contratantes. El negocio del Estado es un concepto teleológico dinamizador de las finalidades sociables del mismo en estrecha relación con los intereses de la comunidad, edificador de una base normativa compleja que tiene en su centro de impulsión el conflicto social, y a la comunidad misma en cuanto titular de los beneficios y resultados de su ejecución.

1515. Se puede afirmar, sin lugar a equivocación, que el postulado del Estado social determina sustancialmente entonces al objeto del contrato de concesión de servicios públicos, dada su relación material y natural con el interés general en consecuencia con los derechos e intereses de la colectividad.

1516. El modelo democrático en su relación con el contrato del Estado nos conduce por los senderos de balance, equilibrio, transparencia e igualdad en las relaciones con los asociados, de pluralismo, tolerancia, participación, y sobre todo, de reproche al subjetivismo, y por lo tanto a la arbitrariedad en la estructuración y en todo procedimiento de selección de contratistas, así como en la ejecución del mismo. La democracia está en las bases mismas de las garantías que el sistema ofrece en materia de negocios del Estado, con el fin de que no se conviertan en privilegios de unos pocos. La democracia es todo lo contrario al interés individual o personal en el manejo de lo público.

1517. En su interrelación obvia y natural con la cláusula constitucional del Estado social, coadyuvada al concepto material de lo social, consolida de manera magnífica, en una proyección finalística, el concepto de interés público y general, que se proyecta en la estructuración de derechos e intereses colectivos. La democracia reconducida a los aspectos de la ordenación del servicio y la concesión, y en manos de la administración, se configura entonces, como garantía indiscutible para la comunidad en relación con la realización efectiva y sustancial de los proyectos de su interés, para los particulares contratistas de que no reinará el privilegio y el simple señalamiento en la selección de los mejores contratistas para el Estado, y para el Estado mismo en cuanto que le permite hacer efectiva su habilitación para la selección de los mejores en tratándose de asuntos públicos.

1518. Se concreta el principio democrático en relación con el contrato en la presencia de reglas y sobre todo de principios básicos rectores de todo el actuar público en esas materias tales como: la ponderación, la proporcionalidad, el interés general, la inclusión social, la protección a los derechos de los particulares y los usuarios, la no discriminación, el equilibrio y la conmutatividad objetiva de la relación negocial, la igualdad¹²⁰¹, la libertad de los asociados en sus aspiraciones de colaboración en la ejecución de los proyectos públicos¹²⁰², la transparencia¹²⁰³, el pluralismo, la tolerancia, la participación, la planificación y el diseño del negocio de manera completa, correcta, eficaz y técnica, la planeación, la participación, la objetividad, la imparcialidad, la publicidad¹²⁰⁴ y la previsibilidad.

H. LOS APORTES DEL MODELO NEOLIBERAL INDIVIDUALISTA A LA CONSTRUCCIÓN DEL CONTRATO

1519. El modelo neoliberal o economicista es radical en sus postulados y propuestas. Aboga por la libertad contractual, el despojo del Estado de sus poderes y facultades exorbitantes en materia negocial¹²⁰⁵, el libre acceso de todos los actores a los negocios públicos, la destitularización de actividades públicas, es decir, el desmantelamiento de la idea concesional por principio. Todo lo anterior en una especie de repotenciación de la cláusula, también constitucional entre nosotros, de la libertad e iniciativa privada, o simplemente de la libertad económica. El neo individualismo rompe con la idea de la sustantivización del contrato estatal, de sus formalismos, de su vinculación estricta a los propósitos y finalidades del interés general, sobreponiendo en relación con estos los intereses del capital, del inversionista y sobre todo del predominio de las reglas del mercado en relación con cualquier otra consideración, sobre todo con las de carácter intervencionista.

1520. La necesaria articulación entre los conceptos de Estado social y libertad de empresa para la construcción del concepto de contrato. Conforme a los planteamientos anteriores resulta claro que la suerte del contrato y en especial del negocio de concesión de servicios públicos en nuestro ordenamiento depende de la conjugación inevitable de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho con la de la libertad económica, por lo tanto, del entendimiento de cómo debe funcionar el sistema de bases constitucionales para hacer coherente la procedencia de la figura sin entrar en conflictos que la hagan nugatoria.

1521. Para esos efectos, cláusulas del Estado social y democrático de derecho como la de la libertad económica encarnan principios de rango constitucional que se encuentran en un plano de igualdad. Sin embargo, también se ha reconocido y aceptado, para efecto de las conclusiones del estudio, que la cláusula de la libertad económica, tal como está estructurada y planteada en nuestra constitución política, no es absoluta, y que a su vez, la del Estado social y democrático de derecho encarna lo que se conoce en la doctrina como un principio directriz que irradia la totalidad de nuestro ordenamiento.

1522. Hemos aceptado como una verdad actual emanada de la interpretación jurisprudencial que la libertad económica configura un claro derecho fundamental que entraña una doble naturaleza, la de derecho indiscutiblemente subjetivo, y de consecuente garantía institucional para el libre accionar económico de las personas. Así mismo, la libertad económica configura un elemento trascendente del ordenamiento jurídico positivo, que otorga especial connotación al mismo en el sentido de perfilar a la libertad en el centro de la actividad humana y empresarial, con el fin de garantizar una convivencia justa y pacífica de los asociados, de todas maneras objetivamente delimitado para los efectos y propósitos claramente definidos por el legislador.

1523. Por su parte, hemos aceptado para la cláusula de Estado social y democrático de derecho su naturaleza de norma directriz del accionar de los poderes y de la interpretación del alcance de la organización política y jurídica, sin que esto signifique en manera alguna la aceptación de un especie de estratificación jerárquica en relación con los demás principios y cláusulas constitucionales. En ese sentido, para efectos del estudio, recogemos las elaboraciones teóricas que identifican en una explicación dogmática de la cláusula tres claros círculos concéntricos (i) donde se retoman el conjunto de exigencias que el modelo impone a los poderes públicos en cuanto principio mismo y los grados de afectación en relación con otros principios (mandato de optimización) círculo donde opera sin mayor dificultad la ponderación y proporcionalidad, (ii) compuesto por el conjunto de manifestaciones del Estado social a las que el legislador ha otorgado un carácter de definitivo como consecuencia de la reducción legal de las colisiones entre principios considerados *a priori* y otros constitucionales, y (iii) integrado por el conjunto de exigencias del principio que a modo de núcleo último se imponen incluso al de Estado democrático¹²⁰⁶.

1524. Bajo ese contexto tenemos, entonces, que una relación ponderada de los dos principios le atribuye de por sí cargas predeterminadas en las esferas segunda y tercera al principio del interés general, básicamente en defensa y protección de intereses generales y públicos, e incluso, como lo destaca el inciso final del artículo 333 constitucional, en defensa y protección de la misma libertad económica. En ese sentido, es factible, entonces, que entre nosotros la libertad económica esté objetivamente limitada cuando de por medio se halle el interés público, la solidaridad social e incluso la misma justicia social, si al artículo 334 constitucional nos referimos propiamente y para la “[...] remoción de obstáculos o límites fácticos que impiden que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas [...]” y tendientes a garantizar una competencia real y efectiva¹²⁰⁷.

1525. Así las cosas, y bajo el entendido de que en nuestro esquema constitucional la libertad económica pregonada por los neoliberales no es absoluta sino que está matizada en razón de los intereses públicos, es posible la subsistencia misma del contrato público, no bajo el carácter absoluto de una sustantivización a ultranza, sino bajo consideraciones de respeto a la misma libertad económica, y en esa misma dirección subsiste el negocio de concesión en la medida en que la libertad de empresa se produce y actúa en relación principalmente y por regla general con actividades privatizadas y liberalizadas, y se mantiene en el núcleo esencial de toda relación económica, ya sea la contractual del Estado propiamente dicha.

I. EL MODELO ANGLOSAJÓN. EL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO COMO CONTRATO ESTATAL

1526. Al tiempo con las anteriores teorías, dentro del sistema jurídico del sistema de *common law*, propio de las naciones anglosajonas, el contrato del Estado, se sostiene, se conserva dentro de los marcos del derecho común. Esto es, su régimen sustancial y contencioso se sujeta a los parámetros del derecho ordinario.

1527. El sistema anglosajón de sometimiento de la administración pública al derecho corresponde a una evolución diferente tanto del derecho en general como de la administración pública, y en su sujeción a controles de naturaleza jurisdiccional. En un sentido amplio, podríamos identificarlo como el sistema que por regla general sujeta a la administración pública al derecho común (*common law*) de los particulares, y que en lo adjetivo somete los asuntos contenciosos al conocimiento de los jueces ordinarios. No obstante este planteamiento en apariencia sencillo, los últimos años han dejado ver

precisas excepciones, que permiten sostener la existencia de un particular régimen especial que regula la administración pública.

1528. El sustento del sistema jurídico anglosajón se encuentra en los desarrollos que se dieron en Inglaterra por el llamado *common law* o derecho común, de carácter consuetudinario, formado en especial a partir de la influencia del derecho normando¹²⁰⁸. A ese sistema se unió históricamente otro mecanismo de resolución de conflictos, de bases jurídicas más flexibles, que se conoce como *equity*. En la conjugación de esas dos modalidades se desarrolló el derecho común inglés, y podríamos considerarlo así mismo como el punto de partida de lo que más tarde habría de denominarse el derecho propio de la administración, que en su concepción clásica no se apartaba sustancialmente de sus principios y conceptos.

1529. En la actualidad esto constituye el sustento del sistema jurídico aplicable a la administración, aunque de manera excepcional han surgido normatividades especiales que hacen del régimen anglosajón de sometimiento a la administración un sistema diferente del continental.

1530. Los sistemas de *common law* y *equity* fueron objeto de un gran proceso de revisión y adaptación entre 1873 y 1907, período que se considera como el de la gran conformación de la justicia inglesa contemporánea. El *Judicature Act* de 1873 fusionó la *equity* y el *common law* y reformó el sistema judicial del país. En sus relaciones con el derecho de sometimiento de la administración pública inglesa, el punto de partida indiscutible lo constituyen estos dos sistemas judiciales. La interrelación entre el derecho común inglés y la figura del sometimiento a la ley de las instituciones creó un binomio rector indiscutible de la actividad pública de aquel país. En su concepción clásica corresponde al juez inglés juzgar también a la administración pública, teniendo en cuenta el principio de legalidad, fruto de la evolución política inglesa.

1531. Hace parte también del sistema el concepto de la *rule of law*, que comenzó a jugar papel importante ante los inevitables cambios en los roles del Estado y de la administración, el cual no solo creció, sino que también se tornó decisivo para el cumplimiento de las finalidades estatales. El concepto de *rule of law* se amplió y aceptó elementos de excepción que lo hicieron menos dogmático y más ágil en la interpretación del sistema anglosajón.

1532. Por una parte, el crecimiento interventor del Estado inglés tornó a la administración pública en un poder fortalecido y engrandecido, con poderes similares a las administraciones continentales: poderes y competencias que provenían no precisamente de las decisiones judiciales, sino de las normas expedidas por el Parlamento.

1533. El poder administrativo, por otra parte, vio fortalecido su papel central en el nuevo Estado intervencionista al reconocérsele potestades normativas a través de la llamada legislación delegada, que pasó a constituirse en una importante fuente de derecho administrativo. La legislación delegada es un caso concreto de autorización del Legislativo al Gobierno para que establezca los reglamentos indispensables para el manejo del Estado. Se trata de una verdadera autorización para legislar, que constituyó importante instrumento en la crisis de 1914 frente a la guerra que vivió Inglaterra, y en 1920 frente a las situaciones de emergencia económica del reino. Desde entonces se ha mantenido como mecanismo interventor de consideración, pues la necesidad de intervenir en la economía y los mercados, que surgió con fuerza tremenda en la Primera Guerra Mundial, hizo que el poder legislativo entregara establemente una parte significativa de esas funciones al Ejecutivo¹²⁰⁹.

1534. Esa situación hizo que hoy en día se hable para el *common law* de un especial derecho sometedor de la administración pública. Son varios los autores que en Inglaterra se han ocupado del problema con esa orientación, es decir, que aceptan la existencia de una administración con poderes

especiales y exorbitantes o discrecionales, sujetos a normas legales diversas de las consuetudinarias del *common law* y con tribunales especiales que atienden asuntos netamente administrativos.

1535. El tema del contrato¹²¹⁰ dentro del sistema del *commow law* es no solo apasionante sino también desconcertante. La idea común y vulgar que se tiene en los países de influencia continental europea es la de que los anglosajones han perpetuado un sistema de estricto derecho privado para el contrato estatal. Por el contrario, Gaspar Ariño nos presenta la tendencia tanto inglesa como norteamericana de crear reglas de estricto derecho público para regular aspectos importantes de la contratación del Estado.

1536. En el caso del Reino Unido, este autor sostiene que

El derecho inglés ha permanecido teóricamente fiel, hasta ahora, al modelo del *commow law*. Los contratos de la Corona se someten a las normas del derecho común, con algunas particularidades derivadas de especiales *Statutes* o de seculares *Royal Prerogatives*, que han configurado tradicionalmente el estatuto jurídico de la Corona. No son tanto normas contractuales especiales, sino más bien privilegios de la Corona que pueden afectar directamente las relaciones de un contratista con el Gobierno...

1537. En el caso de Estados Unidos, la evolución de la contratación pública permite observar el abandono del estricto derecho privado en los contratos del Estado y la simultánea incorporación de reglas y procedimientos generales de obligatorio cumplimiento, en una abierta tendencia de crear un régimen jurídico especial para los contratos del Estado. A partir de 1947, con la Ley de Contratos para las Fuerzas Armadas, se incorporaron principios como el de libertad de ofertas, dentro de un ambiente de competencia, precio justo y razonable, con lo que se evitó la arbitrariedad en la escogencia de los contratistas.

1538. En años más cercanos se han incorporado principios que le otorgan a las autoridades administrativas el privilegio de la decisión unilateral dentro de los contratos. “Nótese que con ello se está apuntando a la cristalización de un derecho sustantivo de la contratación del Estado, que se aparta considerablemente del viejo *commow law* y de la consideración del contrato como una pura relación de derecho privado...”. Con posterioridad, la jurisprudencia norteamericana ha puesto en duda, frente al contrato del Estado, tradicionales principios del derecho privado, como el de *pacta sunt servanda*, permitiendo de esta manera que por razones de interés general el contrato pueda ser intervenido unilateralmente por las autoridades¹²¹¹.

II. APROXIMACIONES A UN CONCEPTO DE CONTRATO DEL ESTADO

1539. La estructuración jurídica de un concepto operativo de contrato estatal¹²¹², o por lo menos cualquier aproximación que se intente en torno a la figura reconociéndole su carácter de mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado¹²¹³, no solo conlleva complicaciones formales y normativas, sino que también, dado el origen privado de la institución, significa admitir su naturaleza compleja: en primer lugar, la de instrumento básico para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general¹²¹⁴, que por lo demás debe ser preservado en la economía del contrato mismo, por lo tanto sumida inevitablemente en conceptos que involucran compromisos con los intereses de la comunidad¹²¹⁵ y, por otra, la de fuente de obligaciones¹²¹⁶ conforme a las elaboraciones del derecho privado, pero, como se advierte, bajo consideraciones inmanentes con los intereses públicos y comunitarios, esto es, en absoluta posición dicotómica respecto de los contenidos individualistas y subjetivos, derivadas de las corrientes clásicas

sustentadoras del derecho privado, lo que implica inexorablemente, en la hora actual de la disciplina, la articulación de normas, reglas y principios derivados del subsistema jurídico positivo privatista en interrelación permanente con principios, reglas e incluso normas inspiradas en el mantenimiento y preservación de intereses públicos y generales vinculados necesariamente al carácter social de nuestro Estado de derecho¹²¹⁷, en lo que podríamos denominar la configuración de un peculiar régimen jurídico y conceptual de contrato estatal, que no recoge los extremos fundamentalistas de la pretendida sustantividad del contrato estatal¹²¹⁸, ni la de la exclusiva sujeción del mismo a los parámetros de los principios privatistas nugatorios de lo público¹²¹⁹.

1540. Se trata de abordar una problemática poco pacífica para la doctrina, no solo en razón de los intereses que la materia involucra, sino también en virtud de las radicales transformaciones que se han consolidado en el derecho administrativo en los últimos años, producto de la evolución de la economía y de las concepciones filosóficas y políticas en torno a lo público, y el papel de los privados en la atención de todo aquello susceptible de contenido económico, bajo conceptos de economía de mercado y competencia¹²²⁰ que plantean un retomar de los contenidos privatistas contractuales para los asuntos negociales del Estado¹²²¹. Estas situaciones evidentemente han impactado en el derecho nacional de la contratación pública, en donde se ha pasado de un esquema de contrato estatal regido por el derecho privado¹²²² a un esquema mixto¹²²³, sin desconocer las épocas de profunda influencia de las teorías de la sustantividad francesa de la figura¹²²⁴.

1541. Esto significa que desde la perspectiva estatal el estudio de la institución del contrato invita a reconocer su ámbito integrador de conceptos y principios, en algunos casos extraños entre sí, pero que se moldean para definirla y hacerla viable dentro del tráfico jurídico ordinario. Esto brinda respuestas a los fenómenos propios del consentimiento que surgen cuando se trata de los negocios jurídicos entre entidades públicas o entre algunas de estas y los particulares, donde lo característico es el predominio del interés general¹²²⁵, lo que hace imposible en la hora actual de la institución hablar a la usanza clásica del derecho administrativo de corte francés de un régimen unitario del contrato del Estado¹²²⁶.

A. LA INSUFICIENCIA DE LOS CRITERIOS ORGÁNICOS Y DEL RECURSO PÚBLICO PARA DETERMINAR UN CONCEPTO MATERIAL DEL CONTRATO ESTATAL

1542. Ahora bien, sobre la base del reconocimiento de esa complejidad naturalística, sumirse en un concepto material de contrato del Estado, o estatal como se le denomina en nuestra legislación, implica desbordar la aproximaciones normativas al problema efectuadas en la Ley 80 de 1993, en donde de manera simple se le concibe como el negocio en donde una de las partes es una entidad de carácter público estatal, o un particular que cumple funciones administrativas, que se compromete y obliga frente a quien satisface sus necesidades, sea este otra entidad estatal o un particular, o conjunto de estos, según el caso (arts. 1.º^[1227], 2.º^[1228] y 32 de la Ley 80 de 1993)¹²²⁹. Adicionalmente, el concepto de contrato estatal no puede resumirse en la también insuficiente descripción que del mismo se hace en nuestra reciente legislación de contratación pública (art. 1.º, Ley 1150 de 2007^[1230]), según la cual, son contratos del Estado todos aquellos que se realizan con recursos públicos, a los cuales se les aplica, en consecuencia, el derecho especialmente diseñado para ese tipo de negocios contenidos en la mencionada ley.

1543. Definitivamente, así nos entronquemos en las aproximaciones conceptuales del texto original de la Ley 80 de 1993, que partía de un criterio orgánico¹²³¹ en torno al diseño de un concepto de contrato del Estado, o en la nueva legislación, que rompe con lo orgánico y se matricula en el criterio

del recurso público, estaríamos asumiendo el problema del concepto de la institución desde perspectivas estrictamente formales y poco trascendentes. Estas perspectivas eventualmente incursionan por senderos pretendidamente sustantivadores de la institución, pero que no logran el cometido propuesto, y que realmente resultan frustrantes, en la medida en que dado el carácter superficial de los criterios que involucran (orgánico o del origen del recurso involucrado en la contratación) no definen una sustancia propia del negocio, sino que más bien destacan algunas de sus particularidades indiscutibles y por lo tanto obvias, sin suficiencia para que podamos solo con ellos sustentar un concepto material de contrato estatal.

1544. Nadie desconoce, ni pone en duda, que en todo contrato estatal necesariamente debe estar presente el Estado a través de su aparato administrativo, representado en alguna de sus formas orgánicas, en cuanto parte natural y evidente de ese tipo de negocios, y así mismo, resulta igualmente obvio, evidente y necesario en la contratación pública, que los recursos involucrados en la misma deben ser los públicos, circunstancias estas que de ninguna manera pueden ser determinantes de una caracterización sustancial, sino más bien formal, en cuanto no dicen nada más de lo que, de por sí, cada una de ellas representa, resultando difícil, por no decir imposible, a partir de ellos, construir una teoría material en torno al concepto de contrato estatal.

1545. Así las cosas, podemos válidamente sostener que desde la perspectiva de la normatividad citada no es viable deducir la existencia de un concepto material de contrato estatal y que, por lo menos en nuestro derecho, estamos muy lejos de realmente garantizar la existencia de un contrato del Estado verdaderamente sustantivo, radicalmente diferente al contrato diseñado por el derecho privado, por lo menos desde el punto de vista de su caracterización material.

B. LAS TENTATIVAS DE CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO MATERIAL DE CONTRATO ESTATAL A PARTIR DE LA INTERRELACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES, EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1546. Esto es, que los pretendidos conceptos legales en torno al contrato del Estado realmente no se comprometen en aproximaciones sustanciales, sino que simplemente acuden a criterios meramente superficiales, y anacrónicos por sí solos, para la identificación de una institución milenaria que de por sí entraña una dinámica diferente y de connotaciones verdaderamente significativas desde la perspectiva de su contenido, el cual inevitablemente se desprende de las elaboraciones del viejo derecho civil y de las reglas actuales del derecho comercial.

1547. Es más, en aras de avivar la discusión podríamos afirmar que los criterios orgánicos y el del origen de los recursos, antes criticados por insuficientes para el logro de nuestro objetivo conceptual, de todas maneras no pueden pasar desapercibidos en un análisis integral y contextual del régimen normativo de la institución en el derecho colombiano.

1548. Una aproximación a un concepto vital de contrato estatal nos llama a abreviar en fuentes normativas y de principios mucho más profundas, y en esa dirección los anteriores criterios deben conjugarse con lo dispuesto en los artículos 13^[1232], 28^[1233], 32^[1234] y 40^[1235] de nuestra ley de contratación pública, Ley 80 de 1993^[1236] que incorporan un carácter mixto al contrato del Estado¹²³⁷ y establecen de manera perentoria la necesidad de que cualquier análisis y aproximación en torno al fenómeno contractual del Estado se penetre irremediamente de la normatividad, tipología, contenido y demás disposiciones establecidas en los códigos de comercio y civil, al igual que de los mandatos

derivados de los principios de la autonomía de la voluntad¹²³⁸, buena fe¹²³⁹, igualdad, equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

1549. Todo lo anterior, sin embargo, tal como se desprende del inciso final del artículo 40 de nuestra ley de contratación pública, con estricta sujeción a la Constitución Política, la ley, el orden público, los principios y finalidades de la ley de contratación y de la buena administración, obviamente sujetándose siempre, y para todos los efectos, independientemente del contrato que la administración adopte como idóneo y adecuado para satisfacer sus necesidades, a la preceptiva fundamental derivada del concepto de interés público o general¹²⁴⁰, en los términos de los artículos 2.º¹²⁴¹, 123 inciso 2.º¹²⁴² y 209¹²⁴³ constitucionales¹²⁴⁴.

1550. Así las cosas, un concepto operativo de contrato estatal, realmente material, debe necesariamente tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado articula, en los términos y condiciones antes mencionados, es decir, que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer, como lo hemos expuesto ampliamente, la caracterización privatista de la institución pero dispuesta de manera directa al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general¹²⁴⁵ en los términos del artículo 2.º constitucional¹²⁴⁶.

1551. Ahora bien, de manera primordial, y sobre todo especial, la aproximación a las bases del concepto material de contrato estatal implica forzosamente admitir, en cuanto es presupuesto legal fundamental para estos propósitos, como lo determinan los artículos 4.º (nums. 3¹²⁴⁷ y 8¹²⁴⁸), 5.º (num. 1¹²⁴⁹), 25 (nums. 13 y 14¹²⁵⁰), 27¹²⁵¹ y 28 de la Ley 80 de 1993, su carácter de fenómeno económico; de ahí la necesidad de predicar para el mismo una regla básica e indispensable a fin de garantizar la convivencia en la relación negocial, cual es, la de la existencia de un equilibrio permanente entre las prestaciones y el derecho de las partes involucradas, lo que implica partir del expreso reconocimiento legal y admitir su carácter conmutativo y oneroso, por lo tanto, compartir la esencia de lo sinalagmático que la conmutatividad implica, por lo menos para los casos en que proceda, construyendo con esa caracterización una grande e importante regla general en cualquier intento de construcción de un concepto de fondo de contrato estatal¹²⁵², esto, en la medida en que, dado el carácter amplio del artículo 32 de nuestra ley de contratación pública, es posible encontrar contratos del Estado excepcionalmente de efectos unilaterales, donde resulta difícil sostener la operatividad de la conmutatividad

C. CONCEPTOS MATERIALES DEL CONTRATO ESTATAL PROPUESTOS

1552. Así las cosas, y a título de una primera conclusión parcial dentro del presente trabajo, es forzoso concluir que no es posible trabajar un concepto único material de contrato estatal. Las observaciones efectuadas nos incitan a que de manera general, y a título de la misma naturaleza, intentemos un concepto comprensivo del mayor número de hipótesis posibles de contrato estatal, aceptando que la amplitud del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 admite multiplicidad de hipótesis contractuales¹²⁵³, lo cual nos lleva a configurar una clara regla de excepción al concepto que se propondrá, donde se retoman hipótesis que de manera alguna encajan en las reglas generales expuestas en las normas del Estatuto de Contratación de la administración pública, del Código Civil y del Código de Comercio. En esta oportunidad profundizaremos exclusivamente en un concepto general, reconociendo las excepciones de las cuales no nos ocuparemos. En consecuencia, y bajo el anterior entendido, se

propone lo siguiente en torno a la estructuración de concepto de contrato estatal configurador de una regla general en la materia.

1. CONCEPTO MATERIAL DEL CONTRATO ESTATAL VINCULADO A LAS IDEAS DE CONMUTATIVIDAD Y RECIPROCIDAD NEGOCIAL. CONSECUENCIAS. REGLA GENERAL

1553. Entendemos, entonces, por contrato del Estado o estatal todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley, o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar¹²⁵⁴.

a. ACUERDO DE DOS O MÁS PARTES

1554. Se afirma y sustenta el concepto propuesto de contrato estatal, en concordancia con las remisiones del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 a la legislación civil y comercial, en los postulados doctrinales que del contrato se recogen de manera prácticamente similar en los artículos 1495^[1255] del Código Civil y 864^[1256] del Código de Comercio, en el entendido de que el mismo es ante todo un acuerdo de dos o más partes¹²⁵⁷, lo cual resulta innegable en los contratos estatales en los cuales el negocio se construye sobre la base del consentimiento¹²⁵⁸, de una real y evidente acción consensuada entre el Estado y sus interlocutores negociales¹²⁵⁹ y no de una manifestación e imposición unilateral de voluntad de la administración, como se llegó a sostener en algunas etapas ya vencidas de la evolución de la institución, negando de paso la existencia del fenómeno negocial del Estado¹²⁶⁰.

1555. En consecuencia, el contrato del Estado implica el entendimiento y, por lo tanto, el acuerdo de voluntades al que se llega a través de mecanismos institucionales derivados de una estricta legalidad selectiva, cumpliendo las previsiones emanadas del concepto de interés público o general que se concreta en la necesaria materialización de los principios imperativos de planeación, transparencia, publicidad¹²⁶¹ y selección objetiva¹²⁶², lo cual marca de entrada, para el concepto, una frontera indiscutible con el contrato propiamente entre particulares, y desvirtúa el que la aplicación normativa del derecho privado al concepto de contrato estatal se haga con la misma intensidad con que se hace en las relaciones simplemente entre particulares¹²⁶³. Lo cual, sin embargo, no desvirtúa que la norma objetiva derivada de las codificaciones comercial o civil se aplique al fenómeno negocial del Estado pero bajo el espíritu derivado de los principios públicos, donde estos no desvirtúan en manera alguna las obligaciones adquiridas por la administración, esto es, no es el contrato bajo ese contexto manifestación alguna de ejercicio de poder por regla general¹²⁶⁴.

b. CONTENIDO ECONÓMICO

1556. El contrato del Estado es así mismo una fuente de obligaciones conforme los parámetros del artículo 1494 del Código Civil, y en ese sentido su contenido, tal como se desprende de los artículos 1495 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, es estrictamente obligacional y está dirigido inevitablemente a construir, regular o extinguir las relaciones jurídicas obligacionales que inciden en la esfera patrimonial de las partes relacionadas¹²⁶⁵, es decir que son de contenido y carácter indiscutiblemente económico intersubjetivo y, por lo tanto, cumple una función sustentada en ese elemento fundamental¹²⁶⁶, de conformidad con las características de cada negocio que se considere conveniente y adecuado a las necesidades, fines y propósitos públicos o generales¹²⁶⁷. Por otra parte, por su posición en el marco de las políticas públicas, se puede considerar igualmente que el contrato, desde la perspectiva general, configura para el Estado un importante mecanismo macroeconómico¹²⁶⁸.

c. CONTRATO ONEROSO

1557. En esa dirección, y para efectos de este concepto operativo de contrato estatal con sujeción a las categorías de sinalagmático y conmutativo, debemos destacar en consecuencia que resulta predicable de manera directa a los contratos que queden sujetos al concepto su carácter de necesariamente onerosos, en contraposición a los simplemente gratuitos conforme a la clasificación propuesta en el artículo 1497 del Código Civil¹²⁶⁹, lo que implica, dentro del concepto propuesto, que las incidencias económicas patrimoniales de las obligaciones pactadas se den en la esfera de ambas partes, lo que genera utilidades para ellas, es decir, como lo destaca la norma indicada, se genera una especie de gravamen de cada parte en beneficio de la otra¹²⁷⁰, situación trascendente dentro del esquema conceptual propuesto, y fundamento inequívoco de la conmutatividad que manda el artículo 28 de la Ley 80 de 1993.

d. SINALAGMÁTICO Y CONMUTATIVO

1558. Se destacan del concepto propuesto otros dos elementos fundamentales para su conformación¹²⁷¹, cuales son, el de su carácter, por regla general, de recíproco en las prestaciones¹²⁷², al igual que de conmutativo en la relación¹²⁷³, que como se advierte, a partir de un análisis del contexto normativo del régimen de la contratación pública y de sus desarrollos doctrinales¹²⁷⁴, difiere sustancialmente de la simple conmutatividad propia de las relaciones jurídicas negociales entre particulares, en cuanto deviene de consideraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos y relativos derivados del principio de la autonomía de la voluntad individualista¹²⁷⁵; surge de manera inevitable de las verificaciones objetivas del mercado efectuadas en desarrollo del principio de planeación y que tienden a salvaguardar el interés y el patrimonio público, bajo el criterio de equilibrio entre los valores de los objetos, bienes o servicios y la retribución correspondiente, para llegar a la noción de un punto intangible de precio justo para las partes¹²⁷⁶.

1559. Bajo las exigencias del régimen positivo del contrato del Estado, y de su principio rector del interés público y general, la conmutatividad se da sobre la base de referentes objetivos que nos aproximen a puntos reales de equilibrio económico y no de supuestos convencionales, derivados de la autonomía de la voluntad y que adquieren fuerza no por su real equivalencia, sino en la medida en que el artículo 1498^[1277] del Código Civil presume la misma en razón de la manifestación voluntaria y de buena fe objetiva¹²⁷⁸ de las partes intervinientes que así lo quieren y expresan¹²⁷⁹.

1560. Sobre esa base se edifica para el contrato del Estado, por regla general, no solo la teoría del equilibrio económico al momento de proponer o contratar, sino también su concepción negativa, la de la ruptura o quiebre de esa relación objetiva balanceada con ocasión de actos y hechos de la administración contratante, del contratista, por actos de la administración como Estado, y por factores exógenos a las partes del negocio jurídico¹²⁸⁰, teoría ostensiblemente diferente a la del simple derecho privado¹²⁸¹.

1561. No obstante las anteriores construcciones doctrinales respecto de la conmutatividad propia y particular del contrato del Estado, reconocemos que en el contrato típicamente privado, aunque la conmutatividad se funda en concepciones derivadas de la autonomía de la voluntad, también implica un equilibrio de la relación tal como se deduce de los textos legales civiles y comerciales, y lo ha sostenido históricamente la doctrina privatista. De allí que se identifiquen diversos factores, por lo demás retomados en los códigos Civil y Comercial¹²⁸², que determinan situaciones de ruptura de la conmutatividad en esos contratos, tales como el precio irrisorio, la lesión enorme¹²⁸³, la violencia generalizada, la imprevisión y la imposibilidad sobrevenida, la desvaloración monetaria, la alteración de precios y calidades, el salario mínimo y el desequilibrio económico por vicio-temor¹²⁸⁴.

e. NEGACIÓN DE LO ALEATORIO

1562. El concepto en estudio implica, de hecho, y en virtud de la sustracción de materia que conlleva la onerosidad y conmutatividad en que soportamos la propuesta, la proscripción necesaria de cualquier destino aleatorio del contrato del Estado bajo ese primer supuesto conceptual. La conmutatividad que ordena la ley en el contrato del Estado, bajo los supuestos normativos, principalmente del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, al momento de proponer o contratar riñe en absoluto con el contenido y naturaleza jurídica de todo negocio aleatorio que de por sí implica la sujeción, no a la planeación previa vinculante y obligatoria del negocio, y a la fijación de los referentes objetivos de riesgos y costos como presupuestos básicos para garantizar los intereses públicos y generales, sino por el contrario, a la suerte, al devenir incierto y abierto de contingencias en donde no se puede saber a ciencia cierta cuál va a ser el destino patrimonial y económico de las partes involucradas en la relación.

1563. Lo que se quiere en nuestro ordenamiento por regla general no son destinos inciertos y oscuros para el contrato del Estado, o el riesgo absoluto en los negocios públicos, sino por el contrario, la medida, el cuidado, la planeación suficiente, la distribución de riesgos y no el camino fácil de la asunción de responsabilidades y riesgos sin control, en una especie de tránsito a ciegas por penumbras inexploradas.

1564. El contrato del Estado está dominado por la regla general de la previsibilidad¹²⁸⁵, lo que hace que se deba negar el paso a cualquier hipótesis de modalidad negocial aleatoria, no solo por atentatoria del interés público en cuanto pone en peligro el patrimonio de la comunidad, sino en cuanto que a partir del carácter imperativo de la planeación contractual y de la distribución de riesgos en los términos de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, prácticamente un contrato del Estado que se caracterice por aleatorio estaría viciado de nulidad absoluta por causa ilícita en cuanto desconocería el derecho público de la Nación en los términos del artículo 44 (num. 2) de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el 1523 del Código Civil¹²⁸⁶, salvo que se trate de un contrato típicamente unilateral a la luz del artículo 1496^[1287] del Código Civil, e igualmente gratuito según lo dispuesto en el artículo 1497^[1288] de la misma codificación, en donde el riesgo absoluto del negocio sea asumido por el contratista y no por el Estado, y a su vez este no corra con pérdida alguna, pero sí participe de las

ganancias, y sea el Estado titular tan solo de utilidades, esto es, bajo hipótesis y escenarios negociales absolutamente excepcionales.

f. CARÁCTER SOLEMNE

1565. Por otra parte, se puede predicar de los mismos su carácter solemne no solo para su perfeccionamiento y posterior legalización, sino también para la selección de contratistas y, eventualmente, para su ejecución, como cuando se trata de transferir bienes inmuebles o muebles sujetos a registro que según lo ordenando está sujeto a solemnidades y hace del mismo un negocio real, lo anterior en concordancia con lo dispuesto en los artículos 39^[1289] y 41^[1290] de la Ley 80 de 1993, y 1500^[1291] del Código Civil.

1566. Ahora, si bien el reconocimiento del carácter solemne del Contrato Estatal implica que se acredite la existencia del mismo por escrito, posición que ha sido adoptada por la Jurisprudencia Contencioso Administrativa a través de varios de sus pronunciamientos¹²⁹², dicha postura se ha visto matizada en algunos casos atendiendo a la singularidad de cada proceso que se someta a su decisión, al objeto de la litis, y a las pretensiones y excepciones que se formulen al interior del mismo¹²⁹³.

g. DIFERENCIAS –A PARTIR DE LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA– ENTRE “EJECUCIÓN EN MAYOR CANTIDAD DE LO PACTADO” Y “EJECUCIÓN DE PRESTACIONES NO PACTADAS”

1567. Es de vital importancia resaltar acá que la *actio in rem verso* es de carácter excepcional, pues su procedencia puede ser la consecuencia o no, de si lo reclamado se trata de una situación por fuera del contrato, o si, por el contrario, corresponde a una variación normal y ordinaria en la ejecución del mismo, respectivamente. Así las cosas, no se puede permitir que cualquier ejecución de mayores cantidades de trabajo, de obra o de servicios corresponda a situaciones extracontractuales.

1568. Para el efecto, la diferencia radica en: “i) que lo normal, en muchos contratos, es la ejecución en mayor cantidad de la originalmente pactada, sin que constituya irregularidad¹²⁹⁴; y ii) que lo anormal lo configura la inexistencia de vínculo contractual con ejecución de prestaciones...^{1295, 1296}. Pues es la segunda hipótesis la natural y obvia en el punto de aplicación y procedencia de la *actio in rem verso*, mientras que la primera constituye un devenir que se enmarca en los supuestos de hecho que se deben ventilar a través de la acción de controversias contractuales; pues bien, existen eventos en los cuales es viable reconocer por vía de esta acción, mayores cantidades necesarias para la ejecución del contrato, que aunque requieren un acuerdo entre las partes, podrán reconocerse si se ejecutan, siempre que la mayor ejecución no encubra un nuevo objeto no pactado¹²⁹⁷.

h. CONTRATO PRINCIPAL, EXCEPCIONALMENTE ACCESORIO

1569. Por su misma naturaleza el concepto que nos ocupa de contrato estatal es por principio, de acuerdo con las características anotadas, un contrato principal, esto es, que tiene existencia y efectos jurídicos por sí mismo. De manera excepcional, para casos específicos que se requieran para el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato principal, el contrato estatal puede ostentar la característica de accesorio, esto es, de instrumento adecuado y necesario para efectuar cualquier

operación que requiera una obligación de carácter principal, esto de conformidad con las previsiones del artículo 1499^[1298] del Código Civil.

i. SUJECCIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1570. Se expresa en el concepto expuesto que el mismo se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, en Colombia se consolidó la igualdad como principio y la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes¹²⁹⁹.

1571. Recordemos que bajo el anterior régimen contractual, esto es, el influenciado por los trabajos franceses en la materia, hacían del contrato propiamente administrativo el ámbito de aplicación de la llamada exorbitancia pública, que se traducían en cláusulas no pactadas sino imperativamente impuestas en los contratos, y que facilitaban el ejercicio del poder público unilateral sobre el contrato y el contratista, esto como presupuesto fundamental y justificativo de la pregonada sustantividad del contrato administrativo, marcando con ello fronteras y diferencias entre el contrato público y el propio de los particulares, y justificando por lo tanto un régimen diferente de derecho público para el mismo.

1572. En ese sentido, bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal en la medida que se entienden pertenecerle por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La ley de contratos estatales recoge para los mismos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el artículo 1501^[1300] del Código Civil. El legislador engloba esas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual¹³⁰¹.

1573. Conforme a lo dispuesto en el artículo 14^[1302] de la Ley 80 de 1993, al celebrar un contrato las entidades estatales se sujetan a un específico principio de legalidad en esa materia. El esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser en verdad excepcionales y, por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales¹³⁰³. El marco jurídico de ese régimen permite diferenciar entre aquellos contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas de excepción, aquellos en los que es facultativo establecerlas, y aquellos otros donde sencillamente no procede ningún tipo de poderes excepcionales de las entidades estatales frente al contratista¹³⁰⁴.

1574. Del primer grupo hacen parte los contratos señalados en el inciso 1.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993, según el cual:

[Se] Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incluirá la cláusula de reversión.

1575. En esos contratos existirán, siempre y necesariamente, cláusulas excepcionales, con independencia del nombre que se le dé al correspondiente contrato; si tiene por objeto los indicados en

esa norma o se refiere a los tipos de contrato también expresamente indicados, no puede hacerse caso omiso del régimen de excepción.

1576. El segundo grupo se caracteriza porque el régimen de excepción es discrecional. Señala el inciso 2.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 que las entidades estatales podrán pactar las cláusulas de excepción en los contratos de suministro y de prestación de servicios; luego, si no se pactan de manera expresa, esos contratos no podrán quedar sujetos a dicho marco jurídico de excepción. En esos casos el legislador le otorga confianza a las entidades estatales para que, teniendo en cuenta ante todo al contratista, le permitan celebrar el contrato en un plano de igualdad con la entidad estatal.

1577. El tercer grupo lo constituyen todos los contratos que no queden incorporados en los dos anteriores y, adicionalmente, los que de forma expresa señala el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993:

En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

1578. Por último, a manera de exclusión se ha reconocido a nivel jurisprudencial la existencia de un cuarto grupo, constituido por todos aquellos contratos a los que la norma no hizo alusión de forma expresa, así como tampoco incluyó en los tres grupos referidos. Contratos frente a los cuales se entiende que se prohíbe de forma absoluta el pacto de cláusulas exorbitantes¹³⁰⁵.

1579. Respecto de los contratos en los que son obligatorias las cláusulas de excepción el legislador ha establecido un sistema de protección a los intereses generales que consiste en que, de llegar a faltar la correspondiente estipulación normativa en el contrato, la cláusula excepcional, por mandato legal, se entiende incorporada¹³⁰⁶. De esa manera nunca un contrato de los que señala el artículo 14.2 del estatuto de la contratación pública quedará sin régimen de excepción. Cosa contraria ocurre frente a los contratos de suministro y prestación de servicios, donde para la procedencia de la cláusula excepcional, esta debe estar contemplada en forma expresa en el texto del contrato; de lo contrario, lo único que se presume es la igualdad entre la entidad estatal contratante y el contratista.

1580. En tratándose del tercer grupo, por simple respeto al principio de legalidad, consideramos improcedente incorporar cualquier cláusula excepcional o pensar siquiera en una aplicación de las mismas. En esos casos, la celebración y ejecución de los contratos se sujeta plenamente al derecho privado; no así la escogencia de los contratistas pues, de acuerdo con las reglas expuestas, procedería licitación pública o contratación directa, debiendo, por lo tanto, estar dominada en esa etapa contractual por los principios de planeación, transparencia y, en especial, selección objetiva¹³⁰⁷.

j. SUJECCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE INTERÉS PÚBLICO O GENERAL

1581. El principio del interés general constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado, incluso se puede considerar el electo motor sustancial de la totalidad de principios públicos del Estado. Configura elemento y a su vez requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado¹³⁰⁸. No puede entenderse, ni admitirse como válido, un procedimiento contractual, un

contrato, o cualquier operación relacionada con este, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esa perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal¹³⁰⁹.

1582. En ese sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado social de derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de allí su carácter teleológico y finalístico¹³¹⁰. En esa dirección, reconocemos para las relaciones negociales del Estado un concepto estricto de interés general, el cual, en palabras de Luciano Parejo, "... se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos; es decir, a las organizaciones estatales (o las designadas por estas) en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes (en su caso, no asignados) a la esfera propia de los sujetos privados". Lo anterior, sin negar su significado amplio en cuanto rector de la totalidad de las actividades de las funciones públicas y no solo de las administrativas¹³¹¹.

1583. La Constitución Política colombiana recoge de manera amplia el anterior postulado fundamental de la actividad pública nacional, no solo a partir de su preámbulo, sino también, de manera expresa, en el artículo 1.º, al destacar su carácter prevalente dentro de los principios rectores del Estado; en el artículo 2.º, al darle contenido de fin esencial o de propósito supremo del Estado, en el sentido de que a partir de su materialización se debe servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; en el artículo 58, al otorgarle primacía sobre los intereses particulares; en el artículo 123 inciso 2.º, al determinar y aclararle definitivamente a la totalidad de los servidores públicos de todos los niveles que se encuentran a su servicio, con el fin inobjetable de que su acción se proyecte sobre la comunidad, y por último, en el artículo 209, al elevarlo a principio rector, específicamente de la función administrativa y, reiterar que en su aplicación práctica implica y significa, nada menos, que esta función en su totalidad, sin ninguna excepción, está destinada constitucionalmente al servicio de los intereses generales¹³¹².

1584. Los postulados mencionados fueron retomados por el legislador en la Ley de Contratación Pública (art. 3.º Ley 80 de 1993), al definir los fines de la contratación estatal, destacando que los contratos que celebre el Estado no pueden tener propósitos diferentes que el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la atención y satisfacción de las necesidades colectivas. Así mismo, ese ordenamiento reitera a los particulares que se relacionen contractualmente con la administración que el contrato estatal no es tan solo una fuente de utilidades, sino una forma para lograr y consolidar los fines del Estado, a través de la función social a la que queda comprometido el contratista en el Estado colombiano¹³¹³.

1585. Al ocuparse de manera general del tema, la Corte Constitucional hace énfasis en que la consagración del principio y su correspondiente acatamiento estricto por las autoridades y los asociados implica conflicto u oposición entre los intereses de la comunidad y de los particulares.

1586. Y es justo a partir de esa circunstancia que adquiere importancia institucional el interés general para el contrato, en la medida en que conlleva en sí mismo reproche, no aceptación de cualquier posibilidad de que los intereses individuales o particulares de un servidor público, del contratista o de cualquier persona puedan determinar la escogencia del contratista, la celebración del contrato, la ejecución del mismo o su correspondiente liquidación. Cualquier ruptura del interés general en el contrato en favor del interés particular implica el surgimiento de vicios en su legalidad¹³¹⁴.

1587. Lo anterior resulta de la mayor importancia cuando se pretende articular los principios propios del derecho administrativo con los que surgen a propósito de la aplicación del derecho privado a los contratos del Estado, como sucede en el caso específico de la autonomía de la voluntad, de la libertad económica, del *pacta sunt servanda* o de la igualdad. En esos eventos la amplitud que dichos principios puedan tener en la esfera del derecho privado se ve aminorada en la medida en que deben adaptarse, en virtud del interés general, a los propósitos y finalidades propios de la comunidad, del conglomerado, los cuales sin duda en muchos casos son diferentes a los de las personas individualmente consideradas¹³¹⁵.

k. SUJECIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

1588. Los elementos enunciados en el concepto operativo de contrato estatal que nos ocupan no resultan lógicos ni entendibles, ni mucho menos acertados, dentro del esquema de la configuración objetiva de la conmutatividad y todo lo que ella implica, al igual que en la construcción, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, si no corresponden a un negocio debidamente estructurado, pensado y diseñado conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público, esto es, si no se ajusta al desarrollo y aplicación adecuada y cabal del denominado principio de la planeación o de la planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado; en otras palabras, se busca por el ordenamiento jurídico que el contrato Estatal no sea producto de la improvisación o de la mediocridad.

1589. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales¹³¹⁶. Se trata, además, de un deber imperativo, una norma de orden público, y sus exigencias constituyen un marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual¹³¹⁷⁻¹³¹⁸.

1590. Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25; del numeral 3 del artículo 26; de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993, y del artículo 2.º del Decreto 01 de 1984, según los cuales, para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales¹³¹⁹.

1591. Ahora bien, su vulneración y desconocimiento puede conducir a la nulidad absoluta del contrato, en aquellos eventos en que las falencias son aquellas que desde el momento de la celebración del contrato ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución dependerá de situaciones indefinidas o inciertas¹³²⁰, pues bien sea dicho, no todo desconocimiento del principio de planeación conlleva la nulidad del contrato estatal.

1592. En esa perspectiva, la planeación y, en tal sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización,

organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

1593. Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación, deducimos en derecho colombiano que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal ciertos parámetros que deben observar para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En ese sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que las autoridades deben observar previamente para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que se deben materializar con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas¹³²¹.

1594. La planeación configura un escenario ante todo discrecional de la administración que debe reconducirse de manera objetiva a través de los estudios previos, que no son otra cosa que el resultado de la proporcionalidad y la ponderación llevada al ámbito de la contratación pública.

I. SUJECCIÓN AL PRINCIPIO DE PREVISIBILIDAD O DE CONTINGENCIAS PLENAS. LA ESTRUCTURACIÓN PREVISIVA DEL CONTRATO ESTATAL Y LA ASUNCIÓN PLANEADA Y PROPORCIONAL DE RIESGOS

1595. En consonancia con la caracterización expuesta a propósito del concepto operativo de contrato estatal que nos ocupa, encontramos vital para su cabal entendimiento, en la dirección señalada, de ser la estructuración del negocio un ámbito de conjugación permanente de la más variada actuación administrativa, tendiente a determinar el contenido del contrato, esto es, un ámbito de acción discrecional sometida a criterios restrictivos de la arbitrariedad, en cuanto escenario adecuado para la materialización de principios como los de planeación, ponderación y proporcionalidad, a partir de los cuales se definen, en aras de los intereses públicos, su carácter recíproco y, sobre todo, la certeza objetiva de la conmutatividad de la relación; resulta consecuente, entonces, entender que todo ese proceso se materializa y se cumple en cuanto la estructuración de todo negocio conmutativo del Estado se orienta y determina por el principio de la previsibilidad.

1596. El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato¹³²², de manera que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad y, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato puedan degenerar en situaciones causantes de desequilibrio económico.

1597. Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración previsiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico y, por lo tanto, la conmutatividad, reduciendo la imprevisibilidad¹³²³ a contextos simplemente excepcionales.

1598. La previsión se transmuta en una norma vinculante para las administraciones públicas responsables de la contratación estatal, convirtiéndose en un claro deber funcional en la materia dirigido a la protección de los intereses generales y públicos, obligando a los estructuradores de los contratos a incorporar en ellos la totalidad de las medidas administrativas y financieras necesarias para

que los riesgos previsibles no se materialicen, o de ocurrir, se mitiguen adecuadamente. Se trata de un deber sustancial y no meramente formal¹³²⁴.

1599. En el derecho colombiano el principio se ha entendido adaptable a la contratación estatal a partir de la aplicación por remisión de las disposiciones del artículo 1498 del Código Civil, en cuanto toda relación conmutativa implica acuerdos en torno a lo que las partes entienden por equilibrio, los cuales necesariamente pueden hacer referencia a contingencias derivadas del negocio planteado, y del artículo 1616, que admite la posibilidad de que los riesgos relativos de fuerza mayor o caso fortuito, puedan ser repartidos entre las partes negociantes.

1600. Ahora bien, dentro de un marco estricto de derecho público, el asunto de los riesgos y contingencias surge bajo la óptica de su problemática e impacto fiscal con la Ley 448 de 1998 y los artículos 15 y 16 del Decreto Reglamentario 423 de 2001, en donde de manera expresa se sostiene la necesidad de enfrentar mediante el principio de la previsibilidad, las contingencias contractuales del Estado, haciendo un reparto lógico y proporcional de las mismas en aras de obtener un equilibrio óptimo en la relación contractual, principio que conforme a los parámetros legales es retomado en los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001, como parte de la definición de la política estatal en materia de riesgos en contratos de infraestructura, pero que en líneas generales constituyen los principales instrumentos orientadores de la aplicación de la previsibilidad a los contratos estatales en el derecho nacional.

1601. Dentro del marco estricto de las normas propiamente referidas al contrato estatal, el principio fluye de manera significativa de los artículos 4.º numerales 3 y 8; 25 numerales 6, 7 y 12; 26 numeral 3; 28 de la Ley 80 de 1993, en donde se prevé la necesidad de un orden previo de los asuntos relativos al contrato en virtud de una profunda planeación de los negocios jurídicos.

1602. El punto culminante de esta secuencia de orden positivo se da con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, artículo 4.º^[1325], en donde de manera imperativa se obliga a todos los responsables de la contratación pública estatal y para todos los contratos públicos, a analizar la contingencias a las que los mismos puedan estar sujetos, tipificarlas y distribuirlas a quien mejor las pueda soportar. Norma que hace que a partir de su entrada en vigencia todos los contratos del Estado se incorporen bajo el concepto de previsibilidad, o de contingencias plenas como los denomina la doctrina.

1603. No obstante, debemos entender en la generalidad de la norma todos aquellos por esencia sinalagmáticos y conmutativos, no así los de efectos estrictamente unilaterales que, como advertimos, constituyen una clara excepción al concepto propuesto de contrato estatal.

1604. En consecuencia, el riesgo se coloca en el centro de la actividad previsoras como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas, haciendo previsible, luego materia de la relación negocial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad¹³²⁶.

1605. Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad, y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta

calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias, e identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto.

1606. Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración, en aras de la proporcionalidad, debe efectuar, entre otras cosas: la evaluación de qué parte del contrato tiene la mejor capacidad para soportarlo, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, el manejo de la información, la disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quién podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente.

1607. En torno a su procedencia efectiva frente a los contratos de la administración, el Consejo de Estado le ha otorgado al riesgo un carácter eminentemente vinculante a las partes que lo hubieren recibido y aceptado en los términos pactados. Al respecto ha señalado lo siguiente:

[1608]. [...] En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió. Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar. La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume “un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública”. pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso. La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado. Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al álea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio. Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el álea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió...

1327.

m. SUJECIÓN AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE OBJETIVA

1609. El principio de la buena fe que rige tanto para las actuaciones de las autoridades como de los particulares es de origen constitucional¹³²⁸ y su consagración corresponde a un desarrollo preciso de garantías de los derechos tendientes a consolidar la confianza, la seguridad jurídica, la credibilidad, la certidumbre, la lealtad, la corrección y la presunción de legalidad como reglas básicas de convivencia dentro de la comunidad política, en el entendido de que la desconfianza y la deslealtad no pueden constituirse en las reglas generales y ordinarias del comportamiento público frente a los ciudadanos y demás asociados en cualquier actuación administrativa, o de los particulares para con las autoridades¹³²⁹.

1610. El principio constitucional de la buena fe es de doble vía, en cuanto de la simple lectura del artículo 83 de la Carta se entiende que el mismo se predica de las actuaciones, tanto de los particulares como de las autoridades públicas, en todos los casos ceñidas a consideraciones de mutuo respeto y confianza¹³³⁰. Cuando la administración pública ha creado expectativas para los asociados debe

respetarlas, en cuanto constituye elemento de estabilidad y seguridad dentro del Estado social de derecho.

1611. El principio plantea como elementos básicos la confianza, la credibilidad, la aceptación y, sobre todo, la seguridad. En esa perspectiva, conlleva inevitablemente el elemento psicológico de la credibilidad y, por lo tanto, de la estabilidad emocional de los asociados, que desde la perspectiva estrictamente jurídica se reconduce en el concepto de confianza legítima, o sea, en la acción ciudadana bajo la absoluta creencia de estar acorde con el orden jurídico¹³³¹.

1612. Sin embargo, esa visión de la buena fe que bien puede calificarse como de subjetiva, no configura un principio absoluto que permita con su empleo resolver los conflictos derivados de la aplicación o del cumplimiento del ordenamiento jurídico cuando media la satisfacción de un orden imperativo de cosas, la seguridad jurídica y los intereses generales, como es precisamente el caso de la contratación pública y del contrato estatal, en donde en aras de una debida adecuación a los presupuestos del artículo 83 constitucional, la buena fe, y por lo tanto la confianza legítima, solo pueden ser entendidas bajo consideraciones materiales y objetivas, esto es, signadas por el concepto de lo que la doctrina viene entendiendo como buena fe objetiva.

1613. El fundamento de esa visión objetiva del fenómeno deviene del entendimiento de que las normas de orden público e imperativas son inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios. En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia. La buena fe que debe guiar y campear en todo el *iter* contractual, es decir, antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva.

1614. En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, esto es, la buena fe objetiva.

1615. Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados¹³³².

1616. Así que entonces, la buena fe objetiva

... que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte¹³³³, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es la fundamental y relevante en materia negocial y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual.

Cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

1617. Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta, además, que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar en el artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural¹³³⁴”.

1618. Por consiguiente, la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión, y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho “constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario”¹³³⁵.

2. CONCEPTO MATERIAL PERO EXCEPCIONAL DE CONTRATO ESTATAL VINCULADO A LA IDEA DE UNILATERALIDAD DE EFECTOS. AUSENCIA DE RECIPROCIDAD. CONSECUENCIAS

1619. En aras de la claridad jurídica, y de manera excepcional, se debe admitir, dada la cláusula abierta del artículo 32, inciso 1.º de la Ley 80 de 1993, que la administración puede celebrar cualquier tipo de contrato, incluso los que a la luz del artículo 1496 del Código Civil se catalogan como de efectos unilaterales, hipótesis que nos puede llevar a reconocer la presencia de contratos, por ejemplo, los de comodato o depósito, como estatales, esto es, que la reciprocidad propia de los negocios sinalagmáticos puede no ser absoluta en los contratos estatales y, por lo tanto, frente a esa situación el concepto de contrato a proponerse debe matizarse de tal manera que retome esa hipótesis perfectamente válida para la contratación pública colombiana.

III. REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO ESTATAL

1620. Para que el contrato estatal exista válidamente, esto es, se pueda afirmar con certeza que se encuentra sujeto a las previsiones del legislador, deben concurrir una serie de requisitos que, como lo observábamos, tienen como punto de partida el ordenamiento civil y comercial en concordancia con las normas de orden público que establece la Ley 80 de 1993, en especial, las estipulaciones contenidas en los artículos 1502 y siguientes del C.C., que, por vía de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, corresponde interpretarlos conforme a los principios y exigencias especiales establecidas en el Estatuto General de la Contratación Administrativa.

1621. Lo anterior implica que, a la par del contenido de las normas del derecho privado, el intérprete, y ante todo el operador jurídico, deben observar las demás exigencias que las normas contractuales del Estado establecen para sus contratos, donde, como lo advertimos en el capítulo anterior, predomina el interés general frente a la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, nos encontramos ante un verdadero sistema jurídico, configurador del deber ser del contrato del Estado, cuya inobservancia, falla o mal funcionamiento ocasionaría la estructuración de vicios que pueden afectar la legalidad del contrato, esto es, generar su ineficacia por la vía de la nulidad absoluta o relativa, a diferencia de lo indicado en el aparte anterior, donde la ineficacia que se genera por la ausencia de requisitos esenciales o de solemnidades es la de la simple inexistencia¹³³⁶.

1622. Al articular los contenidos normativos del derecho privado nacional con los perentorios mandatos del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública encontramos que los requisitos de validez del contrato estatal pueden determinarse por dos vías: a través del reconocimiento de unos requerimientos previos a la relación contractual, de existencia anterior necesaria e indispensable, en cuanto constituyen presupuestos fundamentales para trabar cualquier relación jurídica bilateral, o admitiendo la presencia de unos elementos básicos del contenido mismo de la relación contractual que dan forma y sentido al negocio.

1623. Así mismo, dicotómicamente la doctrina identifica dos grandes grupos de requisitos como elementos previos o anteriores a la relación contractual: el referido a los sujetos o partes contractuales, y el relacionado con los procedimientos o exigencias legislativas para la formación del consentimiento en los contratos, que en materia de contratación estatal equivaldría a los procedimientos de selección de contratistas.

1624. En cuanto al primero, esto es, el que se refiere a los sujetos o partes contractuales, encontramos a la vez dos importantes subgrupos: el primero relacionado con todas las exigencias referentes a la entidad estatal contratante –dentro del cual corresponde analizar la competencia o capacidad de la misma, la representación y la manifestación de voluntad tendiente a la conformación del consentimiento–; y el segundo comprometido en el estudio del contratista como parte obligada para con la entidad estatal, dentro del cual se deben evaluar los tipos de sujetos que se pueden relacionar con la administración: si son de derecho público, internacional, o privado, y dentro de este, a la vez, si se trata de personas naturales, jurídicas, consorcios, uniones temporales o promesa de persona jurídica, como ocurre en el caso del contrato de concesión. Respecto del contratista también se deben analizar las exigencias legislativas en torno a su capacidad y representación, lo que sin duda conlleva el estudio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para la celebración de contratos.

1625. El segundo de los grupos de requisitos comprende el estudio del objeto, la causa o motivo, al igual que la finalidad del negocio jurídico del Estado; en últimas, significa aproximarse al contenido mismo del contrato y, dentro de él, analizar sus elementos.

A. EL ACUERDO DE LAS PARTES. CONSENTIMIENTO

1626. Para la validez y consecuente ejecución del contrato estatal intervienen ordinariamente dos partes con intereses antagónicos¹³³⁷: la o las entidades estatales (si la parte es plural¹³³⁸) y el particular que cumpla funciones administrativas contractuales o las entidades asimiladas, cuando cualquiera de ellas actúe como contratante o parte contratante, conforme a lo dispuesto en los literales a y b del artículo 2.1 de la Ley 80 de 1993. Debemos recordar que, conforme al estatuto contractual público, para que exista contrato estatal por lo menos una de las partes de la relación jurídica debe tener el carácter de entidad estatal, pues de lo contrario estaríamos frente a un contrato de naturaleza diferente o sencillamente no habría contrato estatal.

1627. Por otra parte, en el negocio jurídico del Estado debe intervenir la persona o personas (si la parte es plural), sea de derecho público, internacional o privado, en las modalidades de persona natural, jurídica, consorcio¹³³⁹, unión temporal¹³⁴⁰ o promesa de persona jurídica, específicamente en los eventos de la concesión, al igual que los órganos públicos o administrativos (para el caso de los convenios o contratos interadministrativos), y las entidades asimiladas (pár. art. 2.º Ley 80 de 1993, cooperativas y asociaciones de entidades territoriales), cuando cualquiera de ellas actúe como

contratista o parte contratista, conforme a lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

1628. El consentimiento se forma a partir de la manifestación de voluntad de los contratantes. En ese sentido se puede sostener que el contrato del Estado, al igual que cualquier otro, es el producto de un acuerdo de voluntades. El consentimiento constituye requisito fundamental para la existencia del contrato, y un acuerdo sin consentimiento es una contradicción; de allí que se sostenga que el consentimiento constituye, más que un requisito de validez del contrato, un presupuesto lógico para su existencia.

1629. El consentimiento no es otra cosa, pues, que dos voluntades que se identifican en un propósito común: el de contraer obligaciones recíprocas para el cumplimiento de un objeto. Según lo regulado en el artículo 40 del Estatuto General de la Contratación Pública, el contrato del Estado determina su contenido a partir, precisamente, del consentimiento como ejercicio de autonomía de voluntad con sujeción a los parámetros del bien común y el interés general.

1630. A diferencia de los simples contratos de derecho privado, donde el procedimiento de articulación de las voluntades que integran el consentimiento no se encuentra, por regla general, sujeto a ritualidades o formalidades estrictas, en el contrato estatal se llega al consentimiento tras agotar el más estricto sendero de legalidad fundamental para que las voluntades del Estado y del futuro contratista se logren identificar y acoplar sobre la base de la escogencia objetiva.

1631. Mientras en el contrato estatal el principio de la transparencia caracteriza a la licitación pública y a los demás procedimientos de escogencia, en el derecho privado, como lo indica Salamanca, el consentimiento se forma de manera mucho más libre y con un alto grado de discrecionalidad de las partes interesadas en el negocio: “Cuando esas dos voluntades, después de discutir, hallan la forma adecuada del contrato, se llega a la identificación de ellas para formar la voluntad contractual...”¹³⁴¹. *Contrario sensu*, el aspirante a contratista del Estado debe sujetarse a todas las condiciones impuestas por este en los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta y agotar los procedimientos de estricto derecho público para llegar a una adjudicación o momento de la coincidencia de voluntades, que se perfecciona con posterioridad en el texto escrito del correspondiente contrato¹³⁴².

1632. En el contrato del Estado, al igual que en los de derecho privado, la voluntad debe estar exenta de vicios perturbadores de su validez. En ese sentido se aplican en forma plena las elaboraciones del derecho privado sobre la teoría del error, la violencia o el dolo como configuradores de nulidad del contrato, en algunos casos simplemente relativa. No obstante lo anterior, para el contrato del Estado es significativa la evaluación de los vicios del consentimiento, sobre todo cuando se trata del análisis penal de la conducta, que en casos como los de error o violencia podrían exonerar de responsabilidad; pero que en tratándose del dolo, entendido como conducta antijurídica consciente y querida, podría constituir, eventualmente, la base para la configuración del delito que nos ocupa cuando el deseo del servidor público es desconocer el ordenamiento jurídico del contrato para sus propósitos personales.

B. EL OBJETO (DIFERENCIA CON EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN)

1633. Como lo señala Cediél Ángel, no podemos confundir el objeto de los contratos con el de las obligaciones: “Un contrato tiene por objeto la creación de una o más obligaciones, ese es su fin; el objeto de las obligaciones es la cosa o hecho que debe darse o ejecutarse...”¹³⁴³. Como lo ha destacado la jurisprudencia del Consejo de Estado,

... jamás debe confundirse el objeto del contrato con el objeto de la obligación puesto que el primero, el del contrato, es el derecho o interés que es materia de la regulación mediante el respectivo negocio jurídico, al paso que el segundo, el de la obligación, es la prestación que no es otra cosa que la conducta comisiva u omisiva que el deudor debe desplegar en favor del acreedor...¹³⁴⁴.

1634. Por lo tanto, el objeto de las obligaciones en el contrato estatal consiste en todo aquello sobre lo cual recae el consentimiento expresado por las partes. Podría decirse que el objeto no es otra cosa que la materia propia del consentimiento, su punto neurálgico y determinante. De ahí que el consentimiento se ha definido como el acuerdo de dos o más voluntades en torno de un objeto jurídico. Desde esa perspectiva, el objeto es parte del contenido obligacional del contrato estatal a que se refiere el artículo 40 de la Ley 80 de 1993; por lo tanto, relacionado con el cumplimiento de los fines estatales¹³⁴⁵.

1635. Según el artículo 1517 del C.C., toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El artículo 1518 complementa estas ideas al establecer que no solo las cosas que existen pueden ser objeto del consentimiento, sino también las que se espera que existan, si bien es necesario que todas ellas sean comerciales y estén determinadas por lo menos en su género. Si se trata de cantidades, deben existir reglas que permitan su determinación. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Son reprochables los objetos fácticos contrarios a la naturaleza. Se consideran moralmente imposibles los prohibidos por las leyes, contrarios a las buenas costumbres y al orden público. Todas estas exigencias constituyen requisito esencial para el contrato del Estado¹³⁴⁶.

1636. Lo anterior significa que en el contrato el objeto debe ser real, determinado y lícito, es decir, debe ser cierto, tener real y verídica existencia, y ser concreto con el fin de viabilizar su ejecución; por lo tanto, ha de ser posible y determinado para efectos de una adecuación perfecta a los intereses de las partes, evitando de esa manera incertidumbres, y ser acorde con el ordenamiento para evitar que el Estado termine por ejecutar objetos prohibidos o antagónicos con el interés general, por ejemplo, introduciendo en el tráfico jurídico bienes que no sean comerciables o enajenables, o sencillamente pactando sobre aquello que esté prohibido por la ley.

1637. Para efectos de la determinación de los requisitos legales esenciales resulta fundamental la identificación plena del objeto como lícito. En el artículo 1502 el Código Civil resalta esta característica como imperativa dentro del negocio jurídico; de ahí que no exista discusión sobre la nulidad absoluta de contratos donde el objeto sea ilícito o inmoral, circunstancia que debe evaluarse desde el punto de vista penal para la estructuración de una violación a un requisito legal esencial. En cuanto al desconocimiento de las otras características legales del objeto, corresponde evaluarlas en cada caso para determinar si en realidad nos encontramos ante vicios sustanciales del negocio o, por el contrario, simplemente configuradores de nulidad relativa, como por ejemplo cuando existan dificultades para determinar el objeto o su utilidad. En otros casos, como en los eventos de imposibilidad o inexistencia del mismo, como es obvio, nos encontramos ante exigencia fundamental del legislador.

C. LA CAUSA

1638. De conformidad con lo expresado en el artículo 1524 del C.C., “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato...”. Esto es, su razón de ser. Sin pretender entrar en profundas discusiones doctrinales acerca de la naturaleza de la causa invocada como elemento del contrato, es decir, si nos encontramos frente a una causa eficiente, material, formal o finalística, debemos reconocer

que se trata de un criterio eminentemente objetivo que lleva a identificar las razones de la existencia de obligaciones entre las partes. Para Escobar Sanín, de la lectura del artículo 1524 del C.C. se deduce que el concepto de causa está dado por la idea inicial que impulsó a negociar, que creó la intención de hacerlo¹³⁴⁷.

1639. Lo fundamental para efectos de nuestro estudio, conforme al artículo 1502 del C.C., es que la causa sea lícita, es decir, acorde al ordenamiento jurídico y a los propósitos que este persigue; de ahí que el inciso 2.º del artículo 1524 identifique como causa ilícita “La prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres y al orden público...”. Desde el punto de vista práctico, a diferencia de lo que sucede con el objeto, el problema de la causa es que no se encuentra explícita en el texto de los contratos. En el caso de los contratos de derecho privado su presencia en el contrato surge de la misma necesidad contractual. Para los contratos del Estado corresponde deducirla de todo el proceso de planeación del contrato, en particular de los estudios de conveniencia y oportunidad, donde se identifica concretamente la necesidad de las entidades estatales de celebrar determinados contratos¹³⁴⁸.

1640. Al analizar el problema de la causa en los negocios del Estado la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

Es ilícita la causa de una obligación en virtud de la cual una de las partes se compromete, mediante recompensa, a contribuir con su influencia para que continúe un contrato, contrato que, según la mente de los particulares contratantes, podría reemplazarse con otro más ventajoso para el erario público, pues aunque la ley no obliga a los ciudadanos a promover lo que interesa al bien social, sí es contrario al orden público y a las buenas costumbres el hecho de que los particulares pacten, con miras de provecho, el ejercicio de influencias que puedan hacer nugatorias las leyes fiscales cuando estas prescriben que ciertos servicios públicos se obtengan a virtud de licitación, para efectos de conseguir mayores ventajas en los contratos...¹³⁴⁹.

1641. Para efectos de nuestro estudio constituye requisito legal esencial, no la existencia de causa, sino la licitud de la misma; de ahí que para efectos penales lo verdaderamente significativo y trascendente sea la determinación de la causa por fuera de los marcos jurídicos.

D. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL ESQUEMA NEGOCIAL UTILIZADO

1642. En todo contrato, y en general en todo negocio jurídico, se distinguen “las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales” y son de la esencia aquellas “sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente”¹³⁵⁰.

1643. Esta previsión normativa, que no es otra cosa que la reproducción de la elaboración que hicieron los glosadores y los comentaristas a partir de la Metafísica de Aristóteles y que luego fue reproducida por Pothier¹³⁵¹, nos indica y permite aseverar que la configuración de un negocio jurídico depende de que se reúnan, entre otras exigencias, aquellos elementos estructurales que se consideran de su esencia. Ahora, si la presencia de esos elementos esenciales es la que le da el ser al respectivo negocio, obvio es concluir que su identificación como esquema negocial depende, más que del *nomen iuris*, de su hallazgo y constatación¹³⁵².

1644. En consecuencia, la prueba de que un determinado negocio jurídico se ha celebrado depende también de que se acredite con el pertinente medio probatorio que la expresión del designio negocial ha recaído sobre los correspondientes elementos esenciales¹³⁵³.

1645. Con otras palabras, la celebración de un negocio jurídico no aparecerá demostrada si solo se acredita que hubo un designio negocial respecto de una figura que únicamente se identifica por su

nombre, o por este y una parte de sus elementos esenciales, pero no se acredita que ese designio recayó sobre todos los elementos que lo estructuran e identifican aunque su *nomen iuris* no se mencione¹³⁵⁴.

E. LAS SOLEMNIDADES CONSTITUTIVAS O EXIGIDAS PARA LA EXISTENCIA DEL NEGOCIO

1646. La omisión de solemnidades constitutivas conduce a la inexistencia del acto, es decir, la omisión de los requisitos que se acaban de explicar y que se exigen para la formación del negocio. Así, si se omiten requisitos o formalidades indispensables para darle valor a un acto o contrato nos encontramos, sin duda alguna, ante requisitos esenciales que están siendo omitidos.

1647. Pues bien,

... un proyecto de negocio jurídico deviene en inexistente cuando hay ausencia de la expresión del querer negocial, cuando carece de objeto, cuando no tiene causa, cuando falta alguno de los elementos que lo configuran y lo determinan, cuando se omite la solemnidad que lo perfecciona y cuando siendo real no se entrega la cosa que ha de ser materia del negocio¹³⁵⁵.

1648. De allí que en el artículo 1501 el Código Civil dispone que la ausencia de dichos elementos determina que el negocio jurídico que se pretende celebrar no existe o degenera en otro¹³⁵⁶, en virtud del principio de preservación del contrato.

IV. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO ESTATAL

1649. Para que el contrato estatal se entienda válido, esto es, se pueda afirmar con certeza que está sujeto a las previsiones del legislador, deben concurrir una serie de requisitos que, como lo observábamos, tienen como punto de partida el ordenamiento civil y comercial en concordancia con las normas de orden público que establece la Ley 80 de 1993; en especial las estipulaciones contenidas en los artículos 1502 y siguientes del C.C., y que, por vía de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con esa relación normativa, son requisitos de validez del contrato del Estado el consentimiento exento de vicios, la capacidad de las partes, el objeto lícito, la causa lícita y el cumplimiento de las solemnidades exigidas para la validez.

A. CONSENTIMIENTO EXENTO DE VICIOS

1650. La reflexión acerca de los requisitos esenciales del contrato nos conduce, por vía del artículo 1502 C.C., a sostener que es exigencia de esa naturaleza la de que el consentimiento involucrado en el contrato no adolezca de vicio. Los vicios del consentimiento, según el artículo 1508, serían el error, la fuerza y el dolo. Sin embargo, si el intérprete del derecho pretende tomar como punto de referencia esos vicios para sustentar la violación o el desconocimiento a un requisito legal esencial, debe tener en cuenta que algunos de ellos generan nulidad relativa del negocio. Según el artículo 1509, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. De acuerdo con el inciso 2.º del artículo 1511, cuando el error de hecho no recae en la sustancia o calidad esencial del objeto no lo vicia, salvo que esa calidad sea el objeto principal para contratar. Igual sucede en tratándose del error sobre las personas, en donde, según lo dispuesto en el artículo 1512, el error acerca de la persona con la que se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato, como acontece en los contratos estatales en donde, según lo dispuesto en el inciso 3.º artículo 41 de la Ley 80 de 1993, todos los contratos que celebre el Estado son *intuitu personae*¹³⁵⁷.

1. EL ERROR

1651. El concepto de error se refiere a la falta de conformidad entre el fuero o voluntad interna de cualquiera de los sujetos partes en la relación negocial y los elementos del mundo exterior que le sirvieron de fundamento para la formación de sus criterios; esta discrepancia se proyecta indubitablemente al conglomerado jurídico con su exteriorización¹³⁵⁸.

1652. En consecuencia observamos tres esfera perfectamente determinadas en el concepto de error: la primera se instituye en el interior de la psiquis de la parte y consiste primordialmente en la concepción que se forma el sujeto sobre una realidad del conglomerado socio-jurídico; la segunda corresponde a la cantidad de elementos del mundo exterior que condicionan la formación de la voluntad. Por último, la tercera corresponde al plano exterior: el mundo jurídico en donde se proyecta la inconformidad entre la realidad fáctica y las concepciones de la parte negocial.

1653. El error no se puede identificar con la ignorancia. Mientras el primero corresponde a una idea falseada de la realidad, conforme al estudio de algunos elementos que posee la parte correspondiente, la segunda corresponde a una categoría de falta o carencia absoluta de conocimiento sobre una determinada realidad. El error podemos clasificarlo en: de hecho y de derecho, cada uno de los cuales admite algunas otras posibilidades.

a. ERROR DE HECHO

1654. El error de hecho, es aquel que depende de la idea que se forma una de las partes acerca de las situaciones fácticas, los aconteceres, las circunstancias, las personas, las características, las cualidades y la identidad de las cosas, etc. Se requiere que el grado de error adquiera magnitud de consideración, lo que denomina la doctrina “condición de esenciabilidad”, pues no cualquier error puede viciar los contratos. Existe “condición de esenciabilidad”, cuando el error recae directamente sobre uno de los elementos del negocio –sujetos, objetos, motivos, etc.–, o sobre cualidades sustanciales requeridas en una determinada actuación. En este punto debemos recordar la consideración que efectuamos al inicio de nuestra exposición sobre el carácter general del error; se estructura en la formación de la voluntad, pero puede predicarse con propiedad de algunos otros elementos del acto administrativo. Acorde con lo anterior, la doctrina ha encontrado diversos casos de error de hecho en los actos administrativos que podemos sintetizar de la siguiente manera.

1655. *Error en la persona*, que se configura en negocios actos en que la persona sea circunstancia esencial del mismo; situaciones que la doctrina distingue como *intuitu personae*. Los autores del error, sostiene Josserand, “presentan el *intuitus personae*, como la clave del papel desempeñado por el error que recae sobre la persona [...] solo donde exista, el error cometido reviste el valor de un móvil viciado e implica, por tanto, la nulidad”¹³⁵⁹.

1656. *Error en la naturaleza del negocio*. Tradicionalmente la doctrina ha considerado este tipo de error como excluyente de la voluntad; es un error tan grave, sostiene Gaudemet, que la voluntad no existe¹³⁶⁰; constituye un claro ejemplo del denominado error-obstáculo u obstativo, en la medida que hace ostensible una divergencia –consciente o inconsciente– entre la voluntad y su declaración, haciendo de esta última un evidente absurdo. Considera Betti como posibles causas de una discrepancia de esa magnitud la distracción, el descuido o la ignorancia del funcionario público al que corresponda adelantar la actuación¹³⁶¹. Por último, como el calificativo doctrinal lo indica, este error, que más que

eso es un verdadero descuido, determina la presencia de un impedimento u obstáculo para el surgimiento verdadero del consentimiento.

1657. Jossierand va mucho más allá en sus apreciaciones, y considera que un error de estas características “entraña la inexistencia del acto” debido a que no solamente corrompe la voluntad, sino que la destruye: “el acto se reduce a las proporciones de un simple error, se convierte en nada”¹³⁶².

1658. *Error sobre el objeto del negocio*. Existe este tipo de anormalidad en la voluntad de la administración en aquellos casos en que se materializa el error respecto de la existencia o identidad del objeto. De esta manera, la voluntad exteriorizada pretende surtir sus efectos sobre un objeto que en su proceso de elaboración no identificó plenamente o creyó erradamente en su existencia, resultando al momento de la ejecución de lo ordenado que, por ejemplo, se está afectando a un servicio de carácter público, un bien de propiedad privada, u ordenando la reparación locativa de un inmueble público que no existe.

1659. *Error sobre los motivos del negocio*. En estos casos la administración se equivoca internamente respecto de los motivos que la inducen a producir su actuación, razón por la cual fundamenta el acto que ha de exteriorizar con motivos que no corresponden con la realidad fáctica-jurídica.

1660. *Error en la sustancia*. Corresponde a una modalidad de error nulidad o error vicio, que consiste primordialmente, como lo señala Pugliatti, “en una falsa representación que determina al sujeto a querer en un determinado modo; la voluntad existe y corresponde a la declaración [...] está viciada en su formación”¹³⁶³.

b. ERROR DE DERECHO

1661. No obstante las concepciones doctrinarias que pretenden encontrar en razón de sus efectos un solo tipo de error, esta es otra de las modalidades de la teoría del error aplicable a los contratos¹³⁶⁴. Por sus especiales características, consideramos que el error de derecho merece tratamiento particularizado. Se caracteriza porque determina una errónea formación del consentimiento en razón de que la información legal del sujeto interviniente se encontraba falseada en cuanto a su existencia o interpretación. Dentro de ese contexto el error de derecho puede traducirse en cuatro modalidades específicas: violación directa del orden positivo, falsa interpretación del orden positivo, errónea interpretación del orden positivo, y violación por aplicación indebida del orden positivo.

2. LA FUERZA

1662. La fuerza se refiere a la violencia, el temor, la intimidación, o como quiera llamársele, que ha mediado para la formación del consentimiento, viciando una o ambas voluntades de las partes intervinientes. Tanto las presiones para obtener un negocio estatal, como la fuerza o presión que busca finalidades particulares, son irregulares, viciados en su fuente original: el consentimiento. La figura de la violencia o intimidación evoca la idea de una presión ejercida sobre cualquiera de las partes, pretendiendo determinar su voluntad en uno u otro sentido; es decir, debe materializarse concretamente sobre la parte negocial.

1663. No obstante, la violencia no es más que el medio para obtener un fin. Se sostiene con razón que no es propiamente el acto de fuerza el que origina el vicio de la voluntad; todo lo contrario: es el temor engendrado en la parte el que vicia verdaderamente la voluntad; la idea de peligro o daño que se

infunde es la que induce al nacimiento de una voluntad no libre, en consecuencia, notablemente viciada de nulidad. Una voluntad forzada es en sí misma una contradicción, y el consentimiento así obtenido no es verdadero y material.

1664. La intimidación ejercida sobre el sujeto debe ser exterior a este. Puede emanar de quienes por motivos personales o en representación de terceros tengan interés en que el negocio se celebre en uno u otro sentido, o puede darse por cualquier individuo que por razones semejantes a las expuestas esté interesado en determinar la orientación del negocio.

1665. Los caracteres de la fuerza han sido regulados en el Código Civil; así, el artículo 1513 del estatuto privado establece con claridad que

... la fuerza no vicia el consentimiento [...] Sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género, todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de los ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

Agrega el Código: “el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”. Para explicar la disposición, ha dicho la Corte Suprema: “hay que considerar la fuerza en sí misma y en relación con la persona sobre la cual se ejerce. En orden al acto mismo de la fuerza, los expositores admiten que no es necesario que se realice el acto material de ella, sino que puede ser suficiente la amenaza, ésta”¹³⁶⁵.

1666. Agregó en posterior providencia la corporación: “Así, pues, la nulidad del Acto jurídico realizado en virtud de la violencia la estatuye nuestro derecho civil en razón del temor experimentado por la víctima”¹³⁶⁶. Este temor se torna eficaz para las aspiraciones del opresor, en la medida en que, como lo indica la Corte, sea portador del elemento *coacta volunta* que, según los romanos,

... consiste en la fuerza que se usa contra alguna persona para obligarla a hacer lo que no quiere por medios a los cuales no puede resistir. Es una presión sobre el ánimo, que influye de una manera tan determinante en quien padece la violencia, que su voluntad no queda libre sino sometida al agente de la fuerza¹³⁶⁷.

1667. Complementa este régimen jurídico de la fuerza el artículo 1514 del C.C. cuando establece: “Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento”.

1668. Conforme con lo expuesto podemos concluir que son tres los elementos o circunstancias características de la fuerza para su ocurrencia: *metus atrox*, *contra bona mores* y *metus praesens*.

1669. El *metus atrox* consiste en la necesaria intensidad o gravedad de que debe ser portadora la fuerza o violencia realizada sobre el funcionario público con el fin de infundirle el temor suficiente como para determinar su voluntad. No obstante, el grado de *metus atrox* no puede ser medido independientemente de las condiciones subjetivas del individuo sobre el que se realiza (art. 1513 del C.C.).

1670. Al referirse a ellas, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que este requisito “mira a la intensidad del acto violento y a la repercusión de este en el ánimo de la víctima. Corresponde, por tanto, al juez ponderar en cada caso esa intensidad de la fuerza y de sus efectos, atendiendo para ello a los criterios que señala el texto legal citado”, esto es, el sano juicio de la persona, sus condiciones físicas y de edad –la de sexo, en nuestro criterio, no es lo suficientemente determinante, es acaso la más

relativa de todas—: “el criterio subjetivo que atiende a la naturaleza de los hechos violentos para determinar si estos son aptos para producir una impresión fuerte”, un “justo temor” (*vani timoris non excusat*) para combinarlo con el criterio subjetivo que mira a la “edad, sexo y condición de la víctima”¹³⁶⁸.

1671. El *metus atrox* era exigente entre los romanos. Señala Floris Margadant que en aquella época la intimidación debía impresionar a un “hombre muy valiente...” para que pudiese tenerse como verdadera violencia. Se agregaba la condición de que “el intimidado, además de no comportarse cobardemente, tampoco se comporte estúpidamente, aceptando, bajo amenaza, un mal mayor de lo que hubiera resultado de la realización de la amenaza misma...”¹³⁶⁹.

1672. La *contra bona mores* señala que la fuerza, amenaza o intimidación que se intente sobre la parte del negocio debe ser injusta, ilegítima, contraria a derecho. Si la fuerza es de aquellas provenientes de otra autoridad en ejercicio de competencias plenamente determinadas, como por ejemplo, requiriendo a un funcionario el cumplimiento del derecho de petición, no será *contra bona mores*. En consecuencia, se requiere su contradicción con las normas y principios rectores de la actividad administrativa y de la convivencia humana.

1673. El *metus praesens* significa que la amenaza o intimidación debe ser cierta, verdadera y actual, aunque sus efectos se hagan sentir en un futuro. Como dice Ripert-Boulanger: “Lo que debe ser presente es el temor inspirado...”, que es el que hace producir un acto no deseado por la voluntad “... pero el mal temido es necesariamente futuro...” por la sencilla razón de que la amenaza se hace con el fin –carácter teleológico– de materializarse en el evento en que la parte no oriente su voluntad a la producción de un negocio en determinado sentido, es decir, si no accede, se le causa el daño, circunstancia que habrá de ocurrir hacia el futuro¹³⁷⁰. Además, la amenaza debe ser real, verdadera y no imaginaria.

3. EL DOLO

1674. El dolo puede viciar el consentimiento. Se materializa en “toda especie de artificio de que se vale una persona para engañar a otra”¹³⁷¹; corresponde a la fórmula romana del *dolus malus*, que consiste en “Toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta, con la que se engaña a otra persona”¹³⁷²; en expresión de Labeón implicaba: *Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circonveniendum, falledum, decipiendum alterum adhibitam...*

1675. Se caracteriza según la doctrina clásica por ser obra de la contraparte, circunstancia que no se da, según ella, en otros vicios del consentimiento (arts. 1515 y 1516 C.C.). Se diferencia del dolo penal, en que en este no es más que un proceso psíquico que liga al autor con sus actos; puede definirse como la estructuración de la voluntad tendiente tras su manifestación a la producción de efectos antijurídicos, causante de daños al sujeto pasivo¹³⁷³.

B. CAPACIDAD DE LAS PARTES

1676. Dispone el artículo 1502 inciso 2.º del CC que “... la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra...”. Los contratos se deben celebrar entre personas o seres con idoneidad para ser titulares de derechos o, en otras palabras, sujetos portadores de atribuciones jurídicas que son reconocidas por el ordenamiento y que los habilita para actuar en el tráfico jurídico. Las partes del contrato estatal deben tener plena capacidad jurídica o de

goce y patrimonial, esto es, posibilidad plena de tener derechos y contraer obligaciones, independientemente de si ostentan o no personalidad.

1677. El concepto de personalidad, tal como se estudió ampliamente en el capítulo cuarto del presente trabajo es la cualidad inmotora abstracta que hace a la persona apta capaz de ser sujeto de derechos, lo cual no implica que estemos identificando la personalidad con la capacidad, por cuanto la primera la entendemos en el sentido amplio de aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas, y ubicamos la segunda como una consecuencia inevitable de la personalidad. Mientras la capacidad es un atributo intrínseco de un sujeto que le permite ser el centro del derecho, la personalidad es, por su naturaleza, mucho más amplia y abarca también la capacidad, lo cual hace que la misma –la personalidad–, según la doctrina, sea considerada como absoluta, unitaria e indivisible. “Debe hacerse notar que mientras la idea de personalidad es estática, la de capacidad es dinámica; al paso que la primera se refiere a una cualidad del ser humano o de las agrupaciones dichas en sí mismas consideradas, la segunda es una posibilidad de actuación en la vida jurídica” ¹³⁷⁴.

1678. En tratándose de las entidades estatales que actúen como contratantes será capaz quien tiene competencia para el ejercicio de un asunto, estando en consecuencia viciado de nulidad el contrato celebrado con la participación de quien carezca de la competencia legalmente atribuida, es decir, que actúe con ausencia de capacidad jurídica para la celebración del negocio. Por lo tanto, es capaz aquella autoridad o entidad estatal que ha sido investida legalmente para el ejercicio de una función pública administrativa contractual.

C. OBJETO LÍCITO

1679. Los artículos 6.º y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que “... en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...” y que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...”, lo que se traduce en que los artículos 1521, 1523 y 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio son solamente aplicaciones concretas de ellos y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente ¹³⁷⁵.

1680. En ese aspecto el artículo 1741 C.C. es absolutamente claro: hay nulidad absoluta en un contrato cuando contenga objeto o causa ilícita o se hubiere producido por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para darle valor al mismo en razón de su naturaleza, y así mismo cuando se ha celebrado con personas absolutamente incapaces.

1681. El objeto, por regla, debe ser lícito, es decir, permitido por la ley. Nos encontramos, por lo tanto, ante una previsión imperativa de los ordenamientos civil y comercial, que busca garantizar el orden público en el trámite y celebración de los negocios jurídicos; por lo tanto, es esencial para todo contrato que su objeto sea lícito.

1682. La ilicitud del objeto es sancionada por el ordenamiento jurídico. Se entiende que hay objeto ilícito, según se establece en el artículo 1519 C.C., cuando en un contrato la materia de que se trate “contraviene al derecho público de la Nación”; norma que se complementa con lo dispuesto en el artículo 1521 *ibidem*, según el cual también hay objeto ilícito cuando se enajenan cosas que no están en el comercio, como los bienes de uso público; cuando se enajenan derechos o privilegios que no pueden

transferirse a otra persona, como en los bienes gravados o con limitaciones en el ejercicio de la propiedad; o en la disposición de cosas embargadas por decreto judicial.

1683. Conforme al contenido del artículo 1523 C.C., también habría objeto ilícito cuando los actos jurídicos se encuentran prohibidos por las leyes. De todas formas, se debe tener en cuenta que de ninguna manera la actuación de las partes puede quedar incurso en la prohibición del artículo 16 C.C., según la cual “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”. Se trata de una norma imperativa que contiene una prohibición general que permite controlar ampliamente el desconocimiento al requisito legal esencial del objeto lícito¹³⁷⁶.

1684. Desde esa perspectiva, y al aplicar tales criterios al contrato del Estado, estaríamos frente a un negocio de esas características cuando se omita un requisito esencial, cuando llegemos a la conclusión de que se violó una norma de carácter imperativo relacionada con el contrato; esto es, de aquellas que contienen un mandato improrrogable, innegociable, inderogable y vinculante, sin discusión alguna para la autoridad pública.

1685. Para esos efectos el legislador acude al concepto de imperio o de poder, con miras a disponer u ordenar de manera perentoria determinadas situaciones relacionadas con el negocio jurídico a fin de que no queden bajo la órbita de regulación de las partes, debiéndose cumplir por encima de cualquier apreciación subjetiva o interés personal. Las normas imperativas son en consecuencia esenciales y su omisión se sanciona con la nulidad absoluta.

1686. La imperatividad de una exigencia o requisito legal puede inferirse por vía de diferentes expresiones del legislador, entre otras: prohíbese, es nulo, no se podrá, no tendrá valor, se tendrá por no escrito, se mirará como no ejecutado, deberá. No obstante esta aproximación al tema de lo esencial por vía de lo imperativo, debe tenerse en cuenta que existen muchas exigencias o requisitos imperativos que no son básicamente prohibitivos, lo que implica de manera inevitable un trabajo interpretativo del juez para evaluar hasta qué punto pueden las partes modificar, derogar o disponer lo ordenado por el legislador; si la conclusión a que se llega es la de la imposibilidad de tocar el contenido del mandato legal, alterándolo o modificándolo, estaremos, por tanto, ante un requisito esencial cuya inobservancia daría lugar a una nulidad absoluta.

1687. Conforme a lo dicho, es una verdad de bulto que las normas imperativas son tanto las que prohíben como las que mandan u ordenan, “... por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito...”¹³⁷⁷.

1688. Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que solo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia¹³⁷⁸.

1689. Para efectos de la cabal comprensión de la imperatividad en el contrato del Estado, es fundamental entender el alcance del inciso 2.º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que establece el principio de legalidad en materia de estructuración del contenido de los contratos del Estado; indica la disposición: “En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración”.

1690. En esa dirección, la evaluación de si una norma es de carácter imperativo o no debe proceder a partir de la estructura de legalidad indicada por la disposición, esto es, que el derecho imperativo y de orden público del Estado en materia de contratos puede provenir de la Constitución Política y de sus principios y valores inspiradores, tal como sucede, por ejemplo, con el acatamiento respeto y sumisión en materia contractual a los presupuestos de la libre competencia, y a las disposiciones del artículo 333 constitucional. Igualmente, las normas imperativas pueden provenir de la ley y de las normas reglamentarias, al igual que de los principios del contrato señalados en el presente trabajo en la medida en que se conviertan en condicionantes y determinadores de la actuación contractual. Basta con pensar en el principio de la planeación, conforme a los parámetros indicados en el capítulo correspondiente, de importancia también, el concepto de orden público que señala la disposición, el cual debe ser entendido como de orden público económico en razón a que el contrato es un fenómeno de la economía de mercado, por lo tanto que las previsiones imperativas del mercado no pueden ser desconocidas en el contrato del Estado. Por último, fuente importantísima de imperatividad deviene del concepto de buena administración, de mérito de oportunidad, de conveniencia, para determinar el contenido del contrato y su celebración. No podemos perder de vista en este análisis la incidencia que tiene también el derecho internacional. Los mercados no se cierran en el orden nacional y el flujo de la economía integra las personas y las cosas en todo el universo, y en esa perspectiva resultan fundamentales y determinantes de la imperatividad los tratados y convenios bilaterales o multilaterales de carácter económico, los fallos de tribunales internacionales de carácter económico y las directrices de organismos internacionales de la misma naturaleza. Los TLC y demás acuerdos comerciales vinculan la contratación pública en todos sus aspectos; cualquier análisis de objeto lícito no puede estar ausente de las previsiones de derecho internacional.

1691. La violación o el desconocimiento de requisitos esenciales del negocio, aquellos derivados de la imperatividad del ordenamiento jurídico, del derecho imperativo del orden público generan objeto ilícito. El legislador espera que todo negocio que celebre la administración pública se refiera y tenga como fundamentos los propios del ordenamiento jurídico¹³⁷⁹.

D. CAUSA LÍCITA

1692. Por lo que se refiere a la causa en los contratos, se debe recordar que, de acuerdo con el artículo 1502 C.C., en todo contrato, por regla imperativa y sin excepción alguna, se exige causa lícita; es decir, el motivo, la razón o fundamento del contrato (art. 1524 C.C.) debe corresponder directamente con el ordenamiento jurídico. En ese sentido la causa ilícita consistiría en toda fundamentación fáctica o jurídica del negocio contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

E. SOLEMNIDADES EXIGIDAS PARA EL VALOR

1693. La pretermisión de las solemnidades que se piden “para el valor”, determina la nulidad absoluta o relativa del negocio bien si estas se piden en atención a la naturaleza del acto o contrato¹³⁸⁰, o bien si se exigen en atención al estado o calidad de las partes que intervienen en la celebración del mismo¹³⁸¹, respectivamente. Del estudio de las normas del estatuto civil sobre nulidad absoluta se deduce que en derecho colombiano la omisión de aquellos requisitos o formalidades indispensables para darle valor a un acto o contrato —esto es, normas imperativas esenciales— podría llevar a la nulidad absoluta.

1694. El artículo 1741 del C.C. dispone que el contrato es absolutamente nulo, entre otros casos, cuando se presenta “la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de

ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos...”¹³⁸².

1695. Los requisitos o formalidades a que se refiere este precepto son aquellos que la ley pide para “el valor”, esto es, para la validez del acto, y no a las solemnidades constitutivas, es decir que no alude a aquellas que se exigen para la formación del negocio. Y es que el ordenamiento, en punto de solemnidades, distingue entre las que se piden para la formación de los negocios jurídicos (constitutivas) y aquellas que se exigen para la validez del acto (para el valor), así, por ejemplo, pertenecen a estas últimas la insinuación de las donaciones que exceden los cincuenta salarios mínimos legales mensuales, la unidad subjetiva y temporal en los testamentos solemnes, etc.¹³⁸³.

1696. Decretada la nulidad¹³⁸⁴, las partes deben ser restituidas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”, ordena el artículo 1746 del C.C.; si el origen de la nulidad absoluta es un objeto o una causa ilícitos de los que se tenía conocimiento, el artículo 1525 del C.C. manda que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos. Pero nótese que la imposibilidad de repetir o restituir se refiere exclusivamente a los casos de nulidad absoluta originada por objeto o causa ilícitos y no a ningún otro¹³⁸⁵.

1697. Luego, la sanción que se viene comentando, en razón del principio de la legalidad y taxatividad de las penas¹³⁸⁶, queda excluida para aquellos casos en que la nulidad absoluta se origina en “la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos...” Con otras palabras, si la causa de la nulidad absoluta es la omisión de los requisitos o formalidades para la validez de los actos, hay lugar a repetir o restituir lo dado o pagado, pues en ese caso, y de acuerdo con la regla general, las partes deben ser restituidas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”¹³⁸⁷.

V. FINALIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

1698. La finalidad constituye el elemento teleológico en el contrato estatal, esto es, el propósito para el cual se contrata, el cual no puede ser otro, en tratándose de los contratos estatales, que la satisfacción del interés general¹³⁸⁸, tal y como lo explicamos en detalle en el capítulo segundo del presente trabajo. Los contratos del Estado siempre tendrán una causa y una finalidad: no se celebran porque sí o sencillamente para ejecutar el presupuesto público, sino para cumplir, en forma cabal e integral, con todos los propósitos para los cuales ha sido instituido el Estado. En ese sentido, la finalidad del contrato estatal es, por lo tanto, institucional; nunca personal o subjetiva del servidor público¹³⁸⁹.

1699. La finalidad del contrato estatal guarda estrecha e íntima relación con el principio del interés general; constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado. Configura el elemento y a su vez el requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato, o cualquier operación relacionada con este, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esa perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal¹³⁹⁰ y por lo tanto esencia de su finalidad.

1700. En ese sentido el contrato estatal se vincula de manera irremediable con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos pertenece; de aquí su carácter

teleológico y finalístico¹³⁹¹ por lo tanto objetivo y nunca vinculado a los intereses propios de la subjetividad individualista.

1701. La Constitución colombiana recoge de manera amplia el anterior postulado fundamental de la actividad pública nacional, no solo a partir de su Preámbulo, sino también, de manera expresa, en el artículo 1.º, al destacar su carácter prevalente dentro de los principios rectores del Estado. Así como en el artículo 2.º, al darle contenido de fin esencial o de propósito supremo del Estado, en el sentido de que a partir de su materialización se debe servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; en el artículo 58, al otorgarle primacía sobre los intereses particulares; en el artículo 123 inciso 2.º, al determinar y aclararle definitivamente a la totalidad de los servidores públicos de todos los niveles que se encuentran a su servicio, con el fin inobjetable de que su acción se proyecte sobre la comunidad. Por último, en el artículo 209, al elevarlo a principio rector, específicamente de la función administrativa, y reiterar que en su aplicación práctica implica y significa, nada menos, que esa función en su totalidad, sin ninguna excepción, está destinada constitucionalmente al servicio de los intereses generales¹³⁹².

1702. Tal como se ha advertido, los postulados mencionados fueron retomados por el legislador en la Ley de Contratación Pública (art. 3.º Ley 80 de 1993), al definir los fines de la contratación estatal¹³⁹³.

1703. Lo anterior resulta de la mayor importancia cuando se pretende articular los principios propios del derecho administrativo con los que surgen a propósito de la aplicación del derecho privado a los contratos del Estado, como sucede en el caso específico de la autonomía de la voluntad, de la libertad económica, del *pacta sunt servanda* o de la igualdad. En esos eventos la amplitud que dichos principios puedan tener en la esfera del derecho privado se ve aminorada en la medida en que deben adaptarse, en virtud del interés general, a los propósitos y finalidades propios de la comunidad, del conglomerado, los cuales, sin duda, en muchos casos son diferentes de los de las personas individualmente consideradas.

VI. INTERPRETACIÓN, INTEGRACIÓN, CALIFICACIÓN Y COLIGACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

A. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

1704. La facultad de interpretación del contrato estatal persigue constatar el convenio negocial, la determinación de sus efectos y su integración, sin comprender en ella la calificación del acto pues esto es propio de una actividad diferente como es la valoración jurídica del acto celebrado¹³⁹⁴. Ahora bien, no debe perderse de vista que en los eventos en los que las partes han señalado los efectos del contrato, la verificación de tal señalamiento corresponde a una labor interpretativa, mientras que lo atinente a las repercusiones jurídicas de lo fijado por los contratantes hará parte de la valoración¹³⁹⁵.

1705. Cuando de contratos se trata, la interpretación del negocio jurídico no tiene como objeto primario establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerados, sino la intención común de todos ellos, toda vez que el contrato es, en últimas, el resultado de la convergencia de sus designios negociales¹³⁹⁶, así, lo que se busca es indagar el querer de quienes suscribieron el contrato correspondiente.

1706. Esa búsqueda primordial de la común intención de las partes se puede lograr mediante la aplicación de una serie de reglas principales, también llamadas subjetivas por la doctrina, que se

compendian en que una vez conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras¹³⁹⁷; que las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia¹³⁹⁸ o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho¹³⁹⁹; que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad¹⁴⁰⁰; que si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa¹⁴⁰¹, y que se entiende que la expresiones generales contenidas en el negocio solo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado^{1402_1403}.

1707. Sin embargo, es posible que esa común intención de los contratantes no pueda ser verificada mediante la utilización de las reglas que precedentemente se mencionaron, y es entonces cuando el ordenamiento prevé la posibilidad de acudir a unas reglas de carácter subsidiario, también llamadas objetivas por la doctrina, en las que ya no interesa la indagación de la voluntad de los contratantes sino la protección del acto dispositivo y sus principios o de las circunstancias particulares de alguna de las partes, reglas estas que se resumen en que el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto debe preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno¹⁴⁰⁴, que debe estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato¹⁴⁰⁵, que las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor¹⁴⁰⁶ y que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que esta ha debido dar^{1407_1408}.

B. LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

1708. La integración del negocio jurídico consiste en incorporar toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley, y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos, o costumbres como también se les llama¹⁴⁰⁹.

1709. En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no solo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que esas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero solo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en ese evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual¹⁴¹⁰.

1710. En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan¹⁴¹¹.

1711. En otras palabras, el juez debe empezar por enterarse qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando esas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos).

1712. Ahora bien, esas labores cobran mayor trascendencia en la actividad del juzgador cuando hay discrepancias entre las partes sobre el verdadero esquema negocial por ellos empleado puesto que ante tales divergencias es aquel quien está llamado a puntualizarlo con autoridad y de manera vinculante y definitiva para los contendientes”¹⁴¹².

C. LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

1713. La calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, y precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan incorporando esas consecuencias jurídicas al acuerdo. La jurisprudencia se ha referido a esa facultad con la que cuenta el juez:

[l]a misión de un Juez frente a un acto controvertido no se agota en su interpretación propiamente dicha y que es una cuestión de hecho, como quiera que consiste en averiguar cuál es la real intención de los agentes, sino que va más allá, en cuanto dicho juez no solamente está autorizado, sino legalmente obligado, a dar un paso más, cual es el de determinar si tal acto existe o no, vale decir, si se ha perfeccionado jurídicamente y, en caso afirmativo, cual es la naturaleza específica, cuestión esta que ya no es de hecho, sino de derecho, y que puede llegar hasta la rectificación de la calificación equivocada que le hayan atribuido los agentes¹⁴¹³.

D. LA COLIGACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

1714. La coligación, agrupación, vinculación o conexidad negocial puede ser definida como aquella ligazón que se forma entre varios negocios jurídicos para efectos de alcanzar una finalidad económica común, de tal manera que esta no se conseguiría con alguno de ellos individualmente considerados¹⁴¹⁴.

1715. Sin embargo, la expresión “coligación negocial” ha dado lugar a que se comprendan en ella situaciones en las que de una u otra manera existe una finalidad económica común que no se conseguiría con alguno de los negocios individualmente considerados, es decir, se presenta una vinculación de varios negocios jurídicos, de manera que a partir de tal estado de cosas se han construido clasificaciones teóricas indiscriminadas y a veces impertinentes que se edifican sobre consideraciones tales como el momento en que la ligazón ocurre, de dónde proviene, de las partes que resultan vinculadas y del elemento que les sirve de comunicación¹⁴¹⁵.

1716. Así, entonces, se habla de conexidad originaria o de conexidad sobrevenida, de conexidad legal o de conexidad negocial, de conexidad singular o de conexidad plena, y de conexidad real o de conexidad aparente, dependiendo, en el primer caso, de si la concatenación se produce en el mismo instante en que se celebran los varios negocios jurídicos o con posterioridad a ese momento; en el segundo, de si es la ley la que la impone o son las partes quienes la convienen; en el tercero, de si solo uno de los contratantes es común en todos los negocios jurídicos o por el contrario todos los contratantes lo son, y, en el último caso, de si el eslabonamiento se da o por uno varios elementos de los negocios o solo por estar contenidos en un mismo documento¹⁴¹⁶. Nótese, pues, que en los casos de vinculación negocial singular y de vinculación negocial aparente no son en verdad eventos de coligación negocial pues no se podrían adecuar a la definición que inicialmente se enunció.

1717. En efecto, no podría entenderse la existencia de una conexidad contractual para efectos de alcanzar una finalidad económica común que no se conseguiría con alguno de los contratos individualmente considerado, si todas las partes de los varios contratos no son las mismas o si esa atadura tan solo se produce por estar contenidos los varios negocios en un mismo documento. Otro

tanto podría decirse, es decir que no hay en verdad conexidad negocial, cuando la finalidad perseguida por las partes puede alcanzarse con alguno de los contratos individualmente considerados prescindiendo de los demás¹⁴¹⁷.

VII. INEFICACIA E INVALIDEZ DEL CONTRATO ESTATAL

1718. Por regla general los actos jurídicos y contratos que celebre la administración pública deben cumplir plenamente los requisitos establecidos por el legislador para su validez. Se presume que todo acto que nace a la vida jurídica es el producto del cabal y pleno cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos necesarios para su conformación. Cuando el operador del derecho no cumple con las condiciones legales para la validez de un acto o negocio de la administración, se dice que se está frente a un acto o negocio imperfecto.

1719. Las imperfecciones que suscitan duda en torno a la validez de los negocios son las siguientes: inexistencia del contrato, ineficacia de pleno de derecho del contrato estatal, nulidad absoluta, nulidad relativa, invalidez, ineficacia por no producción de los efectos finales o ineficacia en sentido estricto, e inoponibilidad o ineficacia relativa¹⁴¹⁸.

1720. En relación con la invalidez se reconoce que el acto surge a la vida jurídica, es decir, produce efectos hasta que se declare su vicio por el juez; caso concreto de esa modalidad se presenta en las hipótesis de nulidad absoluta y relativa; así, la invalidez es el

... juicio negativo de valor que se le hace a un acto dispositivo de intereses con el que se vulnera una norma imperativa, las buenas costumbres o cualquier norma establecida en favor de personas susceptibles de especial protección¹⁴¹⁹.

[...] A diferencia de la inexistencia, la nulidad o juicio de valor negativo, sí requiere ser declarada judicialmente, pues se entiende que el acto dispositivo o negocio jurídico existe, es válido y produce a plenitud todos sus efectos hasta que el juez decrete la nulidad, razón por la cual el fallo proferido en ése sentido es de carácter constitutivo...¹⁴²⁰.

1721. Ahora, si bien la nulidad puede ser absoluta o relativa, tanto la una como la otra son susceptibles de saneamiento, bien por ratificación o bien por el término de prescripción, aclarando que si la nulidad proviene de un objeto o de una causa ilícitos, no puede sanearse por ratificación¹⁴²¹.

1722. En la inoponibilidad o ineficacia relativa el acto no produce efectos sino en relación con determinadas personas y frente a otras no puede hacerse valer (p. ej., terceros, litisconsortes)¹⁴²². En ese aspecto tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido claras y pacíficas al reconocer que por regla general los negocios surten efectos solo entre las partes que los celebran, salvo las excepciones establecidas en el Código Civil, por lo que, solo entre ellas son oponibles, y no a terceros en relación con los cuales opera la inoponibilidad o ineficacia relativa del negocio jurídico¹⁴²³.

1723. En la ineficacia por no producción de los efectos finales o ineficacia en sentido estricto. El negocio existe y es válido, pero sus efectos propios o finales no se producen, o si se producen están llamados a desaparecer.

A. INEXISTENCIA DEL CONTRATO ESTATAL

1724. La inexistencia se configura ante la falta de un elemento estructural del negocio (consentimiento-objeto-causa –solemnidades constitutivas– entrega en los negocios reales). No genera ninguna sanción por el ordenamiento jurídico en la medida en que el negocio no surge a la vida jurídica, pues ante la ausencia de un elemento estructural jurídicamente no se forma el negocio (art. 1501 C.C). En realidad la inexistencia es la “situación de hecho”, pero con trascendencia para el ordenamiento jurídico¹⁴²⁴, en la medida en que es un negocio jurídico que se proyectaba celebrar pero que no alcanzó a formarse por la omisión de un elemento estructural, indispensable para su formación¹⁴²⁵.

[1725]. La inexistencia del negocio jurídico se produce por: i) La omisión de alguno o algunos de los elementos esenciales del negocio jurídico que se proyecta celebrar; ii) Por la ausencia de objeto; iii) Por la ausencia de la causa; iv) Por la ausencia del querer dispositivo; v) Por la omisión de la solemnidad requerida para el perfeccionamiento del negocio; y vi) Por la falta de entrega de la cosa sobre la cual versa el negocio, si el proyectado es real¹⁴²⁶.

A diferencia de la nulidad, la inexistencia no requiere declaración judicial, pues se configura o constituye una vez que se omite cualquiera de los elementos necesarios para su formación; tampoco puede ser objeto de saneamiento¹⁴²⁷.

B. INEFICACIA DE PLENO DERECHO DEL CONTRATO ESTATAL

1726. Por el contrario y a diferencia de la inexistencia, la ineficacia de pleno derecho es una sanción *in limine* que se impone en relación con negocios jurídicos que incurren en violación de normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, y que opera de manera inmediata al surgimiento del acto, el cual es, literalmente, borrado y eliminado del mundo del derecho en virtud del ordenamiento jurídico mismo y se tiene como no realizado. Para su procedencia exige norma legal expresa. No requiere de decisión de autoridad para que se configure, opera en virtud del derecho y con el fin de proteger valores propios del orden público económico¹⁴²⁸.

C. NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL

1727. Las nulidades absolutas se fundamentan en la necesidad de darle seguridad jurídica y seriedad al principio de legalidad, pretendiendo que con su presencia se respeten los requisitos y formalidades esenciales a los cuales debe sujetarse todo acto para su existencia y ejecución. En ese sentido, estamos ante una institución eminentemente sancionadora de todo incumplimiento de la legalidad sustancial, que en consecuencia produce la privación de los efectos jurídicos del correspondiente negocio. Desde esa perspectiva, esto es, tratándose de una sanción de orden civil, debe reunir los requisitos constitucionales de la pena, es decir, debe estar taxativamente establecida en la ley para su aplicación.

1728. Quien pretenda alegar la nulidad absoluta de un negocio jurídico del Estado, o sea, desvirtuar su sujeción al principio de legalidad, no solamente debe demostrar sus argumentaciones, sino que también debe fundarse en una de las precisas causales que el legislador establece para tales efectos. En ese sentido, el régimen de las nulidades absolutas es de carácter excepcional, y en consecuencia de interpretación restringida.

1729. Las causales señaladas por el legislador, tanto en el estatuto comercial como en el civil, como nulidades absolutas se fundamentan, básicamente, en razones de interés general de orden público y de preservación del ordenamiento jurídico con el fin de que los supremos intereses de la sociedad no se

vean desbordados en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Para esos efectos el legislador acude al concepto de imperio o de poder, con miras a disponer u ordenar de manera perentoria determinadas situaciones relacionadas con el negocio jurídico a fin de que no queden bajo la órbita de regulación de las partes, debiéndose cumplir por encima de cualquier apreciación subjetiva o interés personal. Las normas imperativas son en consecuencia esenciales y su omisión se sanciona con la nulidad absoluta.

1730. En cuanto se refiere a los contratos estatales, el legislador establece en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 un preciso régimen de causales de nulidad absoluta, lo que facilita enormemente la identificación de los requisitos esenciales dentro del contrato estatal. Este régimen tiene como punto de partida las causales de nulidad del derecho civil y las especiales que se han regulado en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

1731. Así las cosas, la nulidad absoluta, en particular aquella referida al contrato estatal, es la que se tipifica a partir de sus situaciones configurativas, señaladas en el derecho privado, esto es, siguiendo los parámetros del artículo 1741 C.C., cuando el contrato ha sido estructurado con objeto o causa ilícitos; o si en su formación se han desconocido fundamentales exigencias, solemnidades, requisitos que las leyes prescriben para otorgarle valor al mismo en consideración a su naturaleza, al igual que por incapacidad absoluta de las partes contratantes o de una de ellas.

1732. Adicionalmente, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 prevé como causales especiales de nulidad absoluta que los contratos se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; que se celebren con abuso o desviación de poder; que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, y que se celebren con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, o con violación de la reciprocidad de que trata la ley contractual colombiana¹⁴²⁹.

1. CAUSALES POR REMISIÓN AL DERECHO PRIVADO

1733. De acuerdo con la redacción de esta disposición, para el legislador constituyen requisitos esenciales dentro del contrato estatal, en primer lugar, aquellos señalados en el derecho común o expresamente en esta disposición cuyo desconocimiento llevaría a la nulidad absoluta. En ese sentido, al desarrollar la primera parte de la norma y tratar de analizar su alcance en cuanto a los casos previstos en el derecho común encontramos que ese derecho está dado, según el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, por los estatutos mercantil y civil.

1734. A partir del artículo 899 C. Co. se entiende que hay nulidad absoluta en un negocio jurídico cuando en el trámite o celebración del mismo se contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; cuando contenga causa u objeto ilícito, y cuando se haya celebrado con persona absolutamente incapaz. Los anteriores criterios legislativos se complementan con los que ofrece el artículo 1741 C.C., según el cual hay nulidad absoluta en un contrato cuando contenga objeto o causa ilícita, o se haya producido por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para darle valor en razón de su naturaleza, y así mismo, cuando se ha celebrado con personas absolutamente incapaces.

1735. Desde esa perspectiva, y al aplicar esos criterios al contrato del Estado, estaríamos frente a un requisito esencial omitido, cuando lleguemos a la conclusión de que se violó una norma de carácter imperativo relacionada con el contrato. Esto es, de aquellas que contienen un mandato improrrogable, innegociable, inderogable y vinculante, sin discusión alguna para la autoridad pública.

1736. Así mismo, estaríamos frente a una violación de requisitos esenciales en todos aquellos eventos en que el contrato contenga causa u objeto ilícito. El legislador espera que todo negocio que celebre la administración pública se refiera y tenga como fundamentos los propios del ordenamiento jurídico. El objeto, por regla, debe ser lícito, es decir, permitido por la ley. Nos encontramos, por lo tanto, ante una previsión imperativa de los ordenamientos civil y comercial, que busca garantizar el orden público en el trámite y celebración de los negocios jurídicos; por lo tanto, es esencial para todo contrato que su objeto sea lícito.

1737. Igualmente por la omisión de alguna de las “solemnidades que la ley pida para la validez del acto en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes que lo celebran”¹⁴³⁰. Es de aclarar que configuran nulidad absoluta la omisión de solemnidades exigidas para “el valor” del acto en atención a su naturaleza y no por la omisión de solemnidades constitutivas¹⁴³¹.

2. CAUSALES ESPECIALES DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY 80 DE 1993

1738. Como lo advertimos, el régimen colombiano mixtura tanto las causales de nulidad absoluta de la ley privada como la del derecho público. Estas son las siguientes:

Causal 1. “Que se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley”

1739. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades que establece el ordenamiento jurídico colombiano obedece a claras directrices constitucionales tendientes a romper el principio de igualdad, limitando los derechos políticos y negociales de todas aquellas personas que, en virtud de sus especiales situaciones de carácter individual, puedan eventualmente poner en peligro los intereses generales y el bien común depositados en las entidades estatales. Se trata de un régimen de negación de derechos o de establecimiento de prohibiciones por razones de interés público –por lo tanto, de origen y justificación institucional– que deben soportar todos aquellos que estén incurso en las hipótesis que el legislador establece para esos propósitos.

1740. De manera concreta, la existencia de inhabilidades e incompatibilidades se sustenta en el principio constitucional de que el interés público prevalece sobre el interés particular, y de que el interés general debe ser el propósito y conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, la cual implica el desarrollo de los conceptos de moralidad e imparcialidad; por esas razones quienes eventualmente entren en conflicto con estos postulados del ordenamiento supremo deben marginarse de los procesos públicos o de la posibilidad de contratación con las entidades estatales.

1741. La Constitución y el legislador quieren la mayor transparencia y pulcritud en el manejo de las decisiones públicas y, sobre todo, en el destino de los recursos presupuestales vinculados con la contratación con el propósito de que no se trasladen a sujetos que pueden caracterizarse legalmente por estar incurso en conflicto con el interés general. Cualquier actitud complaciente con el individualismo o con los intereses personales para el manejo del Estado resulta reprochable frente al ordenamiento jurídico, en especial en materia contractual, donde el legislador ha elevado a conducta sancionable todas aquellas relaciones contractuales con sujetos incurso en prohibiciones en razón de sus conflictos con el interés general. En esa materia la insistencia del ordenamiento contiene especiales connotaciones públicas y jurídicas¹⁴³².

1742. Por esa razón se concretan en el ordenamiento jurídico las llamadas incompatibilidades o inhabilidades, que constituyen, ambas, prohibiciones. En el primer caso, por regla general, para quienes desempeñan o desempeñaron un cargo público, para contratar con el Estado; esto con el fin de mantener la transparencia, imparcialidad y moralidad de la misma, si se tiene en cuenta que los intereses personales del servidor público definidos por el constituyente o el legislador pueden entrar en conflicto con el interés general si se celebra un determinado contrato. En la mayoría de los casos esos conflictos se refieren a la relación laboral, al parentesco, a vínculos afectivos o de matrimonio. En virtud de consideraciones políticas y de los altos intereses del Estado, el legislador puede establecer otros criterios para efecto de esa modalidad restrictiva.

1743. Por el contrario, la inhabilidad resulta por lo general imputable al posible contratista o particular que desee acceder a un cargo público. Así mismo, se trata de consideraciones personales definidas por el legislador que limitan su posibilidad de acción dentro del tráfico jurídico¹⁴³³. Las inhabilidades e incompatibilidades son, entonces, de derecho estricto, de interpretación restrictiva, de régimen taxativo y expreso, de imposible interpretación o aplicación analógica¹⁴³⁴.

1744. Para el caso concreto de la ley de contratación estatal, el Consejo de Estado ha explicado el alcance ideológico y político de esas prohibiciones¹⁴³⁵.

1745. No obstante, el legislador incorpora conductas bajo el título genérico de inhabilidades o incompatibilidades sin hacer distinción, como si se tratara de fenómenos similares, tal como ocurre en materia de contratación estatal, donde el artículo 8.º de la Ley 80 de 1993 comprende bajo el título de inhabilidades e incompatibilidades una serie de conductas, todas ellas prohibitivas para participar en licitaciones o celebrar contratos, y con efectos similares, es decir, excluyentes de los procesos contractuales del Estado. Sin embargo, esas no son las únicas, por lo que es indispensable articular esas causales con las dispuestas en otros ordenamientos como el disciplinario, ley anticorrupción, etc., para tener una visión integral de lo que constituye un verdadero régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratos estatales en el derecho nacional¹⁴³⁶.

Causal 2. “Que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”

1746. Se trata de una causal fundada en el interés general y en la protección a la imperatividad legal. De desconocerse las prohibiciones legales en materia contractual se estaría violando un amplio número de exigencias esenciales en el contrato del Estado. Adicionalmente a las exigencias de carácter constitucional, que obviamente no pueden ser violadas por los servidores públicos, encontramos que en el artículo 24.8 de la Ley 80 de 1993 se establece una prohibición general en materia contractual que permite darle entidad a esa causal de nulidad absoluta. Según la disposición, “Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.

1747. Conforme con esta prohibición, constituiría requisito esencial del contrato del Estado el respeto integral a los principios de interés general, transparencia y selección objetiva. Se trata de principios integralmente configuradores de requisitos legales esenciales; es decir, todas las normas y conceptos referentes a esos principios estructuran un régimen imperativo, innegociable e inderogable por la voluntad de las partes, que de llegar a desconocerse generaría nulidad absoluta y seguramente responsabilidad penal del servidor público conforme al delito que nos ocupa, excepto en el caso del principio del interés general.

1748. Debe tenerse en cuenta que, conforme a la redacción del artículo 24.8 de la Ley 80 de 1993, el legislador igualmente le prohíbe a los servidores públicos eludir los demás requisitos establecidos en el estatuto de la contratación estatal; esto es, todos aquellos otros que no puedan encajarse en los principios de transparencia o selección objetiva, lo que implica para el juez del contrato, sea este administrativo o penal, entrar a analizar absolutamente todas las exigencias de la Ley 80 de 1993 con el fin de verificar cuáles de ellas pueden ser calificadas de imperativas, es decir, afectas al orden público, el interés general y las buenas costumbres, para efectos de calificarlas como esenciales o no y, en consecuencia, invocarlas para una nulidad absoluta del contrato.

Causal 3. “Que se celebren con abuso o desviación de poder”

1749. El principio del interés general constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado. Configura elemento y a su vez requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato, o cualquier operación relacionada con este, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esa perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal¹⁴³⁷.

1750. En ese sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado social de derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico¹⁴³⁸. En esa dirección reconocemos para las relaciones negociales del Estado un concepto estricto de interés general, el cual, en palabras de Luciano Parejo,

... se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos; es decir, a las organizaciones estatales (o las designadas por estas) en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes (en su caso, no asignados) a la esfera propia de los sujetos privados¹⁴³⁹.

Lo anterior sin negar su significado amplio, en cuanto rector de la totalidad de las actividades de las funciones públicas, y no solo de las administrativas.

1751. El derecho nacional, como se ha admitido, recoge de manera amplia el anterior postulado fundamental de la actividad pública nacional, no solo a partir de su preámbulo, sino también, de manera expresa, en el artículo 1.º, al destacar su carácter prevalente dentro de los principios rectores del Estado¹⁴⁴⁰.

1752. Los anteriores postulados fueron retomados por el legislador en la ley de contratación pública (art. 3.º Ley 80 de 1993), al definir los fines de la contratación estatal, destacando que los contratos que celebre el Estado no pueden tener propósitos diferentes que el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, y la atención y satisfacción de las necesidades colectivas. Así mismo, este ordenamiento reitera a los particulares que se relacionen contractualmente con la administración que el contrato estatal no es tan solo una fuente de utilidades, sino una forma para lograr y consolidar los fines del Estado, a través de la función social a la que queda comprometido el contratista en el Estado colombiano¹⁴⁴¹.

1753. El interés general configura la columna vertebral del contrato estatal. Cualquier ruptura del interés general en el contrato en favor del interés particular implica el surgimiento del vicio de desvío de poder¹⁴⁴².

1754. En consecuencia, analizar la negación del interés general nos acerca inevitablemente a la teoría del abuso o desviación de poder como causal de nulidad, no solo de los actos administrativos, conforme a lo establecido en el artículo 84 CCA, sino también de los negocios del Estado, según lo dispuesto en el artículo 44.3 de la Ley 80 de 1993. En definitiva, en el ordenamiento jurídico colombiano es inadmisibles, no solo dentro de las actuaciones unilaterales tendientes a producir actos administrativos, sino también en las bilaterales propias de los negocios jurídicos del Estado, la posibilidad de que los servidores públicos actúen motivados por razones de orden personal.

1755. General es la configuración de una situación de abuso de poder¹⁴⁴³, que en materia administrativa se traduce en la causal de nulidad por desvío de poder, esto es, por desconocer el operador del derecho las finalidades previstas en el ordenamiento jurídico administrativo respecto de las decisiones que le corresponde adoptar. Como lo sostiene Jean Rivero, el único propósito que debe mover a la administración en cualquier actuación es satisfacer el interés público¹⁴⁴⁴:

1756. Se estructura el vicio por desviación de poder en aquellos eventos en los que la administración, utilizando sus poderes, actúa con la pretensión de alcanzar un fin diverso al que en derecho le correspondería de manera general, o a dicha autoridad en particular. En consecuencia, se reitera la idea general de la doctrina: constituye desvío de poder “el ejercicio de las potestades administrativas con fines diferentes a los fijados por el ordenamiento jurídico”. Por lo general, esta modalidad se caracteriza de irregularidad por el hecho de que el acto nace a la vida jurídica con una apariencia externa de legalidad; la administración procura que su manifestación sea en apariencia legal: no es objetable ni por incompetencia ni por problemas de forma o procedimiento, mucho menos por vicios en el objeto. Eventualmente podría acompañarse de una falsa motivación, dentro del contexto que ya hemos explicado¹⁴⁴⁵.

1757. Su naturaleza, a diferencia de los motivos y otros elementos del acto administrativo, es estrictamente subjetiva. Su *iter desviatorio* se produce en el interior, no propiamente de la administración, sino de aquellas personas naturales que llevan su representación. Razón que hace que su estudio y juzgamiento deban penetrar las barreras de lo objetivo o formal y situarse en la esfera volitiva de la autoridad, en la subjetividad del autor del acto. Esto es así puesto que lo que predomina al producirse un acto viciado de esa manera es la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración. De ahí que resulte lógico ubicar e identificar dicho oculto querer para poder, de manera satisfactoria, compararlo con la verdadera finalidad de servicio público, que es la que debe orientar toda actuación administrativa, y dictaminar, sin lugar a errores, la magnitud de la desviación del poder público, que, sea cual fuere, causará sin falta la nulidad del acto que la contenga.

1758. Las modalidades y motivos de la desviación de poder pueden ser de las más variadas connotaciones; no obstante, para efectos de la teoría general, podemos afirmar que las primeras dependen de los segundos de la siguiente manera: por regla general la desviación se produce cuando se persigue un fin distinto a aquel fijado en la norma de derecho, razón por la cual, *ab initio*, podemos indicar que esta violación puede ser de dos clases: por desconocimiento de la finalidad general del ordenamiento, es decir, cuando la autoridad administrativa, al actuar, busca un fin diverso al del servicio público, y por desconocimiento de la finalidad específica atribuida a la autoridad administrativa de manera particular. En este segundo evento, al proferir el acto administrativo el

funcionario público se inspira en fines diversos a aquellos concretos, específicos y determinados, cuya consecución le ha sido conferida por la ley. Esas dos modalidades pueden producirse por muy diversas causas, que en nuestra opinión no pueden sectorizarse en uno u otro grupo y constituyen una variedad genérica, aplicable tanto a violaciones de la finalidad general como particular. En consecuencia, podemos considerar como motivos generantes de la desviación de poder 1. El interés personal, modalidad dentro de la cual debemos ubicar todas aquellas actitudes desviadas de la finalidad del acto inspiradas en consideraciones políticas, ideológicas, religiosas, de amistad o enemistad, en actitudes ilegales o de desconocimiento de la ley, o de fraude a esta, de favorecimiento a terceros o a grupos determinados, entre otras, todas ellas emanadas del sujeto actor del acto administrativo, y 2. El interés administrativo diverso al señalado en el ordenamiento, evento en el cual el funcionario desvía su actuación, no ya en fines de naturaleza personal, sino en interés de la misma administración, pero en desconocimiento tanto del marco teleológico general como particular, lo que hace de sus manifestaciones de voluntad actos administrativos viciados en razón de un claro desvío de poder.

1759. Ante la dificultad que implica adentrarse en la subjetividad propia de quienes actúan desviadamente la doctrina ha elaborado lo que se denomina los síntomas denunciadores del desvío de poder, que no son más que elementos indiciarios para su configuración probatoria, que si bien es cierto se predicen de los actos de contenido unilateral, no encuentran –afirma Cretella– mayor dificultad para que sean aplicados en materia contractual; entre ellos se señalan la contradicción del acto con medidas anteriores, la contradicción del acto con medidas posteriores, la motivación excesiva, la motivación contradictoria, la motivación insuficiente, la alteración de los hechos, la decisión ilógica, la derogación de la norma interna, la precipitación con que el acto fue proferido, la desigualdad de tratamiento a los interesados, el carácter sistemático de ciertas prohibiciones, el carácter general atribuido a medidas que deberían permanecer como particulares, la injusticia manifiesta y la disparidad de tratamiento, entre otros¹⁴⁴⁶.

Causal 4. “Que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”

1760. Si la jurisdicción contencioso administrativa decreta la nulidad de un acto administrativo de la etapa precontractual que pueda ser calificado verdaderamente como separable, esto es, con entidad propia, y que haya sido fundamental para la celebración del contrato (causal 4), se puede sostener, sin lugar a discusión, que se violó un requisito esencial dentro del trámite contractual, como es el de la sujeción irrestricta al principio de legalidad y, sobre todo, el del respeto a la legalidad de cada una de las decisiones o actos administrativos propios de la actividad precontractual.

Causal 5. “Que se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la ley contractual colombiana”

1761. Se trata de la violación a un precepto legal que determina un orden preciso para el ejercicio contractual en situación de igualdad y respeto dentro del ámbito negocial. Procede en los casos en que se inaplique o desconozca lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 80 de 1993, en cuanto el legislador considera como esencial que en los procesos contractuales se garantice la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, y se respeten las demás exigencias de dicha norma, razón por la cual la elevó a causal de nulidad absoluta en el artículo 44.5^[1447].

3. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO

La declaratoria de nulidad absoluta de un contrato puede eventualmente producir los siguientes efectos:

a. RETROTRAER LAS COSAS AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN

1762. La declaratoria de nulidad de un contrato, conforme a las disposiciones generales del Código Civil, tiene como efecto inmediato retrotraer las cosas al estado que tendrían al momento de la celebración del contrato según los términos del artículo 1746 C.C. Esta disposición constituye una regla general, que admite excepciones, algunas de las cuales se dan en el caso de los contratos estatales. Adicionalmente, la declaración judicial de la nulidad otorga a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo conforme a las pretensiones de la demanda; es decir, la respectiva sentencia que contenga tal declaración produce efectos retroactivos, conforme a los cuales, en el caso de los contratos, para cada parte surge el deber de restituir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado.

b. LIQUIDACIÓN INMEDIATA. RESTITUCIONES MUTUAS Y SANCIONES POR NULIDAD FUNDADA EN OBJETO Y CAUSA ILÍCITA: ARTÍCULOS 1525, 1746 INCISO 2.º DEL CÓDIGO CIVIL Y 48 LEY 80 DE 1993

1763. La declaratoria de nulidad del contrato estatal, elimina el contrato del mundo jurídico, y tiene como efecto: (i) extinguir todas las obligaciones emanadas de él; (ii) retrotraer la situación al estado inicial, como si el contrato nunca hubiere existido (art. 1625 del C.C), y (iii) en el régimen de la Ley 80 de 1993, artículo 48 en concordancia con el 1525 del Código Civil, se incorpora el concepto de restitución mutua, a través de la cual necesariamente deben hacerse los reconocimientos mutuos y los pagos correspondientes a las prestaciones ejecutadas hasta el monto en que quede en firme la declaratoria de nulidad, en los términos del artículo 48 de esa ley.

1764. Ahora bien, para un cabal entendimiento de lo anterior debe advertirse que en la ley de contratación pública estatal, si la causal de nulidad absoluta involucrada lo fue por objeto o causa ilícita, el legislador no solo sanciona el contrato con su pérdida de vigencia, sino también al contratista involucrado, reconociéndole tan solo una suma equivalente al beneficio obtenido por el Estado con la ejecución del objeto pactado. Según el inciso 2.º del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, “cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que se hubiere obtenido”. Esto con el fin de evitar la obtención de provechos o ventajas a partir de situaciones ilegales o irregulares del contrato.

1765. En la práctica, en la ley contractual el legislador retoma con efectos muy particulares frente al contrato del Estado los artículos 1525 y 1746 inciso 1.º C.C., que establecen que no hay lugar a repetición o restitución de prestaciones cuando estas han tenido por fuente un objeto o causa ilícitos, y se ha actuado a pesar de tener conocimiento de tal ilicitud¹⁴⁴⁸.

1766. La situación surgida a propósito de la existencia de un marco jurídico general sobre restituciones mutuas en el Código Civil, y su articulación con el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, no ha sido pacífica en la jurisprudencia. Lo cierto es que si la nulidad se decreta en un proceso judicial donde se están discutiendo pretensiones de contenido subjetivo, la nulidad enerva cualquier

pronunciamiento en relación con dichas pretensiones y obliga a la liquidación del contrato y a efectuar las restituciones mutuas que correspondan¹⁴⁴⁹. El dilema para la jurisprudencia no ha sido fácil.

1767. En providencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, al resolver este dilema de las restituciones mutuas, se sostuvo en relación con el alcance de las disposiciones legales en conflicto:

Con relación a los efectos de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, debe preverse que de conformidad con la ley ella tiene la virtualidad de eliminar del mundo jurídico el contrato, de extinguir todas las obligaciones de él derivadas (C.C., art. 1625) y de retrotraer la situación al estado inicial, como si este nunca hubiera existido”.

1768. Al efecto, el inciso 2.º del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordenó el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa de ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal hubiera obtenido¹⁴⁵⁰, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.

1769. Pero para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esa medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado. Así lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “... Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

1770. Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.

1771. Ahora bien, dentro del régimen de derecho privado, el artículo 1746 del Código Civil establece que la nulidad del contrato declarada mediante sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o la causa ilícita”.

1772. Y respecto de la nulidad por objeto o causa ilícita el artículo 1525 del mismo estatuto prevé: “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

1773. Sin embargo, también se ha señalado que la regla general de la restitución mutua, tiene algunas excepciones.

[...] 5. Pero ese efecto retroactivo de la declaración de nulidad admite excepciones, en primer lugar, cuando la nulidad proviene de un objeto o causa ilícita; en segundo lugar, cuando se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz omitiéndose los requisitos que la ley exige y, en tercer lugar, por razones de interés público.

Las dos primeras excepciones están contempladas en los artículos 1525, 1746 y 1747 del Código Civil. La primera disposición prohíbe repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud, y la segunda, en igual forma, lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho éste más rico.

La tercera excepción viene impuesta por las necesidades del servicio público, dada la primacía del interés social por sobre el particular, establecida en el artículo 58 de la Constitución Nacional (antes art. 30)¹⁴⁵¹.

1774. Aplicable en toda su dimensión lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, esta prohibición no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por esas causas¹⁴⁵².

1775. Si nos atenemos a los antecedentes históricos y a la razón de ser del precepto, la conclusión no puede ser otra¹⁴⁵³. Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada (*repetirse*), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.

1776. En efecto, el antecedente romano se encuentra en la *condictio ob turpem vel injustam causam* que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.

1777. Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición que se condensó en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*. Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que “sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenuto de gela tornar”¹⁴⁵⁴.

1778. Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es, repetir teniendo pleno conocimiento de la ilicitud, por lo que ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio termina produciendo todos los efectos como si fuese válido.

1779. Por esas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que en cada caso el juzgador haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*, y de otro, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido. Por supuesto que si nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas¹⁴⁵⁵.

4. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD ABSOLUTA

1780. Por regla general la nulidad tiene que ser declarada judicialmente¹⁴⁵⁶, inclusive de manera oficiosa cuando el juez la advierta en cualquier proceso donde se discutan asuntos contractuales¹⁴⁵⁷; sin embargo el legislador establece una interesante excepción al ejercicio de la acción contractual objetiva o de interés general en beneficio del orden jurídico al entregarle a las autoridades con responsabilidades en materia de contratación estatal un importante instrumento unilateral de terminación de todos aquellos contratos en que la administración tenga la prueba y plena certeza de que

se celebraron con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal, e, incluso, cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenta. En esos casos, conforme a lo dispuesto en el inciso 2.º artículo 45 de la Ley 80 de 1993, “el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”. En esos casos nos encontramos, se insiste, ante un mecanismo excepcional de terminación unilateral fundado en causales de nulidad absoluta que se convierten en la práctica en causales de terminación unilateral del contrato. Al respecto la jurisprudencia constitucional, ha dicho:

... la declaratoria judicial de nulidad absoluta de un contrato estatal y la terminación administrativa unilateral del mismo, son institutos completamente diferentes y autónomos, cuya procedencia no depende el uno del otro, aunque, vale precisar, apuntan a la consecución de un mismo objetivo cual es la salvaguarda del interés general.

[1781]. Siendo ello así, no se configura, *prima facie*, vulneración alguna al derecho fundamental a un debido proceso, cuando quiera que la administración acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a efectos de solicitar la declaratoria de nulidad de un contrato estatal, y posteriormente, en ejercicio de sus facultades legales decide darlo por terminado, tal y como sucedió en el caso bajo análisis¹⁴⁵⁸.

1782. Esta hipótesis no impide que ante situaciones dudosas o controvertibles los interesados, en especial la administración pública, intenten la acción contractual de nulidad absoluta del contrato. Por lo demás, así debe ser tratándose de la causal cuarta del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

1783. Por otra parte, la procedencia de ese mecanismo excepcional no exime a la administración de garantizar el debido proceso y, con fundamento en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 29 C.N., iniciar las actuaciones administrativas correspondientes, dando oportunidad a las partes involucradas de expresar los argumentos, aportar y pedir pruebas. En todo caso, la decisión deberá reunir los requisitos establecidos para las decisiones administrativas en la Ley 1437 de 2011.

D. LA NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO ESTATAL

1784. La ineficacia de nulidad absoluta no es la única en el derecho nacional: los contratos del Estado también pueden de manera transitoria estar incurso en vicios de nulidad relativa por su naturaleza subsanables. Tal y como lo expusimos a propósito de las nulidades absolutas, las mismas constituyen una situación excepcional dentro del principio de legalidad; de ahí su carácter de taxativas y restrictivas. Esa es la razón por la cual es común encontrar en el ordenamiento jurídico causales de nulidad absoluta y no de nulidad relativa. Las nulidades relativas se configuran a partir de todos los vicios del acto jurídico que no queden en las causales de las absolutas. Incluso se sustentan en causales de nulidad que no afectan el interés general; de ahí por qué, en materia de derecho privado, se sostiene que la nulidad relativa se establece como un mecanismo de protección a los intereses de ciertas y determinadas personas: aquellas que pudieren resultar afectadas con una violación al ordenamiento jurídico, y que por lo tanto pueden subsanar tal deficiencia a través de los mecanismos de la autonomía de la voluntad.

1785. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 80 de 1993, los demás vicios que se presenten en los contratos, esto es, aquellos que no puedan calificarse de constitutivos de nulidad absoluta, llevarán siempre el rótulo de vicios propios de una nulidad relativa, caracterizados porque

pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio, es decir, desde el momento que se produjo el desconocimiento del principio de legalidad. Esta idea residual de la nulidad relativa ya se había incorporado en el ordenamiento jurídico en el artículo 1741 C.C. cuando se dispuso en su inciso final que “cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

1786. Como se puede observar, es evidente que el punto de partida para la configuración de una nulidad relativa está dado por la violación al principio de legalidad simplemente formal, y no al sustancial que caracteriza la existencia de nulidades absolutas; en efecto, su fundamento no reside en normas imperativas de orden público, estructuradoras de requisitos esenciales. Según lo señalan Ospina Fernández y Ospina Acosta, a falta de requisitos esenciales nos encontramos con la nulidad relativa en casos como los de incapacidad relativa, ciertas incapacidades particulares, en ciertas hipótesis de vicios del consentimiento y lesión enorme: “Los vicios de la voluntad, o sea el error, el dolo y la fuerza, en cuanto reúnan las condiciones que la ley establece para que constituyan vicios dirimentes de los actos jurídicos, también están sancionados con la nulidad relativa”¹⁴⁵⁹. Bástenos agregar los casos de ausencia de formalidades requeridas por la ley en atención al estado o calidad de una de las partes (p. ej., ausencia de licencia judicial para el gravamen de bienes de menores).

VIII. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL CONMUTATIVO Y SINALAGMÁTICO Y LAS CAUSAS DE SU RUPTURA

1787. Las definiciones del Código Civil de contratos sinalagmáticos, onerosos y conmutativos, articuladas por los contenidos, de clara naturaleza de intervención económica, de los artículos 4.º numeral 3, 5.º numeral 1, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, hacen surgir para el derecho de los contratos del Estado una especial y peculiar concepción de conmutatividad de sus negocios, caracterizada por su objetividad y determinando como de su naturaleza, su mantenimiento y continuidad, esto es, sujetos a un equilibrio económico¹⁴⁶⁰ permanente en los términos y condiciones surgidos al momento de proponer o contratar, lo cual marca una diferencia sustancial con la simple conmutatividad directamente derivada de una sencilla lectura de la normatividad civil, en donde, como lo advierte la doctrina nacional, no es característico, ni puede desprenderse de la lectura del artículo 1498 del Código Civil, que en los contratos entre particulares la equivalencia de la relación sea exacta y objetiva, o que deba mantenerse durante la vida del contrato. Lo que se desprende de una lectura directa del Código Civil en la materia, es que de hecho, la equivalencia de la relación puede no ser proporcional y tampoco la norma garantiza que de existir esa exactitud la misma deba mantenerse¹⁴⁶¹, mientras que en el contrato estatal el fenómeno de la conmutatividad se plantea sobre la base del equilibrio, del supuesto de *igualdad o equivalencia* proporcional y objetiva de las prestaciones económicas, aspecto que genera obligaciones ordenadoras para la administración pública responsable del contrato estatal¹⁴⁶².

1788. De esa manera nos encontramos ante un concepto de conmutatividad especial y, por lo tanto, preferente respecto de cualquier interpretación o aproximación que deba efectuarse en los casos en que estén de por medio contratos estatales, emanada de las viejas disputas doctrinarias francesas en torno a la sustantividad del contrato estatal, y que han sido retomadas de manera amplia por nuestro régimen de los contratos públicos, específicamente en los artículos 5.º numeral 1, y 27 de la Ley 80 de 1993^[1463].

1789. En ese sentido, y sobre dicha base normativa, el principio general que surge y se manifiesta ostensible en el concepto de negocio del Estado propuesto en este trabajo es el mantenimiento de su estructura original, derivada de las actuaciones y procedimientos previos que, signados por el concepto de discrecionalidad y con sujeción a los principios de ponderación, proporcionalidad y previsibilidad, determinan unas condiciones sobre las cuales se sustenta la propuesta y el contrato finalmente celebrado, que constituyen las condiciones estructurales a partir de las cuales este se debe ejecutar, y que están llamadas a permanecer durante la ejecución e incluso durante su liquidación, manteniéndose en esas instancias necesariamente las obligaciones y derechos originales, y también las contingencias y riesgos previsibles asumidos, aspectos que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato ser restablecido¹⁴⁶⁴.

1790. Desde la perspectiva estrictamente normativa, la institución ha sido recogida bajo la siguiente caracterización en la Ley 80 de 1993:

Destaca el artículo 27 inciso primero de la Ley 80 de 1993 que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

1791. En consecuencia, el equilibrio económico y financiero de los contratos estatales es una institución que comprende a las partes involucradas en la relación negocial y no exclusivamente a una de ellas. Por lo menos a esa conclusión se llega al agotar el principio de igualdad constitucional (art. 13 Constitucional) y la lectura de la relación normativa de la Ley 80 de 1993, específicamente los artículos 4.º numeral 3, y 8.º, al igual que el 27, de donde se deduce que, en razón de la reciprocidad, el equilibrio en cuestión tiene una doble dirección indiscutible, correspondiéndole el derecho, por lo tanto, a cada una de las partes, de obtener el restablecimiento cuando haya.

1792. Sobre esa base normativa nacen los derechos de la administración para reclamar en caso de ruptura frente al contratista. Se destaca en el artículo 4.º numeral 3 de la Ley 80 de 1993 que es un derecho y un deber ineludible de la administración, en cuanto parte contractual, solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato, lo cual denota que el equilibrio y su mantenimiento no es un fenómeno que ataña de manera exclusiva al contratista, sino que implica una visión de contexto de la relación negocial¹⁴⁶⁵.

1793. En tratándose de los contratistas, el fenómeno es similar: el artículo 5.º numeral 1 de la Ley 80 de 1993 les reconoce análogo derecho al de las entidades estatales en esta materia, es decir, para reclamar el restablecimiento de las condiciones económicas derivadas de las propuestas aceptadas y de lo concretamente pactado en los contratos celebrados. Esta situación de la procedencia en ambos sentidos del equilibrio del contrato estatal ha sido ampliamente reconocida por el Consejo de Estado¹⁴⁶⁶.

1794. Por lo tanto, es propio de los contratos celebrados por el Estado el derecho de las partes al mantenimiento y restablecimiento del equilibrio financiero y económico, marcando allí una clara diferencias con el contrato propio del derecho privado en donde escasamente se aceptan aproximaciones sustanciales al concepto de la imprevisión, rigiéndose en estricto sentido por conceptos rígidos derivados de la vieja cláusula *Rebus sic stantibus*¹⁴⁶⁷. La ley reconoce en la contratación estatal que las bases objetivas originarias del contrato pueden variar por diversas causas imputables a las

partes o a la incertidumbre, e incluso al mismo Estado generando en consecuencia mecanismos tendientes a evitar males mayores o perjuicios económicos a las partes involucradas.

1795. Si las condiciones iniciales del contrato (al momento de proponer o contratar) se mantienen inalteradas durante su ejecución, se mantendrán igualmente las condiciones económicas pactadas, pero si se modifican de modo que se altere la economía del contrato, incluso por hechos no imputables a las partes, se impone la obligación de recuperar las condiciones económicas a un nivel semejante al existente al momento del negocio¹⁴⁶⁸. De conformidad con las normas de intervención económica explicadas a lo largo del presente trabajo, en materia de contratación pública los contratantes se obligan teniendo en cuenta las condiciones reales al momento del contrato, considerándose que si ellas cambian en detrimento de alguna de las partes del negocio, se crea una situación económica que amerita reparos indudables.

1796. En ese sentido, el contrato del Estado se estructura siempre sobre la base de garantizar, por disponerlo la Ley 80 de 1993 interventora y de orden público, el contenido económico de la propuesta debidamente aprobada o de lo acordado en el contrato¹⁴⁶⁹.

1797. Ese planteamiento doctrinal sigue de cerca los trabajos reiterados del Consejo de Estado sobre la materia. Jurisprudencia sostenida de la cual se concluye que en nuestro medio el equilibrio económico del contrato del Estado no es más que el producto de una necesidad económica derivada de imperativos definidos por vía de intervención estatal¹⁴⁷⁰.

1798. Ahora bien, a partir de esa redacción la doctrina ha venido deduciendo una serie de causas antijurídicas posibles que, dependiendo del causante, pueden llevar a la ruptura, estableciendo que esta puede ocurrir con ocasión de actos y hechos de la administración contratante, del contratista, por actos de la administración como Estado y, adicionalmente, retomando las viejas construcciones del derecho civil, por causas ajenas a los sujetos contractuales, determinando que también puede darse por factores exógenos a las partes del negocio jurídico, esto reviviendo para nuestro derecho público la teoría de la imprevisión, pero como una clara regla de excepción, en cuanto lo dominante en nuestra legislación, como se explicó, es la previsión en la estructuración de los negocios públicos¹⁴⁷¹. Procede, igualmente, cuando se presentan causas que alteran la economía del contrato por variaciones de precios.

A. CAUSAS IMPUTABLES A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONTRATANTE

1799. Se configura esta hipótesis en los casos en que la administración no cumple en debida forma las obligaciones que el contrato puso a su cargo, o cuando introduce modificaciones unilaterales por fuera de los parámetros legales y en clara violación a la bilateralidad de la relación que afectan el equilibrio correspondiente, o efectúa exigencias no contenidas en el contrato; igualmente, cuando no satisface plenamente el régimen de obligaciones y cargas contingentes que le fueron debidamente asignadas o, incluso, en razón de la deficiente o nula planeación. En fin, no existe una lista oficial o legal de causas imputables a la administración para configurar situaciones negativas al equilibrio económico del contrato.

1800. No obstante, el Consejo de Estado ha señalado de manera genérica que, como negocio jurídico fruto de la autonomía de la voluntad, el contrato se rige por la máxima consagrada en el célebre adagio latino *lex contractus, pacta sunt servanda*, cuya consagración positiva reposa en el artículo 1602 del Código Civil¹⁴⁷². Lo anterior se encuentra íntimamente ligado con lo prescrito por el artículo 1603 del mismo cuerpo normativo, el cual impone que los contratos deben ejecutarse de buena fe conforme a los principios de rectitud y lealtad que dicha máxima metajurídica entraña. De una

juiciosa lectura del artículo 90 Constitucional a través de la óptica el *corpus iuris* conformado por el derecho común al cual remiten expresamente los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, se desprende que la entidad contratante puede comprometer su responsabilidad contractual frente a su cocontratante cuando quiera que se verifique una *falta* atribuible al incumplimiento de las obligaciones a su cargo, conducta que debe ser analizada a la luz de lo previsto por el derecho común debidamente armonizado con los principios propios del derecho administrativo, y con prevalencia del interés general¹⁴⁷³.

De todas formas, a lo largo del análisis jurisprudencial se observa la estructuración de algunas hipótesis que nos permitimos clasificar así:

1. POR SU INCUMPLIMIENTO

1801. Esta hipótesis resulta de la mayor trascendencia para efectos del trabajo; se configura cuando la administración estructura de manera deficiente el negocio correspondiente de manera tal que al momento de su ejecución, y como consecuencia de esas profundas deficiencias, se induce al contratista a situaciones de ruptura irremediable del equilibrio económico del contrato. Se trata de una hipótesis en la cual la administración no cumple cabalmente con sus obligaciones estructuradoras plenas del negocio, colocándose en posición de determinante de la ruptura del equilibrio económico¹⁴⁷⁴.

1802. Procede esta hipótesis en los casos en que el contratista demuestra fielmente que al momento de analizar los estudios previos y los pliegos del negocio le fue imposible detectar esa situación surgida a consecuencia de la ejecución del contrato; que las deficiencias eran de tal magnitud y características que, no obstante su conocimiento normal y ordinario en los asuntos técnicos, económicos, financieros, jurídicos, etc., involucrados en el negocio, le fue imposible advertir la deficiencia o el error, o la indebida estructuración, la cual solo floreció y salió a la luz exclusivamente a propósito de su ejecución¹⁴⁷⁵.

1803. Bajo ese contexto la imputabilidad y responsabilidad del caso deben ser asumidas por la administración, la cual podrá repetir contra los consultores, contra la banca de estructuración, o contra todos los sujetos determinantes en la concepción misma del negocio fracasado o productor de la falla financiera en su ejecución.

a. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ESTRUCTURACIÓN PLENA DEL NEGOCIO. DEFICIENTE O NULA PLANEACIÓN DEL MISMO CUANDO POR ESTE HECHO NO SE CONFIGURA LA NULIDAD DEL CONTRATO

1804. En tratándose de fallas, deficiencias, problemas, en fin, anomalías relativas a una deficiente, precaria, superficial, o mediocre planeación del negocio en cualquiera de sus aspectos, o en todos ellos, y como consecuencia de los mismos se produce la ruptura del equilibrio económico del contrato, y bajo la consideración de que, dadas la especiales características del contratante, esto es, sujeto conocedor de la temática del negocio, curtido proponente y ejecutor de múltiples proyectos, profesor, experto, consultor, etc., en fin tratándose de un *intuitu personae* en la materia, que no advierte oportunamente de las mismas, las calla, o las advierte, y no obstante ello y su experiencia y conocimiento, contrata, debe asumir conjuntamente con la administración las consecuencias de su actuación omisiva, de conformidad con la gradación que el juez haga de acuerdo con lo probado¹⁴⁷⁶.

1805. La jurisprudencia se ha referido en muy pocas ocasiones a la concurrencia de culpas entre la entidad y su cocontratante dentro del ámbito de la responsabilidad precontractual o *in contrahendo* del Estado. Tan es así que la mayoría de las veces, la jurisprudencia solo ha realizado pronunciamientos marginales ligados al enriquecimiento sin justa causa por hechos cumplidos por los particulares a favor del Estado.

1806. En un primer momento el Consejo de Estado expresó que las situaciones de hecho que anteceden la celebración de un contrato se rigen en su integridad por la confianza debida entre las partes, emanada de su conducta durante las tratativas, como clara manifestación de la buena fe en cuanto principio general del derecho. Así, pues, concluye de la mano de Larenz que al derecho no le queda otra alternativa que proteger ese “poder confiar” como condición esencial de cooperación y de la paz jurídica¹⁴⁷⁷. Esta posición fue reiterada posteriormente al señalar que la buena fe le impone a los futuros contratistas una especial carga de diligencia que impone la correcta y eficaz estructuración del contrato con miras a que este logre satisfacer con éxito el motivo que llevó a su celebración, pues es en esa fase donde se deben valorar todas las vicisitudes que puedan afectar la normal ejecución de las prestaciones que serán estipuladas en el futuro contrato¹⁴⁷⁸.

b. LA CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA ESTRUCTURACIÓN DE LOS ASPECTOS TÉCNICOS, ECONÓMICOS Y FINANCIEROS DEL CONTRATO ESTATAL

1807. Profundizando en la buena fe que debe regir las tratativas el Consejo de Estado ha dicho que durante esa fase existen obligaciones recíprocas entre los futuros contratantes que, de ser incumplidas, tendrán la virtud de comprometer la responsabilidad del sujeto que omitió los deberes de corrección, diligencia y lealtad.

1808. Un claro ejemplo de lo anterior son los eventos derivados del incumplimiento de las obligaciones que gravitan sobre la entidad contratante durante la etapa de formación del contrato estatal, en cuyo caso habrá lugar a la plena indemnización de perjuicios, siempre que acredite el daño sufrido y su imputación al Estado¹⁴⁷⁹. Sin embargo, existen ciertos eventos en los que la culpa de la entidad contratante puede concurrir con la del contratista respecto de la omisión negligente de los requisitos que la ley señala como de obligatorio cumplimiento al momento del diseño y estructuración del futuro contrato¹⁴⁸⁰.

1809. En pronunciamiento reciente el Consejo de Estado reiteró el valor jurídico que cobra la buena fe¹⁴⁸¹ durante la fase precontractual como escenario predilecto para la evaluación total de todos los eventos que puedan incidir de manera nociva en la ejecución del contrato, y en la confección del contenido contractual, para contrarrestar tales efectos en caso de presentarse. Sin embargo, de ocurrir una falta o culpa de alguna de las partes durante esa primera fase del iter contractual, de forma que se proyecte de manera nociva en la posterior ejecución del contrato celebrado, corresponde al juez valorar dicha conducta de acuerdo con los principios de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad dentro del marco axiológico e ideológico que entraña nuestro Estado social y democrático de derecho¹⁴⁸².

c. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DEBIDAMENTE PACTADAS

1810. Con ocasión de un contrato de interventoría celebrado entre el Municipio de Arauca y la Sociedad Consultores Civiles e Hidráulicos Ltda., y cuya liquidación se hizo de común acuerdo por las partes contratantes sin salvedad alguna, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse

sobre el evento de incumplimiento de la administración de las obligaciones debidamente pactadas como un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato no atribuible al cocontratante, frente a lo cual señaló que, de acuerdo con los principios generales de la contratación estatal, este tenía derecho a la actualización de la suma adeudada de acuerdo con el IPC, y al pago de los intereses moratorios causados desde el momento en que se verificó el incumplimiento de la entidad¹⁴⁸³. Así mismo, se ha reiterado que el incumplimiento de la entidad contratante de las obligaciones que emanan del contrato tiene la virtud de comprometer el equilibrio financiero en perjuicio del contratista¹⁴⁸⁴.

d. DEMORAS EN LA EJECUCIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

1811. Las demoras en la ejecución del objeto contractual tienen la virtud de romper el equilibrio económico del contrato en perjuicio del cocontratante siempre que la causa eficiente del incumplimiento le sea imputable a la administración.

1812. En efecto, así lo sostuvo el Consejo de Estado en un litigio entre Isolux S. A. y Corelca que tuvo origen en la suscripción de una serie de contratos adicionales motivados por la imposibilidad de nacionalizar los equipos necesarios para la obra dada la carencia presupuestal de Corelca para pagar los impuestos respectivos, aunado a la irregularidad en la que incurrió la entidad al ofertar la construcción de unas subestaciones de energía eléctrica en sitios no disponibles para ello por estar una infraestructura de este tipo ya construida. Como consecuencia de lo anterior, la Sala encontró que la entidad demandada incurrió en un incumplimiento parcial de las obligaciones a su cargo por el pago tardío de unas facturas y por la modificación del objeto y plazo del contrato, lo cual irrogó al contratista unos perjuicios consistentes en la repercusión negativa en los costos directos e indirectos, en la demora de obtención beneficios en divisas, en la mora de los pagos en moneda local y en la compensación por insuficiencia de la fórmula de reajuste de obra civil e interés técnico, y en la fórmula de reajuste del suministro fob, por lo cual se condenó al pago del daño emergente y el lucro cesante causado¹⁴⁸⁵.

e. DEMORAS EN EL PAGO DE ANTICIPOS

1813. El Consejo de Estado ha señalado que el silencio de las partes sobre el término para el pago del anticipo al cocontratante debe ser suplido por el término prudencial de un mes previsto por el artículo 885 del Código de Comercio, cuyo vencimiento deviene en la mora de la entidad contratante¹⁴⁸⁶. Así pues, una vez el contratista le presenta la cuenta de cobro del anticipo nace para la administración la obligación de efectuar el pago lo más rápido posible dentro del término estipulado, y en su defecto en el término prudencial de un mes, pues es el Estado el primer interesado en la oportuna ejecución del contrato so pena de incurrir en mora.

1814. En ese sentido se pronunció el Consejo de Estado frente a un caso en el cual la entidad contratante incumplió con su obligación de entregar al contratista el anticipo pactado dentro del término supletivo previsto por el Código de Comercio causando con ello la ruptura del equilibrio económico del contrato¹⁴⁸⁷.

1815. También se ha señalado que el retraso de la administración en la entrega del anticipo no conlleva necesariamente la indemnización de perjuicios moratorios propia del incumplimiento de obligaciones dinerarias en favor del contratista, pues a efectos de que proceda este debe acreditar los perjuicios que le fueron ocasionados como consecuencia de su entrega tardía.

1816. En ese sentido se pronunció el Consejo de Estado al resolver un caso en el cual las partes contratantes condicionaron la ejecución de las obras a la entrega del anticipo, y no obstante su entrega tardía por parte de la administración, el contratista dio inicio a las mismas de forma oportuna¹⁴⁸⁸.

f. CONSECUENCIAS DEL NO PAGO OPORTUNO DEL VALOR DE LAS OBRAS O SERVICIOS CONTRATADOS

1817. La jurisprudencia ha sido unánime en afirmar que la principal obligación a cargo de la administración es pagar oportunamente al contratista las obras ejecutadas o los servicios prestados. Por ello es que su incumplimiento deviene en la ruptura del equilibrio económico del contrato y entraña, por tanto, el reconocimiento de los perjuicios moratorios causados, los cuales se presumen y se satisfacen mediante el pago de intereses moratorios¹⁴⁸⁹ por tratarse de una suma líquida de dinero de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 4.º de la Ley 80 de 1993.

1818. Así las cosas, el cobro de intereses y la corrección monetaria no son otra cosa que mecanismos previstos por la ley para hacer frente al fenómeno económico de la depreciación monetaria, lo cual se traduce en un mecanismo idóneo para lograr el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando quiera que este tenga origen en un daño antijurídico imputable a la administración en los términos del artículo 90 Constitucional¹⁴⁹⁰.

1819. Sin embargo este aspecto no siempre ha sido pacífico, pues fue largo el camino que tuvo que recorrer la jurisprudencia contencioso administrativa para arribar a esta conclusión en la medida que antes de la expedición de la Ley 80 de 1993 no era habitual que se definiera convencionalmente la suerte del contrato frente a un eventual incumplimiento de la administración, al igual que la existencia de un criterio unánime sobre la tasa que debía pactarse, y en su defecto se aplicaba la tasa máxima legal consagrada en el Código Civil o la comercial de acuerdo con el artículo 884 del Código de Comercio¹⁴⁹¹.

1820. Con todo, el criterio que hoy impera es que resulta viable que las partes de un contrato estatal estipulen un interés moratorio igual o inferior al 12% anual, así como que se pacte una tasa igual o inferior al interés bancario corriente, y como interés de mora el doble de este, mientras se ajusten a las previsiones comerciales y penales. Con base en ello la jurisprudencia ha sostenido que las pretensiones de corrección monetaria y la de pago de intereses de acuerdo con la tasa comercial son mutuamente excluyentes, pues la tasa comercial lleva ínsita la corrección monetaria, fenómeno que no ocurre cuando únicamente hay lugar al pago del interés legal civil del 6%, en cuyo caso sí habrá lugar a la corrección monetaria¹⁴⁹².

g. RECLAMACIONES ADMINISTRATIVAS Y SALVEDADES EN OTROSÍES Y CONTRATOS ADICIONALES

1821. El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 consagra el deber a cargo de las partes de preservar la equivalencia o igualdad de las condiciones económicas surgidas al momento proponer o de celebrar el contrato estatal respectivo y establece que en caso de que se produzca una alteración en la ecuación económica de este, aquellas podrán suscribir “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”.

1822. Pues bien, a partir de esa disposición se entendió que en el momento en que suscriben acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., las partes en un contrato estatal procuran superar las dificultades que se presentan en su ejecución, de forma que es allí cuando deben proceder a presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades respectivas¹⁴⁹³.

1823. Posteriormente se resaltó la obligación a cargo de la entidad contratante, de advertir oportunamente al momento de suscribir los respectivos acuerdos las circunstancias de incumplimiento, so pena de tener que responder posteriormente por los sobrecostos ocasionados por el desequilibrio económico¹⁴⁹⁴.

1824. Más adelante se consideró que para que fuera procedente la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por la mayor permanencia en la obra, no resultaba suficiente que quién alegara el desequilibrio probara los mayores costos ocasionados, sino también se requería que quien así lo pidiera debía presentar las respectivas salvedades o reclamaciones al momento de suscribir los contratos adicionales¹⁴⁹⁵.

1825. Luego se precisó que ese deber a cargo de las partes de presentar las respectivas salvedades o reclamaciones al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., tenía su fundamento en el principio de buena fe contractual¹⁴⁹⁶.

2. EL HECHO DEL PRÍNCIPE

1826. El hecho del príncipe, o *fait du prince*, es por antonomasia un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato en desmedro del contratista a causa de un hecho imputable a la administración contratante, cuando quiera que a causa de este la economía del contrato se desquicie por completo¹⁴⁹⁷, de tal modo que represente una pérdida significativa el contratista la ejecución de las obligaciones a su cargo, y no cualquier sacrificio, toda vez que por medio de esa institución no se busca asegurar al cocontratante frente a todo tipo de alea o contingencia que circunde las prestaciones de la relación negocial, particularmente en aquellos contratos cuya ejecución tiende a prolongarse en el tiempo¹⁴⁹⁸.

1827. La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que por medio del restablecimiento del equilibrio económico del contrato no se busca que la administración le colabore parcialmente al contratista a soportar el pasivo que comporta la ejecución del objeto contractual. Pues bien, en la medida en que la ruptura de la ecuación financiera del contrato deviene a causa de hechos ajenos al propio contratista, la única manera de restablecerla es que la entidad contratante asuma los costos necesarios para que su cocontratante no solo obtenga la solvencia financiera para atender la ejecución de la obra o la prestación del servicio, sino también la respectiva indemnización de los perjuicios que le han sido irrogados y la utilidad esperada de acuerdo con las condiciones en que se celebró el contrato¹⁴⁹⁹.

1828. De otra parte, el Consejo de Estado ha sido prolijo al señalar que el hecho del príncipe se estructura únicamente cuando la entidad contratante expide un acto general y abstracto que resulta imprevisible al momento de la celebración contrato y cuya vigencia tiene como efecto la incidencia directa o indirecta en la alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato¹⁵⁰⁰. Una vez verificados todos los supuestos ontológicos del hecho del príncipe, la consecuencia es que la entidad contratante debe indemnizar al cocontratante por todos los perjuicios causados por la ruptura del equilibrio financiero del contrato¹⁵⁰¹.

1829. Ahora bien, la norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se desbordaría el dominio del hecho del príncipe para ingresar al fenómeno del *ius variandi* como clara manifestación de los poderes exorbitantes y excepcionales al derecho común que la ley le confiere a la administración contratante sobre el contratista para tutelar el interés general por medio de la dirección y el control de su actividad¹⁵⁰².

3. LA IMPREVISIÓN

1830. Dado su carácter de conmutativo, y por lo tanto sinalagmático, es imposible concebir el contrato del Estado como un contrato sujeto a la suerte o al devenir incierto de lo aleatorio. En esta materia hacemos clara diferencia frontal con las hipótesis negociales propias de los particulares¹⁵⁰³, rechazando cualquier posibilidad de contrato aleatorio en materia de contratación pública. Sobre esa base conceptual, el equilibrio económico del Estado está sujeto a la debida comprensión de la asunción por las partes de los llamados aleas normales u ordinarios derivados de la naturaleza y características de los objetos contratados, y del ámbito de obligaciones y riesgos asumidos por las partes, y por otra, de aquellos aleas anormales excepcionales de imposible visualización o confrontación a través de los canales y mecanismos ordinarios del contrato, siendo estos últimos, causa indiscutible de tratamiento a través de las normas preservadoras del equilibrio económico del contrato, de llegar a verse afectada la ecuación equilibrante del negocio respectivo dada su ocurrencia. Estos supuestos son tratados dentro de la “teoría de la imprevisión”, retomada en el texto del artículo 5.º numeral 1 de la Ley 80¹⁵⁰⁴.

1831. Las razones de su procedencia se pueden resumir en los siguientes términos: a. La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato; b. Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato, y c. Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato¹⁵⁰⁵. Al respecto, de manera reiterada la justicia arbitral, retomando los parámetros establecidos por la justicia contencioso administrativa, ha sostenido:

a. FUNDAMENTOS DE LA CAUSAL

1832. La justicia arbitral parte de la premisa de que aun cuando la institución del equilibrio financiero del contrato estatal fue concebida con la intención de proteger al cocontratante frente a las circunstancias anormales, extraordinarias e imprevisibles que puedan desquiciar la economía del contrato, esta no abarca o comprende todos los riesgos propios de la vida negocial, ni mucho menos se erige en un mecanismo para asegurar la obtención de una utilidad, o mejor, el retorno de la inversión. Bajo esa óptica, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato atañe únicamente a los eventos anormales y extraordinarios que lo puedan alterar de manera ostensible, por lo que escapa del alea común que entraña la ejecución de cualquier contrato¹⁵⁰⁶.

1833. Así mismo, la jurisprudencia arbitral ha señalado en una juiciosa lógica jurídica que la petición de restablecimiento del equilibrio económico del contrato está supeditada o condicionada a la ausencia de culpa de quien lo solicita¹⁵⁰⁷.

1834. Aunado a lo anterior, la justicia arbitral ha añadido que la causa de la ruptura debe producirse durante la fase dinámica del contrato y puede provenir del hombre o de la naturaleza, ser preexistente o posterior al momento de la celebración del contrato por determinaciones de autoridades públicas o por fenómenos económicos nacionales o extranjeros. En lo tocante a la mayor onerosidad en la ejecución

de la prestación que trae aparejada la anormalidad e imprevisibilidad del hecho, señala la justicia arbitral que ello responde a que excedió los cálculos y consideraciones habituales, conclusión a la que se llega a partir de un examen que debe tener como parámetro temporal el momento de la presentación de la oferta o la celebración del contrato, conforme al criterio de una persona cuidadosa, con mayor rigor si se trata del contratista¹⁵⁰⁸.

b. LAS CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN LLEVAR A SU CONFIGURACIÓN

1835. En lo atinente a las circunstancias que pueden llevar a la configuración de la teoría de la imprevisión, la jurisprudencia, la doctrina y la ley han sostenido al unísono que deben ser, en todo caso, exógenas a la actividad de las partes contratantes para tener la virtud de comprometer el equilibrio financiero del contrato¹⁵⁰⁹ y el nacimiento de la obligación a cargo de la administración de restablecerlo¹⁵¹⁰.

c. EN CUANTO A LOS REQUISITOS QUE DEBEN CONFLUIR PARA SU RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN

1836. En lo tocante a los elementos ontológicos de la teoría de la imprevisión, la jurisprudencia indica que se estructura cuando se presentan situaciones extraordinarias, exógenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato, y que tengan como efecto la ruptura de la ecuación financiera del contrato en desmedro del cocontratante¹⁵¹¹.

1837. Ahondando en los requisitos estructurales de la imprevisión se sostiene de forma unánime que el hecho no debe provenir de la entidad contratante, pues en tal caso habrá lugar a la configuración de un hecho del príncipe o de un *ius variandi* dependiendo de si la norma o medida tiene carácter general y abstracto o singular y concreto, según sea el caso. Así mismo, se ha dicho que la imprevisibilidad del hecho se erige en *conditio sine qua non* para la aplicación de la teoría de la imprevisión, habida cuenta de que si el hecho fue razonablemente previsible por las partes al momento de la celebración del contrato este será imputable a la negligencia o impericia de estas, en cuyo caso no habrá lugar a que se invoque con el objeto de solicitar compensación alguna¹⁵¹².

1838. Al respecto, conviene recordar que la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que la fuerza mayor, como hecho exógeno, imprevisible e irresistible, constituye una causa eximente de responsabilidad por tener la virtud de interrumpir o desvirtuar el nexo causal entre el hecho y la ruptura de la ecuación financiera del contrato y de los perjuicios irrogados al contratista por tal concepto, en cuanto su acaecimiento torna en imposible la ejecución del objeto contractual, evento este que en todo caso resulta diferente de los hechos sobre los cuales se edifica la teoría de la imprevisión, donde la ejecución de la prestación a cargo del cocontratante no se torna en imposible sino que entraña una mayor onerosidad que acarrea el desequilibrio de la ecuación financiera¹⁵¹³.

1839. La variación de precios ha ocupado la atención de la jurisprudencia en cuanto fenómeno propio de la teoría de la imprevisión, sobre lo cual se ha dicho que la insuficiencia del mecanismo de revisión de precios pactado en los contratos de obra pública para hacer frente a las situaciones previsibles por las partes al momento de la celebración del contrato, no impide que el cocontratante pueda solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en el evento que este resulte comprometido por la inflación de los precios a consecuencia de hechos o circunstancias que excedieron

por completo los cálculos y previsiones de las partes, siempre que ello repercuta de manera grave en la economía del contrato lesionando el patrimonio del contratista¹⁵¹⁴.

d. POSICIÓN DE LA JUSTICIA ARBITRAL SOBRE SU PROCEDENCIA Y APLICABILIDAD EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DEL ESTADO. FUENTES NORMATIVAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

1840. La justicia arbitral encontró el asidero jurídico-positivo de la teoría de la imprevisión en el artículo 868 del Código de Comercio, señalando que dicho artículo consagra un derecho a favor de las partes de un contrato conmutativo en virtud de cual estas pueden obtener su revisión cuando quiera que por causas exógenas e imprevistas se altere el equivalente económico inicialmente pactado haciendo más onerosa la ejecución de las prestaciones a cargo de la parte afectada. Una vez verificado el acaecimiento del hecho que revista las características exigidas por la ley, se engendra a favor del contratista afectado el derecho de solicitar la revisión de la economía del contrato a la parte que sea responsable de su restablecimiento por mandato legal o por estipulación contractual. En caso de que las partes fracasasen en el intento de restablecer de consuno el equilibrio económico del contrato, la parte lesionada está habilitada por la ley para solicitarle al juez que lo haga, previa verificación del lleno de los requisitos exigidos por la norma en comentario¹⁵¹⁵.

1841. Así mismo, el tribunal señaló que el artículo 4.º de la Ley 8.ª de 1993 consagra como obligación esencial de la entidad contratante adoptar las medidas que sean necesarias para preservar durante toda la fase dinámica del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de presentar las propuestas o de la celebración del contrato en los casos de contratación directa. Así mismo, el Estatuto de la Contratación le impone a la administración adoptar medidas similares para restablecer el equilibrio económico del contrato cuando quiera que este se haya alterado por circunstancias extraordinarias e imprevisibles para las partes, todo lo anterior con miras a proteger el derecho que asiste al contratista de recibir la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de esta no se altere o modifique durante la vigencia del contrato¹⁵¹⁶.

1842. En ese orden de ideas, el tribunal encontró que el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión se hallan ínsitas en el ordenamiento jurídico-positivo colombiano, en cuanto ambas instituciones propenden por hacer frente a los efectos nocivos y adversos que puede irrogar al contratista la ruptura del equilibrio económico del contrato por la variación de los costos previstos al momento de la celebración del contrato.

1843. Del esquema planteado por el tribunal¹⁵¹⁷, resulta interesante el requisito que condiciona la viabilidad del restablecimiento de la economía del contrato a que el perjuicio alegado sea consecuencia de un “error de oferta o de impericia contractual”, pues en este evento mediaría la culpa o negligencia de la parte afectada¹⁵¹⁸, aspecto sobre el cual profundizaremos a continuación.

B. CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR INCUMPLIMIENTO Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS

1844. Se configura esta hipótesis en los casos en que el contratista no cumple en la forma debida las obligaciones que el contrato puso a su cargo o cuando introduce modificaciones unilaterales por fuera de los parámetros legales y en clara violación a la bilateralidad de la relación que afectan el equilibrio

correspondiente. Cuando situaciones de esa magnitud afectan la economía del contrato en contra de los intereses públicos sin duda darían lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato por el contratista a la administración. Sin embargo, también podrían dar lugar al ejercicio de facultades excepcionales por parte de esta, y de adoptar a través de las mismas las medidas que la ley permite en relación con la situación económica del contrato.

1845. De tiempo atrás se ha sostenido, sin hesitación alguna, que la causa de todo contrato estatal no puede apuntar en últimas a un fin distinto que a la satisfacción del interés general, para lo cual la Constitución y la ley han impuesto a la administración pública la obligación de asegurar el cumplimiento de dicha finalidad superior a lo largo de todo el *iter* contractual mediante el ejercicio de sus poderes exorbitantes y excepcionales al derecho común de dirección y control de la actividad de su cocontratante¹⁵¹⁹.

1846. En nuestro ordenamiento jurídico-positivo tales poderes de dirección y control¹⁵²⁰ de la administración han sido concretizados en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales y caducidad consagradas en los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993, y en el inciso 3.º del artículo 9.º de la Ley 1150 de 2007, cuyo ejercicio por la entidad contratante es regulado en el artículo 17 de la Ley 1150 citada.

1847. Para el evento concreto de la ruptura del equilibrio económico del contrato a causa de la actividad del contratista, el Consejo de Estado ha resaltado el papel preponderante que juega la cláusula exorbitante de caducidad como la sanción más drástica que la entidad contratante le puede imponer al contratista¹⁵²¹ a causa del incumplimiento de las obligaciones esenciales a su cargo, siempre que ello afecte de manera grave y directa al contrato hasta el punto de hacer nugatorio su cumplimiento, conduciendo de esa manera a la ineludible parálisis del servicio público, siempre que no medie incumplimiento alguno de la entidad contratante ni que esta haya colocado al contratista en la situación de incumplimiento y que se haya agotado a cabalidad el debido proceso por medio del derecho de audiencia y de defensa¹⁵²².

1848. Cuando se declara en debida forma la caducidad del contrato esta fungirá como la declaratoria del siniestro a fin de hacer efectivas las garantías que se hubieren constituido; el contratista no tendrá derecho a indemnización alguna y se hará acreedor a las inhabilidades e incompatibilidades que señala la ley. Así mismo, de haberse pactado en el contrato, se podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria¹⁵²³.

C. EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO

1849. La ruptura llama al restablecimiento inmediato a quien le corresponda responder¹⁵²⁴. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. En todo caso, las entidades deben adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de esos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

1850. El propósito de lo anterior es que se recupere el valor intrínseco de la economía del contrato al momento de proponer o de contratar, así como mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras *existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o de contratar en los casos de contratación directa*. Para

ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

1. IMPUTABILIDAD DE LAS CARGAS RELATIVAS AL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

1851. En su inciso 1.º el artículo 27 citado parte de la premisa básica para la determinación de la imputabilidad de la carga de restablecimiento: en caso de ruptura la debe asumir la parte que no dio lugar a ella, es decir, se parte del supuesto de que existe un juicio de responsabilidad en el desarrollo del contrato que llama a la parte que actuó de manera antijurídica ocasionando lesiones o daños a la otra, a restablecer el equilibrio roto con ocasión de sus actuaciones u omisiones¹⁵²⁵.

1852. Cuando la parte causante es la administración pública contratante, es decir, el Estado, la responsabilidad tiene como fundamento el artículo 90 constitucional, tal como se desprende de los trabajos jurisprudenciales tanto del Consejo de Estado¹⁵²⁶ como de la Corte Constitucional. Precisamente, al analizar el tema de la responsabilidad contractual de las entidades públicas esa alta corporación ha expresado que el aludido artículo 90 no consagra únicamente una cláusula genérica de responsabilidad extracontractual del Estado, sino que también entraña una garantía tendiente a mantener la equivalencia económica del contrato y la integridad del patrimonio del cocontratante de la administración¹⁵²⁷.

1853. En igual sentido se ha pronunciado la justicia arbitral al explicar que la institución legal del equilibrio económico de los contratos estatales tiene su asidero constitucional en el mismo artículo 90, pues los perjuicios causados al patrimonio del contratista por su ruptura a causa de hechos imputables al Estado quedan comprendidos en la noción de “daño antijurídico”¹⁵²⁸.

1854. En otras palabras, el Estado será responsable de los daños irrogados al patrimonio de su cocontratante como consecuencia de la ruptura del equilibrio económico del contrato por hechos que le sean imputables a título de hecho del príncipe o de teoría de la imprevisión, siempre que él no tenga el deber jurídico de soportarlos en virtud de la ley o del contrato¹⁵²⁹.

1855. Como se desprende de la jurisprudencia expuesta, la atribución pura y simple del hecho causante de la ruptura del equilibrio económico del contrato a alguna de las dos partes no ha ofrecido mayor dificultad, lo cual resulta en cierto modo consecuente con el modelo individualista que predomina en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, los valores y principios que inspiran nuestro Estado social y democrático de derecho imponen una nueva comprensión y estructuración del modelo concesional, lo cual, aplicado a la atribución de culpas en el ámbito de la responsabilidad contractual frente a la ruptura del equilibrio económico del contrato, se traduce en la posibilidad de que la culpa o falta de la administración y de su cocontratante concurren¹⁵³⁰ en la estructuración técnica, económica y financiera de la concesión, cuando quiera que a causa de dicha culpa o falta compartida se desquicie la economía del contrato, en cuyo caso el contratista debe soportar la reducción de la indemnización de acuerdo con su grado de participación culposo.

1856. Lo anterior es reforzado por el carácter *intuitu personae* del contrato estatal previsto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en el sentido que el cocontratante es elegido en atención a una serie

de condiciones objetivas que acreditó dentro del proceso de selección, por ejemplo, su experiencia, sus hábitos de cumplimiento, su organización y sus equipos¹⁵³¹.

2. PRUEBA DEL DESEQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL

1857. En efecto, las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, como suficientemente se sabe, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la administración o al contratista, como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

1858. Sin embargo, es preciso recordar que para que se abra paso el restablecimiento en aquellos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable probar el menoscabo y su gravedad, y además que no corresponde a un riesgo propio de la actividad que debe ser asumido por una de las partes contractuales.

1859. Sobre este particular el Consejo de Estado ha expresado:

... cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él¹⁵³² o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos¹⁵³³⁻¹⁵³⁴.

1860. En esa misma línea de pensamiento, es necesario tener presente que para dar por acreditado el desequilibrio económico debe aparecer la prueba fehaciente de que en virtud del incumplimiento contractual se presentó un resquebrajamiento grave de la ecuación contractual que compromete la ejecución del contrato. Esto es, que las situaciones fácticas configuradoras del incumplimiento tuvieron la virtud de afectar de manera tan profunda la estructura económica que no puede sino ser calificada de grave.

1861. Así las cosas, la prueba en materia de desequilibrio económico no solo debe incluir el hecho mismo afectante y determinante del incumplimiento, sino también, y de manera consecencial y objetiva el impacto cierto, claro, evidente en las bases que soportan las condiciones económicas y financieras del negocio, permitiendo visualizar al juzgador el daño que en ellas se causó.

1862. Se reitera: la carga de la prueba en este tipo de casos no se agota en la mera acreditación de ciertas circunstancias fácticas en el devenir de la relación contractual, ello no es más que un punto de inicio que necesariamente debe ser complementado con la suficiente acreditación probatoria y, sobre todo, técnica de las consecuencias negativas de tales hechos en el equilibrio económico del contrato estatal.

1863. La Sala estimó oportuno precisar que la prueba de tal desequilibrio no puede ser meramente retórica. El desequilibrio financiero del contrato es un asunto técnico y por ende su prueba debe ser rigurosa, objetiva y debidamente soportada, pues no bastan los simples planteamientos doctrinales o

jurisprudenciales, sino que es necesario acreditar pruebas idóneas, adecuadas y pertinentes que evidencien en concreto la magnitud del desajuste económico del negocio y su impacto en la conmutatividad del mismo.

1864. Prueba, por lo tanto, de ser el caso, altamente técnica, razonablemente fundada en especiales consideraciones contables, económicas y financieras, que permitan deducir de manera objetiva cómo las situaciones fácticas alegadas como afectantes del equilibrio contractual inciden de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados.

1865. A través de la actividad y el debate probatorio el juez debe llegar a la certeza técnica del desbalance que afecta la relación negocial; de ahí que en la demanda la simple afirmación de la existencia del desequilibrio o de la ruptura de la fórmula o modelo económico rector del negocio, no es por sí misma suficiente para dar por probada su configuración, sus características, su impacto en la conmutatividad del negocio, la magnitud del desajuste, en fin, todo lo relativo a su identificación plena, y que permita abrir paso al reconocimiento judicial de esa situación y a la determinación y cuantificación de las indemnizaciones pertinentes, en los términos de los artículos 5.º numeral 1, y 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

1866. En consecuencia, es menester que la prueba aportada permita materializar no solo el hecho causante o generador del desequilibrio del negocio, sino también configurar, ente otras cosas, sus efectos graves y dañinos, por ejemplo, en relación con el valor intrínseco del contrato, la pérdida económica sufrida¹⁵³⁵, los efectos económicos y financieros de todo orden y magnitud que devengan de la ruptura de la igualdad o equivalencia surgidos al momento de proponer o contratar, etc.

1867. En otras palabras, y a manera de síntesis, si mediante el contrato estatal se persigue satisfacer el interés general a través de la prestación de los servicios públicos, y si el equilibrio económico del negocio debe mantenerse para lograr la ejecución del objeto contractual y, por ende, prestar el correspondiente servicio público, resulta evidente que para cumplir con los imperativos legales que ordenan el restablecimiento, es indispensable, no solo demostrar el acaecimiento de un hecho o acto que tuvo la virtualidad de destruir el balance económico y financiero negocial, sino también que el negocio efectivamente se descompensó por ese hecho o acto.

1868. Por consiguiente, en torno al último aspecto, las probanzas deben demostrar aquel resultado, “el que no puede surgir sino mediante la comparación del inicial diseño económico y financiero del contrato con la situación económica y financiera en que quedó el negocio luego de sobrevenir el hecho o acto desequilibrante”¹⁵³⁶.

IX. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

1869. La liquidación de los contratos estatales se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato¹⁵³⁷, o aquella etapa del contrato que sigue a su terminación, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de esa forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuánto, bien por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial”¹⁵³⁸⁻¹⁵³⁹.

A. LIQUIDACIÓN BILATERAL

1870. La liquidación bilateral deviene como un verdadero negocio jurídico, en donde de común acuerdo las partes definen las prestaciones, derechos y obligaciones que aún subsisten a su favor o a su cargo, y a partir de allí realizan un balance final de cuentas para de esa forma extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron del contrato estatal precedentemente celebrado¹⁵⁴⁰. En otras palabras, la liquidación bilateral es un negocio jurídico mediante el cual se da por terminado otro negocio jurídico estatal precedentemente celebrado que es el contrato estatal que se liquida¹⁵⁴¹.

1871. La finalidad de la liquidación del contrato consistente en finiquitar las cuentas, para utilizar la expresión que con frecuencia se emplea, resulta ya hoy una verdad averiguada y por lo tanto no da lugar a discusión. Se puede definir ese acto de liquidación bilateral como el acuerdo que celebran las partes de un contrato estatal para determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de las partes contratantes, todo con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal precedentemente celebrado¹⁵⁴².

1872. Siendo esta la descripción ontológica de ese acto, no se remite a dudas que la liquidación bilateral de un contrato estatal es un negocio jurídico de la estirpe de los contratos pues en ella se presentan los rasgos distintivos de esa especie negocial a saber: a) El acuerdo entre dos partes, y b) La finalidad, en este caso, de extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial o, lo que es lo mismo, de contenido económico¹⁵⁴³.

1873. En efecto, a las voces del artículo 864 del Código de Comercio “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”, de donde se desprende que los contratos no solo pueden crear relaciones jurídicas sino que también pueden estar destinados a regularlas o a extinguirlas, cosa esta última que es la que precisamente ocurre en los actos de liquidación bilateral de los contratos estatales¹⁵⁴⁴.

1874. Con otras palabras, al término de la vida de un contrato estatal puede presentarse otro contrato, como lo es el negocio jurídico de liquidación, si las partes que inicialmente contrataron se avienen luego a determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de ellas, con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas esas relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal que precedentemente celebraron¹⁵⁴⁵.

1875. Luego, en síntesis, el acto de liquidación bilateral de un contrato es a su vez un contrato pues mediante él se persigue extinguir definitivamente las relaciones jurídicas de contenido económico que aún pudieran subsistir a la terminación de la relación contractual precedentemente celebrada¹⁵⁴⁶.

B. LIQUIDACIÓN UNILATERAL

1876. Antes de la vigencia del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ya tenía establecido que los contratos que requirieran de liquidación debían ser liquidados dentro de los cuatro meses que seguían a su terminación, y que si esta no se hacía en esa oportunidad, la entidad estatal debía liquidarlo unilateralmente dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término anterior¹⁵⁴⁷.

1877. Este criterio jurisprudencial fue el que finalmente se convirtió en disposición legal al consagrar, de un lado, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 que los contratos debían liquidarse dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación y al prever, de otro lado, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que si la administración no lo liquidaba dentro de los dos meses que siguen al plazo establecido

legal o convencionalmente para ello, el interesado podía acudir para ese efecto ante la jurisdicción, dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar¹⁵⁴⁸.

X. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

1878. Como lo advertimos en nuestro trabajo sobre la potestad administrativa sancionatoria¹⁵⁴⁹, el ejercicio de la función pública administrativa del Estado, contiene inevitablemente, como se advirtió, el desarrollo concreto y específico de facultades de intervención administrativa, enmarcadas dentro del clásico concepto de policía administrativa o de limitación de actividades y derechos¹⁵⁵⁰, idea rediseñada por el moderno derecho administrativo de corte continental europeo, en cuanto al componente de intervención¹⁵⁵¹ y limitación en la actividad de los particulares, por los senderos doctrinales del concepto de administración ordenadora¹⁵⁵², lo cual resulta a todas luces evidente en tratándose de las actividades de dirección general, control, vigilancia en la ejecución del contrato que el legislador le asigna de manera imperativa a las entidades públicas contratantes, y al reconocimiento expreso y directo, con fundamento en esas atribuciones de sancionar con la imposición de multas, haciendo efectiva la cláusula penal, o decretando la caducidad del contrato.

1879. La actividad de ordenación es aquella que se ocupa de evitar peligros¹⁵⁵³. Vigila y reacciona ante situaciones concretas de crisis. En ese sentido, la administración interviene mediante órdenes, prohibiciones, controles previos. En materia de contratos estatales, estas hipótesis de actividad unilateral, tan solo son admisibles sobre la base de una estricta legalidad y con sujeción objetiva a lo pactado, es decir, sobre la base de una clara y evidente buena fe objetiva, que busca ante todo, que lo pactado se cumpla tal y como se acordó entre las partes.

1880. La actividad ordenadora tiene como bases para sus decisiones regulaciones normativas imperativas. Por su caracterización teórica la actividad ordenadora es típicamente restrictiva de derechos, sin embargo, en la reciente literatura jurídica se amplía el marco de acción de la ordenación incluyendo acciones de prevención de peligros y riesgos en desarrollo de las actividades realizadas por los particulares. Así las cosas, se observa a la administración no solo regulando, sino también accionando, mediante técnicas de advertencias y recomendaciones, acuerdos previos y entendimientos con los particulares para evitar el acaecimiento de males a la comunidad¹⁵⁵⁴, lo que en materia contractual se traduce en la posibilidad de la administración de advertir, a través de los interventores, gerentes de proyectos, etc., tanto al contratista como a la misma administración de todas las dificultades y aleas que se adviertan paulatinamente y que afecten o pongan en riesgo los proyectos en ejecución, con el propósito y finalidad de que se adopten los correctivos que correspondan, deslindando estos de los casos evidentes de incumplimiento que dan lugar a la responsabilidad consecuente de los contratistas.

1881. El régimen sancionador administrativo, y dentro de este el que desarrollan las autoridades responsables de la contratación pública estatal en la ejecución de los contratos, está llamado a someterse a un juicio de pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, comprendiendo dentro de este las normas y principios fundados en la esfera de la convencionalidad¹⁵⁵⁵, en la medida en que corresponde a las autoridades competentes brindar las garantías y respetar los mandatos imperativos de las convenciones de carácter económico que comprometen a los países en materia de contratos, intercambio de productos, o acuerdos comerciales relativos a obras o productos de interés para el Estado, al igual que sobre derechos humanos reconocidos, integrados y protegidos en el ordenamiento

jurídico colombiano, teniendo en cuenta tanto la Convención Americana de Derechos Humanos, como los principios propios del procedimiento sancionatorio, emanados del artículo 29 constitucional, tales como los de legalidad y dentro de este los de reserva de ley, tipicidad de la infracción y de la sanción; debido proceso en sus manifestaciones de contradicción, *no reformatio in pejus, non bis in idem*; al igual que los de razonabilidad, motivación, ponderación y proporcionalidad de la sanción, entre otros.

A. LAS POTESTADES SANCIONADORAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL COMO RUPTURA AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1882. La regla general de toda relación negocial es la de su sujeción al principio de igualdad. En cuanto tiene que ver con los contratos del Estado esta es la regla dominante y principal de las relaciones entre la administración y el contratista, que tan solo se rompe, por estricto mandato legal, para la materialización de cláusulas de excepción, dentro de las cuales se ubica una modalidad sancionatoria como la caducidad, e igualmente para el ejercicio del *ius puniendi negocial*, o la imposición de sanciones administrativas de manera unilateral por la administración en los eventos que el legislador lo permite y dispone.

1883. En Colombia, a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre los contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó la igualdad como principio y la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes¹⁵⁵⁶, y al mantenerse la idea de que paralelamente a la existencia de cláusulas de excepción podían existir otras facultades unilaterales de la administración dentro de la ejecución del contrato como las relativas a multas y hacer efectiva la cláusula penal, lo cual resulta palmario y evidente sobre todo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007.

1884. Bajo ese esquema conceptual, en materia de contratación pública el régimen sancionatorio se ubica en un ámbito de estricta legalidad y excepcionalidad, fundado en la actividad unilateral de la administración que se proyecta al mundo jurídico a través de actos administrativos sancionatorios, esto es, acudiendo a instrumentos diferentes a los del consenso y el acuerdo entre partes, que sería lo usual en un ámbito material negocial, o sometiendo sus diferencias, entre ellas las relativas a posibles incumplimientos del contrato, al juez del contrato.

B. SUJECIÓN ESTRICTA AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE OBJETIVA

1884. La buena fe objetiva es, pues, un instrumento de seguridad jurídica negocial con trascendencia en el ejercicio de la potestad sancionatoria que corresponde a la administración en relación con el contratista, y que se interpone de manera perentoria ante cualquier hipótesis de subjetivismo o especulación en la determinación de lo pactado. Contrarresta en el contexto del conflicto sobre incumplimiento emanado de la ejecución del contrato estatal a la buena fe subjetiva, entendida como aquel

... estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es

la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva...¹⁵⁵⁷.

1886. En esa dirección el precedente de unificación de la sección tercera del Consejo de Estado permite visualizar la importancia del principio en ejercicio, como el de la materialización de sanciones por incumplimiento, dentro de la ejecución del contrato estatal. Al respecto la corporación ha determinado que es la

...buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados...¹⁵⁵⁸.

C. RUPTURA DE LA RECIPROCIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA

1887. La potestad sancionadora es unilateral y en cabeza de la administración. Se trata del ejercicio de una potestad administrativa que el legislador reconoce única y de manera exclusiva a la administración responsable de la contratación pública. En ese sentido, no es recíproca. El contratista carece en absoluto de algún tipo de habilitación legal para sancionar a la parte contratante. En la ejecución de un determinado contrato o negocio jurídico de carácter estatal es totalmente inaceptable que el contratista, en su calidad de colaborador, adopte cualquier tipo de actitud unilateral, mucho menos la sancionatoria a la administración, en esa hipótesis estaría incumpliendo en esencia lo acordado y con ello estaría vulnerando el principio de buena fe objetiva que debe regir todo contrato o negocio jurídico de carácter estatal. El contratista no podría constreñir unilateralmente a la administración al cumplimiento de lo pactado, sino a la declaratoria de su responsabilidad como incumplida, y a obtener las condenas correspondientes a su favor de acuerdo con lo demostrado, esto con fundamento en el texto del artículo 87 CCA, es decir judicialmente.

D. VINCULARIDAD DE LOS GARANTES AL CUMPLIMIENTO DE LAS SANCIONES

1888. El ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en materia de contratación pública, conlleva de manera irremediable la suerte de los garantes del contratista, no como sancionados, sino como avalistas en casos de incumplimiento y conforme a las garantías otorgadas y aceptadas válidamente en la relación negocial. Precisamente, si entendemos que el fundamento de la actividad punitiva de la administración gira en torno a los incumplimientos del contratista, la declaración de la administración en ese sentido implica, sustancialmente, la declaratoria de un siniestro que abruma el cumplimiento normal de lo pactado.

1889. La declaratoria de siniestros y su cuantía con el propósito de hacer efectiva la garantía única que ampara las obligaciones del contrato debe ser objeto de pronunciamiento dentro de la actuación sancionatoria con convocatoria previa del garante. En esos eventos nos encontramos ante la presencia de un acto contractual, que no obstante no provenir del ejercicio de una facultad exorbitante de la administración, sí lo es del ejercicio de una facultad que habilita a la administración para hacerlo unilateralmente.

1890. Las entidades estatales, ha reiterado históricamente el Consejo de Estado, se encuentran habilitadas para declarar unilateralmente la ocurrencia de siniestros y su cuantía, cuando se trate de las garantías aportadas por el contratista para la legalización del negocio. Por lo tanto, no se trata de una facultad general que comprenda todos los siniestros asegurados por la entidad, sino de una atribución exclusivamente destinada a hacer efectiva la garantía única que avala los contratos celebrados por las entidades estatales; en ese sentido, ante el siniestro ocurrido respecto de bienes asegurados por la entidad distintos de los destinados a la relación contractual, su tratamiento queda sujeto integralmente a las normas del Código de Comercio, y en caso de litigio con la aseguradora la entidad carecería por completo de facultad unilateral alguna, debiendo el asunto ser resuelto por la justicia ordinaria.

1891. El legislador habilita de manera indiscutible a la administración para reconocer la existencia del siniestro, la cuantía del perjuicio y requerir al asegurador a cumplir la obligación indemnizatoria, es decir, asumir las materias y asuntos dispuestos en el artículo 1077 C. Co. Esto es, se le otorga a la administración el poder indiscutible para romper las vías judiciales frente a un siniestro asegurado en materia contractual y, en razón del interés general, decidir¹⁵⁵⁹ lo que corresponda en coherencia con los hechos relativos al incumplimiento y al derecho aplicable¹⁵⁶⁰.

1892. La decisión en cuestión debe ser adoptada dentro del término de prescripción de dos años que para el efecto establece el Código de Comercio y únicamente comprender siniestros acaecidos durante la vigencia de la póliza. De conformidad con los artículos 1072 y 1131 la realización del riesgo asegurado, esto es, el hecho externo imputable al asegurado debe necesariamente acaecer dentro del plazo del contrato. Hasta dicho término, el contratista tiene la posibilidad de cumplir a cabalidad sus compromisos. Es, entonces, a partir de dicho momento final cuando la administración, al encontrar demostrado el incumplimiento del contratista, o sea el siniestro amparado, debe proceder a hacer efectiva la fianza, y es a partir de ese instante cuando comienzan a contarse los términos de prescripción para efectos de hacer cesar la responsabilidad del asegurador.

E. CONCRECIÓN A TRAVÉS DE UNA DECISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTENIDO INDIVIDUAL

1893. Dentro de la actividad contractual del Estado, la actividad sancionatoria de la administración se deriva, como ha quedado dicho, del ejercicio de potestades unilaterales de la administración en relación con el contratista, y se concreta en la expedición de actos administrativos de contenido individual y que afectan de manera directa los derechos subjetivos del contratista incumplido a través de la sanción impuesta que puede consistir en una multa, hacer efectiva la cláusula penal, o la caducidad misma del contrato.

1894. En el caso de la caducidad, además de devenir el acto del desarrollo de una facultad sancionatoria unilateral, en el derecho colombiano encuentra sus fundamentos en el ejercicio de una de las cláusulas de excepción definidas taxativamente por el legislador. Se trata de un típico acto contractual surgido del ejercicio igualmente autorizado de unilateralidad en los casos de aplicación de las cláusulas de excepción. Están comprendidos todos aquellos actos producidos durante la ejecución del contrato estatal, que derivan su existencia de la ejecución de las cláusulas de excepción, obviamente incorporadas dentro de los contratos en los cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 y parágrafo de la misma disposición, en concordancia con el 32 del mismo ordenamiento, es posible incluirlas sin violar el principio de legalidad.

1895. Por el contrario, las multas y la efectividad de la cláusula penal no se ubican en el ámbito de las cláusulas de excepción, pues su razón y justificación jurídica está dada de manera exclusiva en el reconocimiento legal de potestades sancionatorias unilaterales a la administración. El tema tiene importancia en relación con los actos contractuales, en razón a que su decreto por vía de acto administrativo no se discute dada la claridad de los mandatos de la Ley 1150 de 2007.

XI. EL CONTRATO Y EL INCUMPLIMIENTO DE LAS PRESTACIONES PACTADAS, PRESUPUESTO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

1896. La regla general y básica en materia de ejecución de los contratos es el cumplimiento de las prestaciones pactadas:

Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido. No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que el “pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales”. En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor...

1897. Se trata de un planteamiento elemental fundado en los principios de *pacta sum servanda* y *buena fe objetiva* que, de desconocerse por algunas de las partes, para el caso en estudio por el contratista, acarrea consecuencias no solo en relación con la suerte del contrato mismo (resolución tácita), sino en relación con la responsabilidad patrimonial del contratista en tratándose de contratos estatales (multas, cláusula penal, caducidad).

1898. En relación con la primera situación, esto es, la resolución tácita de los contratos con ocasión de su incumplimiento, basta recordar que el artículo 1546 C.C. establece que, “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplimiento por uno de los contratantes de lo pactado”. En esos casos, el contratante cumplido o quien se hubiere allanado a cumplir, puede solicitar la terminación o resolución del contrato, o su cumplimiento, al igual que la indemnización consecuente de los perjuicios que se le hubieren causado con el incumplimiento. Para la Corte Suprema de Justicia se trata de “sanciones destinadas a dotar las obligaciones de cualidad coercitiva”¹⁵⁶¹.

1899. La resolución¹⁵⁶² tácita de los contratos por incumplimiento es un modo de resolverlos: “estos son privados total o parcialmente de su eficacia, a causa del incumplimiento culposo de las obligaciones a cargo de una de las partes, si el contrato es bilateral [...] o del incumplimiento de la única parte obligada por el contrato unilateral”; en esos eventos se requiere de pronunciamiento judicial que declare el incumplimiento y ordene la terminación o resolución del contrato¹⁵⁶³, salvo que el incumplimiento sea de aquellos que dé lugar a la caducidad, en los cuales una de las posibilidades es que el acto correspondiente que la declare determine su terminación y liquidación.

1900. El incumplimiento culposo de las obligaciones contractuales por una de las partes, o de la que resulte obligada si el contrato es de los calificados como unilaterales por el Código Civil, esto es, que a

partir de criterios unilaterales una de las partes incurre en desconocimiento de sus obligaciones en perjuicio de la otra, conlleva, por lo tanto, la mora del contratante demandado, o el retardo culpable y renuente de una de las partes a cumplir lo pactado. Sin embargo, el carácter culposo en el incumplimiento excluye la procedencia de la pretensión en los casos en que la inejecución del contrato se haya producido por situaciones riesgosas como el caso fortuito y la fuerza mayor.

1901. Por otra parte, en aras de la claridad es importante resaltar que no puede existir incumplimiento ni culpa en el contratante cuando la otra parte no ha cumplido lo que le corresponde, caso en el cual se estructura la figura legal de la excepción de contrato no cumplido a que hace relación el artículo 1609 C.C., evento en el cual se supone, si se prueba el incumplimiento de la otra parte, la inexistencia de culpa en quien se abstiene de cumplir por esa causa¹⁵⁶⁴. En tratándose de la administración contratante como incumplida, esta excepción tiene una interesante evolución en la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado.

1902. La jurisprudencia contencioso administrativa acogió los trabajos de los iusprivatistas en torno a la denominada *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido); no obstante, su aplicación se considera atemperada por el principio del interés público o general que, conforme al artículo 3.º de la Ley 80 de 1993, rige los contratos estatales. Según la tesis del Consejo de Estado, el principio del artículo 1609 C.C.¹⁵⁶⁵ es procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando de “las consecuencias económicas que se desprendan del incumplimiento de la administración se genere una razón de imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado”¹⁵⁶⁶.

1903. En todos los demás casos opera la regla general de que el contratista está forzado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución. Esta posición ha sido reiterada en los últimos años y reconducida al cumplimiento de cuatro propósitos fundamentales para estructurar la excepción: que se trate de contratos sinalagmáticos; que el incumplimiento de la administración sea cierto y real; que tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el cumplimiento, y que quien la invoca no haya dado lugar al incumplimiento de la otra¹⁵⁶⁷. Si se demuestran esos presupuestos la administración pierde cualquier posibilidad de imponer multas o de aplicar cláusulas de excepción como la de caducidad al contratista¹⁵⁶⁸.

1904. En relación con la segunda situación, esto es, la que involucra sanciones derivadas de un ámbito de responsabilidad y patrimonial del contratista en contratos estatales (multas, cláusula penal, caducidad) por incumplimiento, nos encontramos ante una típica situación de consecuencias establecidas legalmente, de manera especial para los contratos estatales, reconociendo poderes y facultades unilaterales (multas, cláusula penal) y en otros casos excepcionales (caducidad) que le permiten declarar administrativamente esa situación contractual y proceder a la liquidación del contrato, o hacer uso de su poder de coacción y vigilancia, que le conceden los artículos 4.º y 14 de la Ley 80 de 1993, e incluso imponer multas cuando hayan sido pactadas.

XII. LAS SANCIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL CON OCASIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS

1905. Las sanciones que se pueden imponer en razón de los incumplimientos en materia de contratos estatales son tres: las multas, la efectividad de la cláusula penal, y la caducidad, todas ellas autorizadas por el legislador en el ámbito del ejercicio de las facultades configuradoras del orden jurídico en materia de contratación pública, conforme a lo ordenado en las artículos 150 numeral 25 y 352 de la

Constitución Política, pero que la administración concreta en cada caso en virtud de sus facultades de estructuración negocial y ordenación, las cuales debe ejercer en los términos y condiciones de la ley de contratación pública, conforme a las explicaciones que se harán para cada una de estas hipótesis.

A. MULTAS

1. CONCEPTO

1906. En materia de contratación estatal las multas son sanciones de naturaleza administrativa, autorizadas por el legislador de manera general en la ley de contratación pública (Ley 1150 de 2007), descritas de manera concreta en cada contrato por la administración (lo que desde luego también ha debido ser previsto al planificar y estructurar el respectivo negocio jurídico, en los términos del artículo 40 de la Ley 80 de 1993), e impuestas de manera unilateral por esta mediante un acto administrativo, previa verificación de los supuestos de incumplimiento descritos en ella, y con plena observancia y garantía del debido proceso.

2. ALCANCE EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS RECTORES

1907. Conforme a lo expuesto, corresponden a una especial y particular configuración sancionatoria derivada de las especificidades y problemáticas de la contratación estatal colombiana, en la cual la administración tiene una carga funcional importante y trascendente en la estructuración de los negocios del Estado, y por lo tanto en la determinación de sus contenidos esenciales, naturales y accidentales, lo que hace que en relación con el alcance de los principios definidos a propósito de la actividad sancionadora administrativa existan algunas variaciones fundamentales que pasamos a expresar.

1908. En relación con el debido proceso, la Ley 1150 de 2007 introduce modificaciones sustanciales al tema de las actuaciones administrativas sancionatorias en materia contractual ordenando el agotamiento de un proceso sancionatorio. El régimen sancionatorio debe regirse en todo, y de manera sustancial, por el concepto del derecho fundamental y garantía constitucional del debido proceso.

1909. Advierte de manera imperativa el decreto reglamentario que en todo caso no se podrá imponer multa alguna sin que se haya surtido el procedimiento señalado; esto es, establece una clara prohibición al desconocimiento del debido proceso y, en consecuencia, la configuración de una clara causal de nulidad del acto correspondiente de haberse omitido esta obligación y deber administrativo.

1910. En cuanto a la legalidad y tipicidad de la multa, se infiere de la Ley 1150 de 2007 que ella deviene de una facultad unilateral y por lo tanto excepcional de la administración derivada del deber de control y vigilancia que le corresponde a la administración contratante en los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Precisamente, en el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se destaca que, con fundamento en el deber de control y vigilancia sobre los contratos que le corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Al respecto agrega el párrafo del artículo en comento que la cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto, entre otros, a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

1911. Con respecto al alcance del principio de legalidad referido a la sanción y a su naturaleza, si bien las multas tienen naturaleza sancionatoria, también participan de una característica preponderantemente conminatoria, es decir que se constriñen al cumplimiento. En otras palabras, su objeto es ante todo conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, y en ese aspecto el decreto reglamentario destaca la imposibilidad de imponer sanción de multa si previamente no se ha conminado y el contratista no ha cumplido con lo establecido en la conminación, e igualmente la imposibilidad de sancionar al conminado que ha cumplido lo indicado en el llamamiento correspondiente. Esa es la razón para disponer que no se podrá multar al contratista que haya ejecutado la obligación pendiente, así hubiera estado en situación de incumplimiento pero allanado a las exigencias de la administración, obviamente conminatorias al cumplimiento pleno y adecuado de lo pactado.

1912. En lo atinente a la *reformatio in pejus*, tanto en relación con las multas como con las demás sanciones administrativas contractuales, es de resaltar que su observancia no encuentra acá terreno para abonar por la elemental pero contundente razón de que en el derecho colombiano solo procede el recurso de reposición contra los actos administrativos sancionatorios y aquella garantía se circunscribe al de apelación, razón esta más que suficiente para no entrar en mayores consideraciones.

1913. Por lo que respecta a la procedencia del principio de proporcionalidad en los términos expuestos en el acápite pertinente debe tenerse presente la metodología que se utilice en la redacción de la sanción de multa. Si la tipificación de la conducta infractora, al igual que la sanción correspondiente, está mediada de alguna manera por juicios de discrecionalidad de la administración, resulta inevitable la configuración del test de proporcionalidad analizado para efectos de evitar la arbitrariedad administrativa y la lesión desmedida o insuficiente de los derechos subjetivos del contratista. Por el contrario, si la descripción de la multa incorporada en el contrato, es estricta en la descripción de la conducta de incumplimiento de las prestaciones contractuales y la sanción consecuente no admite juicio o margen alguno de apreciación por el juzgador, nos encontramos ante una clara hipótesis de responsabilidad objetiva en relación con esa multa, situación que impide la operancia del principio en cuestión.

B. CLÁUSULA PENAL

1. CONCEPTO

1914. Se trata de una figura del Derecho Civil definida como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”¹⁵⁶⁹. La doctrina, en especial la chilena, considera que se trata de “la estipulación en que las partes de un contrato convienen que en caso de incumplimiento o retardo por uno de los contratantes, este quedará obligado a efectuar determinada prestación”¹⁵⁷⁰, y concluye que esta puede tener dos modalidades, a saber, la compensatoria y la moratoria, en el caso en que el objeto sea reparar el daño causado por el incumplimiento de la obligación, o cuando el objeto sea indemnizar el daño derivado de la mora, respectivamente¹⁵⁷¹.

1915. Al referirse al tema la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró que la cláusula penal encarna una de las posibilidades que el ordenamiento jurídico consagra para estimar los perjuicios¹⁵⁷², y destacó que esa estimación podía darse por la ley¹⁵⁷³, el juez¹⁵⁷⁴ o las partes¹⁵⁷⁵, situación última en la cual se enmarca la figura objeto de estudio, bien sea dicho¹⁵⁷⁶. Su

utilidad consiste en tres ventajas principales para el acreedor, en la medida en que lo libera de la carga de probar los perjuicios sufridos, invierte el régimen de culpa probada a culpa presunta del deudor, y evita las controversias en relación con la cuantía de los perjuicios¹⁵⁷⁷.

1916. Por su parte, al definir la cláusula penal, en sentencia del 19 de agosto de 2004 el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo que esa figura constituye un “cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios”¹⁵⁷⁸, relativo a la sanción que debe asumir el deudor por el incumplimiento de su obligación¹⁵⁷⁹.

1917. En materia de contratación estatal, hacer efectiva la cláusula penal configura una sanción de naturaleza administrativa por el incumplimiento objetivo de las obligaciones pactadas, autorizada por la ley civil y comercial (arts. 1592 a 1601 del C.C y 867 del C.Com), e integrada a la ley de contratación pública en virtud de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 y 17 de la Ley 1150 de 2007, descrita de manera concreta en cada contrato por la administración (lo que desde luego también ha debido ser previsto al planificar y estructurar el respectivo negocio jurídico, en los términos del artículo 40 de la Ley 80 de 1993), y exigible de manera unilateral por la misma, bajo criterios de proporcionalidad dentro de los límites pactados cuando sea procedente, mediante un acto administrativo, previa verificación objetiva del incumplimiento de las prestaciones convenidas y con plena observancia y garantía del debido proceso.

C. CADUCIDAD

1. CONCEPTO

1918. En materia de contratación estatal la caducidad del contrato es la máxima sanción de naturaleza administrativa, a través de la cual se penaliza el incumplimiento grave y directo de las obligaciones pactadas, en los eventos en que se pueda comprobar la posibilidad de que se paralice del objeto contractual, autorizadas por el legislador en la ley de contratación pública (Ley 80 de 1993 art. 18), incorporadas en todo contrato estatal que la ley indique, e impuestas de manera unilateral por la administración mediante un acto administrativo, previa verificación de los supuestos de incumplimiento descritos por el legislador y con plena observancia y garantía del debido proceso. La sanción se concreta en la terminación irremediable del contrato, la liquidación del mismo y la consecuente inhabilidad para el contratista incumplido de contratar con el Estado durante cinco años.

Las víctimas y la responsabilidad del Estado *

INTRODUCCIÓN. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL CONTEXTO DE LA BASE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1919. La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que se consagra en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del modelo de Estado social de derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Se trata de afirmar los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se circunscribe al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “garantismo constitucional”.

1920. De acuerdo con esos presupuestos, las consideraciones clásicas que sustentaban la responsabilidad del Estado en razones de interés subjetivo individualista ya no son las mismas bajo las condiciones y parámetros del Estado social y democrático de derecho, frente a las decisiones y operaciones administrativas, esto, en el entendido de que constituyen presupuestos insoslayables de la concepción social y democrática del Estado, que irradian y permean al derecho administrativo.

1921. Se trata de un problema complejo en el análisis e interpretación de los fenómenos que embargan las concepciones clásicas del derecho, en especial el de la responsabilidad del Estado, soportado durante muchos años en pilares estrictamente individualistas, pero que ante factores y circunstancias vivenciales de la sociedad misma, nos vemos avocados a reconstruir su entendimiento bajo consideraciones colectivas que van más allá de las simples elaboraciones y apreciaciones jurídicas de estricta estirpe subjetiva, reconociendo intereses y derechos indiscutibles en la comunidad. Situación esta que se advierte de manera irrefutable en materia urbanística y territorial al penetrar las intimidades fácticas, y las consecuentes propuestas jurídicas que surgen en relación con la responsabilidad que le pueda corresponder a todas y cada una de las entidades públicas estatales y particulares comprometidas en la dinámica urbanística y territorial, en relación con las cuales adicionalmente el legislador y las autoridades con competencia normativa han elaborado extensos regímenes de normas principios y reglas que determinan de manera concreta muchas de sus decisiones, actuaciones y operaciones.

1922. Resulta difícil a esta altura de la evolución de nuestras instituciones seguir considerando la responsabilidad del Estado como un fenómeno de estructura y materia exclusivamente individualista, ausente de contextura constitucional, cuando la realidad nos muestra que no se mide tan solo en la esfera de los intereses individuales, sino que puede comprender de manera activa a la comunidad en general, creando nuevas condiciones y afectaciones en cada uno de los miembros de la sociedad, e incluso en el mismo grupo social.

1923. El modelo constitucional de Estado social y democrático de derecho nos determina un camino sustancial diferente ante esa problemática conceptual de la responsabilidad del Estado. Sin desconocer el papel del individuo, sus derechos e intereses (por lo tanto sujeto posible de daños antijurídicos), el ordenamiento constitucional establece para el derecho de la responsabilidad del Estado una base de sustento que retoma y enaltece a la sociedad como un cuerpo material actuante y doliente con intereses y derechos comunes, en todo aquello que nos comprende y compromete colectivamente, por lo tanto, igualmente potencial destinatario de daños antijurídicos imputables a la administración pública.

1924. Derechos e intereses que devienen de la evolución sustancial de los derechos fundamentales, del reconocimiento al colectivo, esto es, a la generalidad de la población propiamente dicha, de titularidades jurídicas, de verdaderos derechos humanos en su conjunto, esto es, derechos que van más allá de las conquistas históricas individualistas de los derechos civiles y políticos, y que se plantean como la superación al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, y respuesta a los raudos y profundos cambios de la dinámica social y de las relaciones de la comunidad, y sobre todo, a las necesidades vitales del conglomerado.

1925. Conforme a lo expuesto, son varios los escenarios materiales en los cuales las acciones y omisiones de los agentes públicos o de los privados que cumplan funciones administrativas, pueden de alguna manera configurar hipótesis de daños antijurídicos y consecuentemente generar imputación de responsabilidad a las administraciones públicas.

I. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO A LA LUZ DEL ARTÍCULO 90 CONSTITUCIONAL. DAÑO ANTIJURÍDICO. IMPUTACIÓN. REPARACIÓN INTEGRAL

1926. En los términos del artículo 90 constitucional el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En ese sentido la cláusula constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁵⁸⁰ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico producido u ocasionado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹⁵⁸¹ tanto por la acción, como por la omisión (omisión propiamente dicha o inactividad) de un deber normativo¹⁵⁸². Luego en su construcción inicial, el régimen de responsabilidad considera tres elementos básicos: a. *El daño antijurídico*; b. *El juicio de imputación*, y c. *La reparación integral*. Tales elementos son el *mínimum*, el sustrato básico y esencial para encaminarse en la consideración de la responsabilidad¹⁵⁸³. Y es a esos tres elementos a los que cabe llevar la valoración de la actividad administrativa en materia urbanística y territorial.

A. EL DAÑO ANTIJURÍDICO

1. LA NOCIÓN DE DAÑO EN SU SENTIDO GENERAL

1927. El daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación solo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. En ese sentido el daño solo adquiere el carácter de *antijurídico* y, en consecuencia, es indemnizable si cumple una serie de requisitos como son: ser personal, cierto y directo. Tal como lo explica Mazeaud es

... un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: “donde no hay interés, no hay acción”. Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser “legítimo y jurídicamente protegido” [...]¹⁵⁸⁴.

[1928]. Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza; (2) el carácter personal, y (3) su carácter directo. Las doctrinas colombiana y francesa han planteado el la certeza como elemento constitutivo

del daño, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual¹⁵⁸⁵. En efecto, el Consejo de Estado ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto¹⁵⁸⁶⁻¹⁵⁸⁷, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio, por lo que “[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia”¹⁵⁸⁸.

1929. Entonces, la existencia es la característica que distingue al daño cierto; sin embargo, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se deben confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización¹⁵⁸⁹. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que el perjuicio aparece como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual¹⁵⁹⁰.

1930. La formulación de la responsabilidad del Estado comprende la determinación de la existencia, certeza e individualización (carácter personal, determinado o determinable) de un daño antijurídico.

1931. El daño comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar dos componentes: (i) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹⁵⁹¹, o la “lesión de un interés, o con la alteración *in pejus* del bien idóneo para satisfacer aquel, o con la pérdida o disponibilidad del goce de un bien que por lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”¹⁵⁹², y (ii) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable a) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o b) porque sea “irrazonable”¹⁵⁹³, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos, y c) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁵⁹⁴.

2. LA NOCIÓN DE DAÑO ANTIJURÍDICO

1932. Se considera como tal la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien la padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

1933. Así pues, daño antijurídico es aquel que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no existe una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

1934. El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁵⁹⁵ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹⁵⁹⁶; o la “lesión de un interés o con la alteración *in pejus* del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o

disponibilidad o del goce de un bien que por lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”¹⁵⁹⁷, y b) aquello que, derivado de la actividad, de la omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”¹⁵⁹⁸, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹⁵⁹⁹, y iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁶⁰⁰, o de la cooperación social¹⁶⁰¹.

1935. En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”¹⁶⁰². Así, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado

... que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia administración¹⁶⁰³.

1936. De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (art. 1.º) y la igualdad (art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2.º y 58 de la Constitución”¹⁶⁰⁴.

1937. Debe quedar claro que es un concepto constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹⁶⁰⁵. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁶⁰⁶, anormal¹⁶⁰⁷ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁶⁰⁸.

[1938]. Ello implica ampliar el espacio en el que se puede declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal –bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía– sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación¹⁶⁰⁹.

1939. Cabe advertir que la Carta Política de 1991 introdujo el concepto de daño antijurídico, cuya delimitación pretoriana no ha sido completa y ha suscitado confusiones, especialmente con el concepto de daño especial, al entender que la carga no soportable es asimilable a la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, lo que no puede admitirse y debe llevar a reflexionar a la jurisprudencia y a la academia acerca de la necesidad de precisar el contenido y alcance del daño antijurídico que, sin duda, se enriquece desde una visión casuística.

B. EL JUICIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1940. Determinada la existencia del daño antijurídico, cabe realizar el juicio de imputación que está compuesto por dos ámbitos: a. fáctico (propio al debate de la relación de causalidad, sus teorías, criterios y supuestos), y, b. ámbito jurídico (esto es, aquel en el que se indaga qué deberes normativos,

deberes positivos son incumplidos, omitidos, cumplidos defectuosamente, o existe inactividad en su eficacia¹⁶¹⁰). En ese sentido se puede afirmar que en la imputación el juicio no se agota en el análisis de la causalidad, pero lo incluye.

1. ANÁLISIS DEL ÁMBITO FÁCTICO Y DE LA ATRIBUCIÓN JURÍDICA (IMPUTACIÓN OBJETIVA, DEBER NORMATIVO Y DEBER POSITIVO)

1941. En el juicio de imputación se exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y b) la imputación jurídica¹⁶¹¹, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera de acuerdo con los distintos fundamentos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional). Debe tenerse en cuenta que la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó en el año 2012 la jurisprudencia (sents. del 19 de abril¹⁶¹² y del 23 de agosto de 2012^[1613]) en el sentido de afirmar que no existe un modelo cerrado, monolítico y restringido de los denominados “títulos de imputación”, sino que todo juez contencioso administrativo tiene la posibilidad de examinar todos y cada uno de los fundamentos que han operado en el régimen de responsabilidad del Estado, y aplicar aquél que pueda encuadrarse con base en los hechos y pruebas de cada caso, lo que es una expresión clara del principio sustantivo del *iura novit curia*.

1942. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene que la

... superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen¹⁶¹⁴.

1943. Cuando se habla del ámbito fáctico, se hace referencia al análisis que desde la perspectiva de la causalidad cabe hacer dentro del juicio de imputación, procurando determinar el alcance de la relación de causalidad, las eximentes que pueden operar, y la concurrencia causal que puede afectar ese momento de estudio de la imputación.

a. LA NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN

1944. En su definición básica, la *causalidad* es el vínculo, nexo, o ligamen que une la causa a un efecto, “siguiendo el principio que todo tiene una causa y que, en las mismas condiciones, las mismas causas producen los mismos efectos”¹⁶¹⁵.

1945. La doctrina del derecho de la responsabilidad señala que el

[...] carácter parcial y selectivo de la causalidad jurídica, que es en cierta medida ficticia, impone una relación directa e inmediata¹⁶¹⁶ de causa a efecto entre el hecho generador de un daño y aquel, que los jueces traducen simplemente por la exigencia de un <nexo directo de causalidad> entre ellos¹⁶¹⁷, necesario para determinar la obligación de reparar a cargo del autor.

1946. Luego, la causalidad entraña necesariamente la “apreciación humana”, que la infunde de su carácter subjetivo, exigiéndose a la víctima la carga de probar que el perjuicio causado es consecuencia directa o indirecta de un hecho dañoso. La causalidad no puede satanizarse como propia de la concepción primitiva, o como elemento ajeno al derecho y propio a las ciencias naturales. El mismo Kelsen, al momento de revisar los postulados de Hume, señaló que este “separó el problema de la causalidad en componentes ontológicos y epistemológicos afirmando que en la naturaleza no hay causalidad en el sentido de una conexión necesaria, sino solo una sucesión regular de los hechos”¹⁶¹⁸. Lo anterior, no quiere decir que ese es el único criterio en el que se erige la causalidad, sino que en la búsqueda de una ley general de causalidad, como lo recoge Kelsen, se llega a comprender que cuando “causas similares producen necesariamente efectos similares, es meramente un hábito del pensamiento que, originado en la observación de sucesiones regulares de los hechos, se torna una firme convicción”¹⁶¹⁹.

1947. De ahí, pues, que el propio Kant no excluye la causalidad, sino que la entiende integrada en un proceso complejo, ya que “la mera observación de la realidad no podía establecer la necesidad de una conexión entre dos hechos, como causa y efecto”¹⁶²⁰, constituyéndose la causalidad “en una noción innata, una categoría *a priori*, una forma inevitable y necesaria de la cognición mediante la cual coordinamos mentalmente el material empírico de la percepción sensorial”¹⁶²¹.

1948. Dicho lo anterior, se entiende que la causalidad sigue siendo elemento que, presente en el juicio de imputación, exige al juez la necesaria percepción y aprehensión de la realidad, permitiendo que la imputación se realice fundada en ella misma y no en simples conjeturas o suposiciones mentales desconectadas de las propias circunstancias de tiempo, modo y lugar que desencadenaron la producción del daño antijurídico¹⁶²².

1949. Precisamente, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado define la imputación como “la atribución jurídica del daño, fundada en la prueba del vínculo existente entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente demandado”¹⁶²³.

1950. Sin duda, la Sección Tercera del Consejo de Estado comprende que esa atribución no puede resultar de presupuestos mentales, o de creación ajena a la realidad, sino que es esta y sus especiales circunstancias las que ofrecen el material suficiente para establecer la relación entre el daño antijurídico probado y la acción u omisión del Estado, o de la entidad pública demandada.

1951. Concepto en el que se sostiene la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando advierte que

... para imputar conducta irregular a la Administración es presupuesto necesario que se predique de la demandada, una conducta que jurídicamente se derive de la existencia de un deber jurídico que permita evidenciar el comportamiento irregular, por acción o por omisión. El elemento de la imputabilidad en este punto es un presupuesto de la conducta irregular, de la actividad que desarrolló a quien se demanda, por acción o por omisión, nótese que el artículo 90 de la Carta Política condiciona en forma estricta la responsabilidad patrimonial del Estado al daño antijurídico que le “sea imputable, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Y sobre esos dos puntos, responsabilidad e imputabilidad¹⁶²⁴.

1952. Sin oponerse a la imputación, la irregularidad de la conducta conforme a un deber jurídico, exige evidenciar un elemento causal que permita determinar si se desarrolló dentro de los cauces exigidos, en la relación trabada entre el fundamento objetivo del deber y la acción u omisión concreta que se exige.

1953. La jurisprudencia de la Sección Tercera se ratifica en que

... en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en la cual se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones lo pone en una posición de riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública¹⁶²⁵.

1954. Luego, la sucesión causal seguirá presente cuando el daño se irroga con la ejecución de la carga pública, que debe ser observada en función de la realidad, de manera que el nexo causal permita concretar dicha imputación fáctica, o, por el contrario, se llegue a determinar la existencia de una eximente de responsabilidad de manera plena, o concurrente¹⁶²⁶.

1955. De acuerdo con lo anterior, no se puede plantear que la distinción entre causalidad e imputación se agota en el objeto que le es propio a la primera, estos es, de las ciencias naturales, y el de la segunda el derecho, porque la racionalidad exige que se parta de una sucesión de hechos, respecto de los cuales opera el pensamiento para permitir que, aplicando las reglas de cognición y de coordinación, se pueda alcanzar una percepción o convicción sensorial de la que se infiere el juicio o valoración jurídica del daño (atribución), o del hecho objeto del juicio de responsabilidad.

1956. Así mismo, más que un dualismo entre orden causal y sociedad (como se plantearía en términos de Weber), lo que se ha producido en el tiempo es un proceso de decantación de la relación entre causalidad e imputación, el cual tiene una serie de hitos a destacar: a) la “idea de la necesidad objetiva de la conexión causal”, fruto del espíritu del derecho consuetudinario, y que se corrige planteando que su fundamento está en el “principio de retribución”; b) la tendencia hacia el principio de equivalencia, partiendo de la base de que el efecto no debe ser igual a la causa, de tal manera que haría falta establecer un método en el que la proporcionalidad se ofrezca como determinante; c) la delimitación de la arbitrariedad que opera frente al *continuum* que supone la sucesión de hechos, porque no puede abiertamente descartarse como cadena hipotética sucesos que afectan la determinación del efecto, ya que “un análisis realista muestra que cada efecto es no solo el fin de una cadena de causas, sino también el comienzo de una nueva cadena y, a la vez, el punto de intersección de un infinito número de cadenas”¹⁶²⁷. En últimas, lo que se quiere, es separarse del principio de retribución; d) la sucesión temporal causa y efecto, que ha llevado a superar la primitiva concepción de la concatenación de hechos en un orden irreversible, a plantear como alternativa la elección entre posibilidades, donde el progreso del conocimiento, de la ciencia y de la técnica permiten una evolución dinámica de las mismas; e) la probabilidad estadística, que fue la tendencia que vino a propiciar un golpe fundamental en la ley de causalidad, y se abre paso el criterio de la predicibilidad, de manera que se establece como regla la “conexión probable”.

1957. Fruto de ese proceso en la relación causalidad-imputación, está la formulación de las fases de la imputación que Larenz señaló:

La imputación se produce en tres fases. En la primera se toma en cuenta un comportamiento corporal de la persona como acto... pues responsabilidad presupone... el poder de actuar sobre otro y, por ello, la posibilidad de una conducción de acontecer mediante la voluntad y de un control mediante la conciencia [...] En la segunda fase se trata de la imputación de la responsabilidad por las consecuencias ulteriores del acto [...] hasta qué punto se le puede imputar como “autor” la cadena causal puesta en marcha por la acción que con base en numerosos factores que inciden en ella puede producirnos unos efectos completamente distintos de los que el agente había previsto y de los que en otro lugar hubiera podido prever. Los criterios que por lo general se utilizan para llevar a cabo esta imputación “objetiva” son: la general idoneidad de la acción para la producción de un resultado semejante (teoría de la adecuación); el aumento del riesgo de producción de resultados

reprobados por el ordenamiento jurídico precisamente por este acto [...] desde hace mucho tiempo se admite la simple conexión causal, que puede llegar hasta el infinito, no basta para cargarlo todo [...] La tercera fase de la imputación [...] es la imputación de la culpabilidad¹⁶²⁸.

1958. Luego, la relación causalidad-imputación, lejos de excluirse permite armonizarlas, incluso en la propia tesis de la imputación objetiva¹⁶²⁹, o en la de la imputación del riesgo, donde el factor causal presta utilidad al momento de determinar si la lesión o daño se causó, o si cabe extraer una eximente que rompe la conexión o relación de causalidad.

1959. De ahí que proceder solo a un estudio de imputación jurídica, puede en ocasiones convertir en inmodificable la estructura de la responsabilidad extracontractual, ya que se resta la posibilidad de evaluar la cadena causal y escrutar las variantes; no de otra manera el artículo 90 de la Carta Política estaría orientado a establecer el daño antijurídico y la imputación, entendida esta como una atribución normativa del hecho, pero no solo desde la perspectiva del resultado, sino que se orientaría más, como ocurre en el derecho español, hacia la determinación de la lesión del patrimonio, sin importar la conducta, comportamiento, actividad o función desplegada, ni su licitud o ilicitud.

1960. De lo anterior se desprende la necesidad de advertir que no se puede imponer al juez una postura reduccionista, de manera que en virtud de la imputación como elemento determinante estaría llamado a constatar el daño antijurídico y la posibilidad de imputarlo, porque es posible que la labor probatoria se reconduzca más a un debate mecánico, y sin posibilidades de argumentación jurídica, y donde entraría a ponerse en cuestión el principio de proporcionalidad, rayando en la idea asistencialista o de aseguramiento universal en la que no puede caer una institución como la responsabilidad extracontractual del Estado.

1961. Teniendo en cuenta la praxis contenciosa del juicio de responsabilidad y las dificultades que la causalidad como presupuesto de la responsabilidad ha ofrecido (y superada la tendencia a aplicar la teoría de la equivalencia de condiciones), se viene abriendo camino la tesis de la imputación objetiva¹⁶³⁰, que debe ser moderada para que la posición del Estado no termine convirtiéndola en asegurador universal, y en revertir la idea de daño antijurídico e imputación como sustento, para aceptar que la atribución jurídica nos lleva al debate inicial subjetivo, porque solo determinando la posición y el deber jurídico podría deducirse la responsabilidad¹⁶³¹, lo que puede plantear que no estemos lejos de un escenario como el mencionado.

1962. Definida la distinción entre causalidad e imputación, y sin negar la necesidad de ambos elementos dentro del juicio de imputación, en el ámbito fáctico del mismo la tarea inicial es determinar si opera o no una de las causales eximentes de la responsabilidad, como se estudia a continuación.

b. ANÁLISIS DE LAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD: FUERZA MAYOR, HECHO DEL TERCERO, HECHO EXCLUSIVO O CULPA DE LA VÍCTIMA, Y EL ESTADO DE CONOCIMIENTOS DE LA CIENCIA Y DE LA TÉCNICA

1963. El juicio de imputación exige que, examinada la materialidad del hecho dañoso ocasionado, se analice en el ámbito fáctico si opera alguna de las eximentes de responsabilidad que se afirman en la teoría clásica de la responsabilidad extracontractual: fuerza mayor, hecho del tercero, el hecho exclusivo o culpa de la víctima, y el estado de conocimiento de la ciencia y de la técnica.

1964. En cuanto a la fuerza mayor¹⁶³², su fundamentación radica en tres elementos: la imprevisibilidad¹⁶³³, la irresistibilidad¹⁶³⁴ y el carácter externo del acto¹⁶³⁵, actividad o fuente

productora del hecho dañoso, a tenor de lo consagrado en el artículo 64 del Código Civil.

1965. Sin embargo, y fruto del constitucionalismo contemporáneo y del control de convencionalidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional comprende el alcance que puede darse, por ejemplo, a la consagración normativa de la fuerza mayor en la codificación civil, de tal manera que

[d]ebe [...] recordarse, que no es con los criterios del Código Civil como ha de interpretarse la Constitución, norma de normas. En éste caso en concreto, escapa a los criterios de razonabilidad el sostener que el secuestro, al ser un hecho de “posible ocurrencia” deba ser totalmente previsible. Por el contrario, partiendo del presupuesto de que es el Estado quien debe “proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” (art. 2 C.N) el secuestro es un fenómeno tan irresistible como imprevisible. En el caso concreto de los senadores, el mismo Estado brinda medidas especiales de seguridad previendo precisamente su mayor vulnerabilidad. Cuando esas protecciones no son suficientes, el individuo se encuentra ya en el campo de la imprevisibilidad. Una afirmación en contrario supondría que el Estado demanda a los ciudadanos una excesiva exigencia de autoprotección, que desborda las fronteras de la proporcionalidad¹⁶³⁶.

1966. La segunda causal eximente de responsabilidad consiste en el hecho del tercero, el cual debe estar revestido de cualidades como que sea (i) imprevisible, (ii) irresistible y (iii) ajeno a la entidad demandada. Es acertado que algunas decisiones sostengan que no se requiere que el hecho del tercero sea culposo para que proceda como eximente, y por otra parte, se tiene como exigencia que la causa (la actuación del tercero) sea adecuada. También se indica que corresponde a la entidad demandada probar los elementos constitutivos de este eximente de responsabilidad.

1967. La problemática que plantea el hecho del tercero radica en su análisis desde la óptica de la causalidad, o bien en el marco de la tendencia moderna de imputación objetiva, o en la construcción de los deberes positivos del Estado. Sin embargo, la tendencia es a reducir la discusión a la determinación de las condiciones para que el hecho del tercero opere, y si cabe exigir que se reúnan las mismas condiciones que para la fuerza mayor. Esto resulta equivocado si nos atenemos a los presupuestos inicialmente tratados en la ponencia, ya que sería valorar el hecho del tercero desde la perspectiva propia del debate de la causalidad, de la determinación que causalmente tiene como eximente la entidad para producir la ruptura de la “superada” relación de causalidad, cuyo lugar en el juicio de imputación que se elabora en la actualidad está en el ámbito fáctico de la imputabilidad del Estado.

1968. Pero, ¿cómo superar el tratamiento causalista del hecho del tercero? En primer lugar, debe decirse que fruto de la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, la concepción del hecho del tercero como eximente no debe convertirse en elemento que no permita hacer viable el contenido del artículo 90 de la Carta Política, sino que debe advertirse que en la situación en la que se encuentra Colombia, de conflicto armado interno, no puede entronizarse como supuesto eximente el hecho del tercero, ya sea ligado a los presupuestos (equivocados) de la fuerza mayor (imprevisibilidad e irresistibilidad), o a la naturaleza de la actividad, o la relación del sujeto que realiza el hecho dañoso, sino que debe admitirse, o por lo menos plantearse la discusión, de si cabe imputar, fáctica y jurídicamente, al Estado aquellos hechos en los que, contribuyendo el hecho del tercero a la producción del daño antijurídico, se logra establecer que aquel no respondió a los deberes normativos, a los deberes positivos de protección, promoción y procura de los derechos de los administrados, y de precaución y prevención de las acciones de aquellos que encontrándose al margen de la ley buscan desestabilizar el orden democrático y, poner en cuestión la legitimidad de las instituciones. Las anteriores premisas derivan en las siguientes cuestiones.

1969. El Estado no es un asegurador universal, simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado social y democrático de derecho que exige ya no solo la garantía de los derechos y libertades, sino su protección eficaz, efectiva y la procura de una tutela encaminada a cerrar la brecha de las debilidades del Estado, más cuando se encuentra en una situación singular como la de Colombia de conflicto armado interno, que representan en muchas ocasiones violaciones sistemáticas, o la aceptación de las mismas por actores que aunque no hacen parte del Estado, no dejan de ser ajenos a la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado.

1970. De acuerdo con la idea del “tercero” en el marco de un conflicto armado interno, no hay duda que no se requiere que haya un acuerdo o una “connivencia” entre el Estado y los terceros que producen violaciones sistemáticas a los derechos humanos. En ese sentido, la concepción del hecho del tercero debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su “posición de garante de vigilancia”, de la que derivan todos los deberes del Estado llamado a ofrecer la protección debida, a corresponderse con los deberes positivos, y que implica que debe actuar frente a situaciones que amenacen o puedan desencadenar un daño como consecuencia de las acciones de terceros, sin que sea admisible permitir que opere como cláusula de cierre de la eximente de que se trata de actos indiscriminados, o que se deba contar con la verificación de la misma amenaza, sino que es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos.

1971. Debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de estos, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado”¹⁶³⁷.

1972. Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no se vaya a producir, pues la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

1973. Generalmente se trata de casos en los que el Estado complementa su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúan como auxiliares, pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado¹⁶³⁸.

1974. El hecho del tercero no es una causal que permita al juez crear una regla general como máxima, sino que, por el contrario, lo invita a analizar, teniendo en cuenta las especiales condiciones del Estado colombiano, cuándo, en qué medida, y bajo qué proporcionalidad el Estado estaría llamado a responder; en otras palabras, le sería atribuible (fáctica y jurídicamente) un daño antijurídico producido por un tercero, sin acudir a verificar los vínculos o relaciones de este con la administración pública, sino a partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista.

1975. Sin duda, el tratamiento que se pueda dar al hecho del tercero en la visión propia de los tiempos que corren, no permite que sigamos anclados en el modelo clásico causalista, y más bien nos centremos en la vocación que el instituto de la responsabilidad debe atender como una herramienta complementaria para tutela de los derechos de los administrados, especialmente de los derechos humanos; factor de convivencia y del logro de la paz, e instrumento que permite aplicar una justicia

redistributiva donde sea el principio de solidaridad el que opere, no la visión individualista propia de los orígenes del mismo instituto.

1976. El hecho del tercero debe convertirse en una excepción a la regla general de la primacía de la víctima en la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, como criterio garantístico, finalístico y principal para dotar al Estado de una herramienta con vocación preventiva, no simplemente como verificación de hechos que sistemáticamente se producen y no tienen eco en la actividad del Estado para procurar tratarlos, superarlos y, así alcanzar la reconciliación nacional.

1977. La tercera causal eximente es el hecho exclusivo o culpa de la víctima, cuya construcción inicial radica en el artículo 2357 del Código Civil, y que ha tenido sustento en similares fundamentos que los afirmados para la fuerza mayor y el hecho del tercero. Se trata de un eximente en el que la valoración subjetiva de la ocurrencia del hecho dañoso debe revestir tal carácter probable y determinante, pero, especialmente, debe permitir constatar la imprevisibilidad¹⁶³⁹ frente a la actividad que desplegada por la administración pública. Además, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha matizado el carácter culposo de la acción de la víctima, ya que es posible que esta concorra con la actividad (inactividad) de la administración pública¹⁶⁴⁰, y en otras ocasiones se condiciona a la capacidad de la víctima para discernir sus actos.

1978. Finalmente, cabe considerar como causal eximente el denominado “estado de conocimientos de la ciencia y de la técnica”, que deriva de los riesgos del desarrollo o tecnológicos. De acuerdo con la doctrina, el

... progreso tecnológico se va situando a un ritmo trepidante en nuevos escenarios en los que no se conoce con certeza los posibles efectos de las nuevas tecnologías, precisamente porque son nuevas y no se dispone con frecuencia ni del conocimiento científico previo, ni de una experiencia dilatada y significativa de su aplicación, ni se saben con certeza la incidencia y efectos recíprocos que pueda con otras tecnologías, productos, organismos o el medio ambiente en general¹⁶⁴¹.

1979. Sin duda el ámbito fáctico es esencial, y no cabe cuestionarlo, pero tampoco comprender que es el escenario que agota el juicio de imputación, sino que, por el contrario, debe integrarse al análisis de la atribución jurídica, en donde por virtud del principio de imputabilidad adquiere mayor relevancia la cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado.

1980. El último ingrediente del ámbito fáctico es la relación de causalidad, entre el hecho, la actividad, la acción, la omisión o la inactividad y el daño antijurídico producido, del cual deben examinarse sus elementos básicos.

c. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO ELEMENTO DEL JUICIO DE IMPUTACIÓN FÁCTICA

1981. La premisa para abordar la relación de causalidad es que después de superar la delimitación de las eximentes que han podido operar para un caso en concreto, y sin que estas se hayan demostrado como la causa adecuada, única, determinante y exclusiva del daño antijurídico, al operador jurídico (juez contencioso administrativo) le corresponde determinar si tal daño es el resultado de la acción, actividad, omisión, inactividad o decisión que la administración pública despliega¹⁶⁴².

1982. El nexo de causalidad es un concepto naturalístico que sirve de soporte necesario a la configuración de la imputación del daño antijurídico, lo que supone, *prima facie*, un juicio inicial de atribución fáctica (*imputatio facti* u objetiva) con el que se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un acción, actividad, servicio, omisión o inactividad de la administración

pública, comprendiéndose como un ámbito de causalidad material, que no es el único que debe ser objeto de valoración cuando se trata del juicio de imputación de responsabilidad¹⁶⁴³.

1983. Se trata de un elemento con el que se busca establecer bajo qué presupuestos causalistas dicho nexo se puede afirmar o, de no quedar plenamente establecido, si hay lugar a la responsabilidad por ausencia de imputación. Dichos presupuestos se relacionan con la actividad inherente, propia, ordinaria, normal, asignada, desplegada y exigible de la administración pública, y que ha sido objeto de una consagración pretoriana en la jurisprudencia contencioso administrativa con base en los siguientes criterios: (i) el nexo con el servicio como expresión de dicha relación (*v.gr.*, actuación irregular en horas del servicio¹⁶⁴⁴, disponibilidad permanente, lugar de prestación, que se esté desplegando en servicio activo¹⁶⁴⁵, el origen del elemento o bien inherente al servicio¹⁶⁴⁶, anomalía administrativa¹⁶⁴⁷, o relación con obra pública¹⁶⁴⁸); (ii) debe permitir establecer que entre el resultado lesivo y la falta o falla en el ejercicio de la función, deber o actividad pública asignada existe un vínculo que permite imputar al Estado del hecho, o si operaron otras causas (*v.gr.*, muerte de menor durante su primer salto de paracaidismo deportivo¹⁶⁴⁹); (iii) debe sujetarse al fundamento según la cual la relación se establece porque la causa es la única, exclusiva, eficiente¹⁶⁵⁰ o determinante¹⁶⁵¹; (iv) en otras ocasiones dicha causa debe ser directa (*v.gr.* muerte de menor por deshidratación en caso de prestación del servicio médico¹⁶⁵²) e inmediata¹⁶⁵³; (v) durante treinta años se ha afirmado como hipótesis la equivalencia de condiciones¹⁶⁵⁴ (cualquier causa puede contribuir a producir el daño enervando o imputando la responsabilidad a partir de ella), para luego avanzar hacia la causa adecuada¹⁶⁵⁵ (el daño se produce por un hecho que normal y ordinariamente lo debe ocasionar) para establecer la relación de causalidad (*v.gr.*, caso de muerte de señora a la que se practicó previamente un legrado¹⁶⁵⁶); (vi) en todo caso la determinación de la relación de causalidad tiene que ver con el juicio de imputación fáctica, y no así con la atribución jurídica¹⁶⁵⁷; (vii) en ocasiones se exige que las causas físicas tengan su origen en la misma acción, actividad, omisión o inactividad (*v.gr.* caso de atropellamiento de peatón en el que interviene un taxista¹⁶⁵⁸); (viii) cuando se trate de actividades riesgosas para el establecimiento de la relación de causalidad es indispensable que la causa del hecho dañoso sea exclusiva y determinante en el marco del ejercicio de su despliegue (*v.gr.* accidente en el que resultan lesionados miembros de la fuerza pública¹⁶⁵⁹); (ix) en los eventos de ataques de grupos armados insurgentes se puede establecer dicha relación a partir del resultado dañoso y de los deberes que en cabeza del Estado se deben desplegar para la protección eficaz de los derechos de las personas¹⁶⁶⁰ (población civil), y sustentarse en la prueba indiciaria para su demostración¹⁶⁶¹; (x) en materia de responsabilidad médica se ha planteado la tesis según la cual se puede establecer la relación de causalidad en casos cuya complejidad de los hechos lo amerita, a partir de la probabilidad determinante (*v.gr.*, paciente que fallece durante la prestación del servicio de salud y que padecía de enfermedad coronaria de base¹⁶⁶²), o indiciariamente¹⁶⁶³; (xi) en los eventos de responsabilidad por omisión la relación a establecer es con la “omisión de la conducta debida”¹⁶⁶⁴.

1984. En todo caso, cuando el juicio de imputación fáctica se realiza a partir de la acción, la actividad, el servicio, la omisión o inactividad de la administración pública, debe comprender no solo los elementos materiales o naturalísticos del despliegue, de su no concreción o de la insuficiencia en el mismo, sino también verificar que estos se corresponden a los contenidos obligacionales que existen en cabeza del Estado para cumplir con las funciones, deberes y mandatos convencional, constitucional y legalmente conferidos¹⁶⁶⁵, bajo presupuestos que no se agotan en la constatación de la existencia de una actividad administrativa o pública, y se proyectan hacia la concreción de los principios de

optimización y de eficacia de la administración pública, de los que se derivan obligaciones positivas a las que debe obedecer para el pleno respeto de los derechos, bienes e intereses jurídicos tutelados a los administrados en el Estado Social de Derecho¹⁶⁶⁶.

1985. Una vez planteados los fundamentos en los que se sustenta la determinación de la relación de causalidad, como último ingrediente del juicio de imputación fáctica se debe examinar la concurrencia o concausalidad.

d. LA CONCURRENCIA DE CAUSAS O LA CONCAUSALIDAD EN EL JUICIO DE IMPUTACIÓN FÁCTICA

1986. El juicio de imputación fáctica por el(los) daño(s) antijurídico(s) que se produce exige determinar si dicho resultado está solo en cabeza de la administración pública, bien sea por su acción, actividad, servicio, omisión o inactividad, o si para su concreción es necesaria la intervención de diferentes integrantes de la administración pública, o puede ser necesaria la intervención de un tercero particular, o de la propia víctima en su consumación. Se trata de causas que no siendo únicas, exclusivas, eficientes y determinantes, son necesarias por su contribución a la producción del daño antijurídico, siendo inescindibles en el “iter” del hecho dañoso, de manera que la exclusión de alguna de ellas impide la consumación parcial, completa o total de dicho hecho.

1987. La concurrencia de acciones, actividades, servicios, omisiones o inactividades realizadas por diferentes sujetos de derecho público que hacen parte de la administración pública no impone una dificultad para su atribución si la premisa para atribuir la responsabilidad fáctica y jurídica supera la tesis organicista del Estado. De manera que si bien pueden actuar diferentes entidades públicas o agentes del Estado, la responsabilidad se afirma del Estado al radicar en este todas las funciones, deberes y mandatos convencionales, constitucionales o legales¹⁶⁶⁷, generando una responsabilidad solidaria¹⁶⁶⁸.

1988. No obstante, cuando dicha concurrencia se presenta entre las acciones, actividades, servicios, omisiones o inactividades y los actos u omisiones de las propias víctimas, o de terceros, la comprensión implica hacer responsable a todos aquellos que hayan contribuido a la producción del daño antijurídico. Puede afirmarse una premisa clásica del derecho de la responsabilidad según la cual si “el ejercicio de muchas personas, de actividades similares, no puede más que atender a un resultado global limitado, parecería que cada una pierde eficacia en los que las otras lo ganan”¹⁶⁶⁹.

1989. Este último supuesto y la premisa llevan a comprender que en aquellos casos en los que el Estado interviene en la producción del daño antijurídico, un tercero, el hecho o la culpa de la propia víctima¹⁶⁷⁰, o la culpa personal del agente¹⁶⁷¹, y lo desplegado o dejado de hacer por estos, no es exclusivo y determinante, habrá lugar a afirmar la concausalidad¹⁶⁷², lo que implica una atribución fáctica de la responsabilidad de todo aquello en lo que contribuyó el sujeto sobre el que recae el juicio de imputación, y con base en lo que se afirmará, tanto en términos de atribución jurídica (en algunos eventos ha servido para que en caso de concurrencia de dos actividades peligrosas se afirme la exigencia de la demostración de la falla probada en el servicio¹⁶⁷³, o implica la contribución de ambas en la producción del daño antijurídico¹⁶⁷⁴), en la afirmación de la solidaridad de la responsabilidad¹⁶⁷⁵, así como en la dosificación del *quantum* indemnizatorio al momento de valorar la reparación de los perjuicios¹⁶⁷⁶, e incluso la ausencia de imputación a la administración pública cuando concurre el hecho de la víctima y de un tercero¹⁶⁷⁷.

1990. Sin duda, el ámbito fáctico es esencial, y no cabe cuestionarlo, pero tampoco entenderlo como el escenario que agota el juicio de imputación, sino que debe integrarse el análisis de la atribución jurídica, en donde por virtud del principio de imputabilidad adquiere mayor relevancia la cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado.

2. ÁMBITO JURÍDICO DE LA IMPUTACIÓN. ATRIBUCIÓN JURÍDICA

1991. Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad¹⁶⁷⁸, según el cual la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando exista el sustento fáctico y la atribución jurídica¹⁶⁷⁹. Debe quedar claro que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹⁶⁸⁰.

1992. En cuanto a ello, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”¹⁶⁸¹. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”¹⁶⁸².

1993. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que estos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”¹⁶⁸³. Con lo anterior se logra superar definitivamente en el juicio de responsabilidad la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no¹⁶⁸⁴. Es más, se sostiene doctrinalmente

... que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños¹⁶⁸⁵.

1994. Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad¹⁶⁸⁶ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, motivando así el juicio de imputación. En este marco dicho juicio obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación¹⁶⁸⁷ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”¹⁶⁸⁸.

1995. En ese sentido la jurisprudencia constitucional indica que

... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o

de protección¹⁶⁸⁹ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹⁶⁹⁰. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde solo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano¹⁶⁹¹.

[1996]. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante¹⁶⁹².

1997. Dicha formulación no debe suponer, lo que la Sala debe remarcar, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado en una herramienta de aseguramiento universal¹⁶⁹³, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación (de la administración pública) sea siempre fuente de riesgos especiales”¹⁶⁹⁴, y que, además, debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho¹⁶⁹⁵.

1998. Sin duda debe plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, se analice la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁶⁹⁶, sino que cabe examinar si procede encuadrar la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos¹⁶⁹⁷, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado social y democrático de derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas o, finalmente, si se encuadra en el riesgo excepcional.

1999. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera

... en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación¹⁶⁹⁸.

2000. Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo¹⁶⁹⁹ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada¹⁷⁰⁰. En otras palabras, y siguiendo a la doctrina, el

... contencioso-administrativo y la responsabilidad patrimonial juegan así ese papel de control y garantía, pero, al mismo tiempo, coadyuvan a la eficacia porque enseñan, en primer lugar, cómo no se debe actuar si se quiere conseguir tales o cuales objetivos e influyen o deberían influir en el modo de actuación futuro que evite el daño y, en consecuencia, el tener que pagar una indemnización¹⁷⁰¹.

a. LA AFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

2001. Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”.

2002. En cuanto a ello, cabe precisar que en la actualidad la tendencia de la responsabilidad del Estado está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuándo un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”.

2003. Esta tendencia marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante, donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesaria para considerar si cabe la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y motivar así el juicio de imputación. En ese marco, dicho juicio obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se tenga como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”.

2004. Dicha formulación no debe suponer, cosa que la Sala debe remarcar, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva, o de la construcción jurídica de la responsabilidad objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir la responsabilidad extracontractual del Estado en una herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación (de la administración pública) sea siempre fuente de riesgos especiales”.

2005. Sin duda, cabe comprender que esa atribución no puede resultar de presupuestos mentales, o de creación ajena a la realidad, sino que es esta y sus especiales circunstancias las que ofrecen el material suficiente para establecer la relación entre el daño antijurídico probado y la acción u omisión del Estado, o de la entidad pública demandada.

2006. Sin oponerse a la imputación, conforme a un deber jurídico la irregularidad de la conducta exige evidenciar un elemento causal que permita determinar si se desarrolló dentro de los cauces exigidos, en la relación trabada entre el fundamento objetivo del deber y la acción u omisión concreta que se exige.

2007. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

b. FUNDAMENTOS PARA LA ATRIBUCIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD A PARTIR DE CRITERIOS DE MOTIVACIÓN DE LA IMPUTACIÓN O RAZONABILIDAD. CRISIS DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA DE LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN

2008. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁷⁰² tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción como por la omisión (omisión propiamente dicha o inactividad) de un deber normativo.

2009. Además de los anteriores elementos esenciales para la afirmación de la responsabilidad extracontractual, es preciso distinguir entre los criterios de motivación –de razonabilidad– de la imputación (falla –simple, probada y presunta–, daño especial, riesgo excepcional), del fundamento de la responsabilidad, lo que se tiende a confundir con frecuencia por la jurisprudencia contencioso administrativa. En cuanto a las primeras, las condiciones, “su estudio intrínseco constituye por tanto un problema de técnica jurídica”.

2010. Por el contrario, el fundamento de la responsabilidad se sitúa más allá de la técnica propiamente dicha y está constituido por la explicación que puede ser dada apelando de hecho a esas diversas condiciones. Por tanto, nos encontramos en presencia de dos problemas que, si bien están estrechamente ligados, son no obstante distintos: de una parte, el problema técnico de las condiciones para establecer la responsabilidad y, de otra, el problema del fundamento de la responsabilidad, es decir “la explicación de la técnica”¹⁷⁰³.

2011. Se exige, pues, que la jurisprudencia contencioso administrativa revise si se ha dejado de lado la exigencia de motivar razonada y razonablemente el juicio de imputación que se realiza a las administraciones públicas, y se ha primado la afirmación de sus criterios de motivación –razonabilidad–. No se trata, pues, de promover el encuadramiento rígido de los diferentes supuestos de responsabilidad en uno de los criterios, sino en contar con ellos como herramienta de argumentación o fundamentación que no puede ser excluyente, de tal manera que siempre se parta de analizar la falla en el servicio¹⁷⁰⁴, y en caso de no proceder se analicen otros criterios, como el daño especial, el riesgo excepcional y la imputación objetiva propiamente dicha.

2012. Ahora bien, el tratamiento de cada uno de esos fundamentos permite considerar ciertos criterios en los que se sustenta. La falla en el servicio es un régimen subjetivo de responsabilidad en el que se analiza el hecho, la acción, la actividad, el servicio u operación de la administración pública, y se verifica si se cumplió anormal o indebidamente con las obligaciones pre-existentes. Pero puede

también que se trate de una falla por la omisión en el cumplimiento de tales obligaciones, o por la realización insuficiente del despliegue exigido por estas.

2013. Examinando la concreción de dicha falla en las actividades de los agentes de la administración pública en el marco de su ejercicio, pero determinando el eje de imputación en el presupuesto adjetivo de imputación, que no en la valoración singular del acto, conducta u omisión particular de cada agente (que puede derivar en la falla, o puede constituir una culpa personal), como desde la tradición jurisprudencial francesa se transmitió en el fallo *Pelletier*.

2014. La falla en el servicio puede graduarse de dos maneras: en cuanto se trata de aquella que está probada, o de aquella que se presume. La regla general que ha venido operando en la jurisprudencia contencioso administrativa nacional (bajo los influjos del derecho francés) ha sido que debe probarse la falla en el servicio, es decir, que la acción, la actividad, la prestación del servicio, la omisión o la inactividad con la que se produce el daño antijurídico debe estar sustentada en la prueba directa, o incluso indirecta, del incumplimiento, anormal funcionamiento o insuficiente prestación o ejecución. Pero en determinados eventos (*v.gr.*, falla en el servicio médico, falla en la realización de obras públicas, falla en el uso de armas de dotación oficial, etc.) la jurisprudencia admite que puede presumirse, siempre que exista un mínimo de prueba que permita establecer la existencia de la actividad, omisión o inactividad como desencadenante del daño antijurídico, aunque no se tengan todos los elementos para atribuirlo jurídicamente.

2015. Se presume que la falla en el servicio ha abierto la posibilidad de acudir a sucedáneos probatorios para su valoración, como el empleo de los supuestos del *res ipsa loquitur*, la *faute virtuelle*, o la “carga dinámica de las pruebas”, los que en esencia se encaminan a definir los elementos de demostración con los que pueda imputarse jurídicamente el daño antijurídico derivado del incumplimiento de la administración pública en el funcionamiento normal de prestación del servicio o actividad.

2016. Como régimen de responsabilidad, el daño especial se elaboró a partir de la concepción de igualdad de las cargas públicas que pesan sobre los administrados; esto implica considerar (i) que las cargas ordinarias o normales que se aplican sobre todos los ciudadanos o sectores específicos de ellos deben ser asumidas como un sacrificio o carga ordinaria frente al Estado, pero (ii) los sacrificios particulares a que se vea abocado un ciudadano a consecuencia de un acción lícita del Estado corresponde a una situación anormal que amerita ser compensada; así las cosas, aquí se prescinde por completo de la noción de actividad riesgosa.

2017. Sobre los elementos que se deben reunir para la configuración del daño especial la doctrina ha sostenido:

[...] la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida social [...] La especialidad es una condición inherente a la responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas: esta no puede en efecto considerarse como realizada sino cuando un ciudadano administrado puede prevalerse de un tratamiento especialmente desfavorable que le haya impuesto sacrificios particulares¹⁷⁰⁵.

2018. El daño especial como fundamento de la responsabilidad se debe corresponder con los siguientes criterios: (1) cuando se produce el daño antijurídico este debe ser anormal; (2) a partir de una actividad lícita del Estado; (3) que en el desarrollo de la misma se concrete una ruptura en el principio de igualdad de las cargas públicas, esto es, que se limite desproporcionada e irrazonablemente el ejercicio de un derecho, el disfrute de un bien o la disposición del mismo que implique una degradación,

desmejora o restricción en sus elementos esenciales, (4) lo que implica la afectación al principio de solidaridad, entendido en el sentido de afirmar que las cargas públicas asumibles por todo administrado no son solo las que la ley impone, sino aquellas que se derivan de los deberes convencionales y constitucionales (como se desprende de lo consagrado en los artículos XXIX a XXXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y del artículo 95 de la Constitución Política), y que excedidos, o desproporcionalmente exigidos, llevan a producir un daño antijurídico que es imputable por haber sido excedida la carga imponible ante el beneficio colectivo que se entiende favorecer.

2019. Finalmente, el riesgo excepcional es un fundamento de imputación objetiva que se ha querido asimilar en sus presupuestos al daño especial¹⁷⁰⁶, lo que se ha deformado con construcción dogmática. Se trata de atribuir jurídicamente la responsabilidad en atención (i) a la naturaleza de la actividad (concepción tradicional desprendida del artículo 2356 del Código Civil); (ii) a la creación de un riesgo inherente o intrínseco a la actividad, o derivado de la ejecución o realización de esta, y (iii) al incremento o modificación de un riesgo existente y creado.

2020. La jurisprudencia inicial del Consejo de Estado (sentencia del 2 de febrero de 1984) asumía que el riesgo excepcional como fundamento de la responsabilidad exigía como elementos la (i) existencia de una gravedad de estos; (ii) con lo que se producía un exceso en las cargas que normalmente estaban llamados a soportar los particulares en relación con las ventajas que resultan del servicio, y (iii) no concurre el hecho exclusivo o culpa de la víctima (se trataba del caso de la caída de las redes de energía eléctrica¹⁷⁰⁷).

2021. Luego la jurisprudencia agregó (iv) que para que opere este fundamento no debe intervenir la administración pública en la producción del daño antijurídico, siendo ocasionado por el riesgo que se crea al realizar o ejecutar una determinada actividad (*v.gr.*, la prestación del servicio de energía pública¹⁷⁰⁸).

2022. En la jurisprudencia de la Sección Tercera de 1996 se limitó la aplicación de dicho fundamento, afirmando que no es posible encuadrar todas las actividades que desarrolla la administración pública¹⁷⁰⁹. Por el contrario, en la Sentencia del 16 de junio de 1997 se sostuvo que ese fundamento opera cuando se trata del riesgo creado por el Estado al desplegar “cierto tipo de actividades que por sí solas representan un peligro para los asociados”¹⁷¹⁰. Se incorporó, pues, como elemento, la presunción de peligro a determinadas actividades que al ser inherentes e intrínsecas se pueden valorar por los riesgos que se crean con su realización, desarrollo o ejecución.

2023. Luego se introdujo la presunción de la responsabilidad cuando a los bienes del particular se los expone a un riesgo excepcional, el que “dada su gravedad excede las cargas normales que deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de dicho servicio público”¹⁷¹¹.

2024. Ahora bien, a partir del año 2000 en la jurisprudencia de la Sección Tercera se sigue sosteniendo que ese fundamento opera cuando se trata de cosas o actividades peligrosas, “porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella”¹⁷¹². Argumentación que se orientó a afirmar que se puede encuadrar cuando consiste en la “creación por el Estado de la contingencia o proximidad de un daño con el advenimiento de los servicios públicos, de las funciones administrativas estatales y de la construcción de obras públicas”, que pese a ofrecer un beneficio para la comunidad, representa un exceso en las cargas normales u ordinarias a las que está llamado todo administrado a soportar¹⁷¹³.

2025. El debate es más complejo cuando se trata de encuadrar ese fundamento en aquellos eventos relacionados con ataques de grupos armados insurgentes, o en actos propios del conflicto armado. En un primer momento se afirmó que el sometimiento de una persona a la que se solicitó su medio de transporte para trasladar a miembros de la fuerza pública se encuadraba en una situación de riesgo excepcional¹⁷¹⁴. Por el contrario, cuando se trata de un miembro de la fuerza pública no es aplicable ese fundamento porque esas personas asumen los riesgos inherentes a su actividad como propios del servicio¹⁷¹⁵, o no se desprenden de su ejercicio normal¹⁷¹⁶.

2026. Se puede afirmar que el riesgo excepcional es un fundamento para atribuir jurídicamente la responsabilidad al Estado lo que se sustenta en tres elementos: (i) la inherencia o carácter intrínseco de los peligros de una actividad, servicio o acción de la administración pública; (ii) de las que se puede crear, incrementar o modificar un riesgo que se concreta en una amenaza seria, inmediata, irreversible e irremediable para un derecho, bien o interés jurídico, o en la concreción de un daño antijurídico de un administrado, y (iii) respecto de la que cabe afirmar la legitimidad y legalidad de la actuación de la administración pública, y la no intervención de la propia víctima en la producción del mencionado daño.

2027. Una vez examinado el juicio de imputación es necesario tratar el último elemento del régimen de responsabilidad, esencial en el modelo actual del Estado social de derecho, y de la vocación hacia la protección de la víctima a partir del artículo 90 constitucional, como es la reparación integral de los perjuicios ocasionados como consecuencia del daño antijurídico imputado.

C. LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO PRINCIPIO Y DERECHO SUSTANCIAL EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

2028. La reparación de las víctimas no es una construcción reciente. Su configuración temprana invitaba al restablecimiento de las cosas al estado anterior a la producción del daño. La lógica que imperaba se centraba en dejar indemne en función de las propiedades, características y condiciones de los bienes objeto del daño antijurídico producido¹⁷¹⁷. En el curso del tiempo dicha formulación se orientó, jurisprudencial y doctrinariamente, hacia el reconocimiento de la compensación económica por la afectación al patrimonio¹⁷¹⁸, desde una perspectiva simplemente económica, desprovista de cualquier otra dimensión¹⁷¹⁹.

2029. Del examen histórico jurídico se desprende que en el derecho romano fueron cinco los elementos a tener en cuenta en la delimitación del perjuicio objeto de reparación: a) el *furtum*, como “toda acción realizada respecto de una cosa, considerada en su materialidad, que suponía la violación del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho perteneciente a su propiedad”; b) el *damnum iniuria datum* (procede de la Lex Aquilia), como el “resultado de la primera evolución de la jurisprudencia romana y comprende todos los daños ocasionados a las cosas”. Consiste “en la destrucción o en la lesión de una cosa corporal a la cual se hace equivaler la sustracción de la cosa sin destrucción física o incluso la alteración de la cosa sin corpórea lesión de la misma”. Exigía la *iniuria* “que el daño no fuera conforme a derecho”; c) de modo que se consideraron las lesiones corporales y la muerte de una persona (*Adriano/utilis Aquiliae actio*), y los daños causados por animales, y d) la *iniuria* que comprende, entre otros,

... las ofensas y la “contumelia”, pero también cualquier intencional e injusta manifestación de desprecio de la personalidad, como puede ser la perturbación del uso en común de una cosa, el hecho de impedir al propietario

extraer los provechos o los frutos de las cosas o penetrar en la posesión ajena contra la voluntad de propietario.

2030. En el ordenamiento jurídico colombiano (Código Civil) los anteriores elementos tienen como sustento legal la consideración del daño como fuente de las obligaciones (art. 1494), y como concepto de la responsabilidad aquiliana (arts. 2341 y ss.). En su evolución en nuestro ordenamiento jurídico, en la Carta Política de 1886 la responsabilidad y la obligación de reparar los perjuicios encontraba como fundamento los artículos 16, 29, 30, 33 y 51, planteándose que siendo el daño el hecho que se concreta en la afrenta, menoscabo, afectación, vulneración de un bien, interés o derecho subjetivo de toda persona, el perjuicio comprende las consecuencias que se derivan de ese daño para la víctima (desde una perspectiva subjetiva). Lo anterior se superó con la Carta Política de 1991, donde el artículo 90 plantea la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico, del que se hacen derivar los perjuicios comprendidos en la misma dimensión de consecuencias que patrimonial, extrapatrimonial, material o inmaterialmente producen unos efectos que deben ser objeto de reparación, resarcimiento o compensación.

2031. Un concepto allende lo jurídico de profundo carácter político y sociológico¹⁷²⁰, consecuencia de la consolidación de la verdad y la justicia en relación con las víctimas de violaciones a los derechos humanos. En ese sentido es mucho, y materialmente más que un simple concepto indemnizatorio, pues involucra ideas de reconstrucción y reivindicación del ser humano en la sociedad. Luego el concepto de reparación conlleva cargas de individualismo pero también de responsabilidades colectivas. Desde una perspectiva estrictamente jurídica es un derecho de toda víctima sustentado en las ideas de verdad y de justicia.

1. LA REPARACIÓN EN EL MODERNO ESTADO SOCIAL, DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO

2032. La anterior configuración encuentra actualmente que debe ajustarse no solo a las realidades sociales, sino que está llamada a responder por la doble naturaleza de la reparación como principio y como derecho. Como principio, de manera que oriente al sistema jurídico hacia la protección no solo de la esencia individualista de cada sujeto¹⁷²¹, sino que se proyecte a la defensa eficaz de sus derechos, donde no sea suficiente solo reparar la esfera personal de la víctima, sino que deba operarse en los contornos de su comunidad¹⁷²², de su sociedad y del tejido que cabe restablecer para lograr una justicia distributiva¹⁷²³. De ahí, pues, que se afirme que la reparación como principio constitucional debe buscar la integralidad¹⁷²⁴, lo que no se aleja de los postulados originarios (derecho romano y civil clásico) en los que se afirmaba la exigencia de “dejar indemne” a la víctima, pero dentro del contexto del Estado social de derecho, y atendiendo a las particularidades que debe ofrecer dicho principio en un ámbito de conflicto armado, o de perturbación permanente de derechos, libertades e intereses, como en el que se encuentra la Colombia desde hace décadas.

2033. Bajo la influencia del derecho material fundado en las bases de construcción del Estado constitucional, principalmente del Estado de Derecho y del Estado Social de Derecho, la jurisprudencia contencioso administrativa estableció una serie de criterios tanto antes de la Carta Política de 1991, como después: a) la “acción para reclamar los perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de sucesión”¹⁷²⁵; b) el daño y los perjuicios tienen en cuenta la víctima definida no solo en la Constitución y el ordenamiento jurídico colombiano, sino en las normas de derecho internacional de derechos humanos y de derecho internacional humanitario¹⁷²⁶;

c) se considera a las víctimas directas e indirectas; reconocimiento al *nasciturus*¹⁷²⁷, y d) es necesario el reconocimiento del daño y el perjuicio colectivo¹⁷²⁸.

2034. La reparación debe tener en cuenta que puede proceder no solo por las acciones directas, las omisiones o la inactividad del Estado, sino también de aquellas desplegadas por sujetos privados que hacen parte del conflicto e intervienen¹⁷²⁹, y pueden vulnerar los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, razón suficiente para que en virtud de la verdad y la justicia el juez contencioso no se contente con la simple condena al Estado, sino que se vea impelido a exigir de las autoridades judiciales competentes, del orden nacional e internacional, la investigación y juzgamiento de aquellos que haciendo parte de grupos armado insurgentes y de grupos ilegales pueden estar incurso en la comisión de actos vulneratorios.

2035. Sin embargo, aun defendiendo ese cambio de modelo, la jurisprudencia contencioso administrativa se orienta con base en un esquema de reparación que combina presupuestos clásicos, con vocación económica o pecuniaria, y aquellos en los que empieza a aflorar la concepción de la reparación integral tal como ha sido formulada. En el siguiente apartado se expone la aproximación a los de carácter clásico, planteando la necesidad de comprender que la reparación busca el restablecimiento, el resarcimiento justo, pero no un enriquecimiento de la víctima o de sus familiares, por lo que se propone, entre otros, aplicar el principio de proporcionalidad, y la consideración de los perjuicios inmateriales en un contexto global (perjuicio moral, daño a la salud y afectaciones a los bienes constitucionales).

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA REPARACIÓN: DE LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* A LA *RESTITUTIO IN PRISTINUM*

2036. En el moderno derecho la reparación de daños no se sustenta en la víctima y no solo en el perjuicio, de manera que su concepción inicial de dejar “indemne” a la persona se actualiza y armoniza con la garantía de los derechos y libertades, como respuesta a la profunda influencia constitucional y convencional. Por lo tanto, se procura la verdadera *restitutio in integrum*, donde no solo la equivalencia económica sea relevante, sino que el resarcimiento y el restablecimiento eficaz de los derechos pueda concretarse, ya que de no lograrse el mensaje de que, como elemento del régimen de responsabilidad, la reparación solo tiene contenido pecuniario, vaciado de todo alcance garantista.

2037. La reparación responde una serie de modalidades, reconocidas en el derecho interno, en el derecho convencional y en el derecho internacional público: a) la restitución; b) la indemnización; c) la rehabilitación; d) la garantía de no repetición; e) el reconocimiento público del suceso, y f) las medidas de satisfacción.

3. CARACTERIZACIÓN DE LA REPARACIÓN COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO LEGAL

2038. Cuando la reparación se analiza como principio, o como derecho, debe tener en cuenta no solo el contenido económico, tradicional del esquema ordinario del régimen de responsabilidad extracontractual, sino que, al establecerse, la atribución de las acciones, omisiones o inactividad del Estado trasciende más allá de lo pecuniario, pues se producen violaciones, vulneraciones o afectaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario no solo de víctimas determinadas o determinables, sino de comunidades enteras que abogan por el restablecimiento de sus derechos, con lo

que el concepto de indemnidad se proyecta en una dimensión donde son la dignidad humana y la eficacia de los derechos las que orientan la integralidad, abriendo paso a una vocación de la reparación que promueve no solo el “resarcimiento”, sino también la verdad (acceso al conocimiento de los hechos que dieron origen a las vulneraciones, sus responsables, los factores que las desencadenaron), la justicia (de manera que todos los responsables sean puestos a disposición de las autoridades para su juzgamiento) y la reparación (que no sea solo individual, sino también colectiva).

4. LA REPARACIÓN DEBE COMPRENDER EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS SUBJETIVOS Y COLECTIVOS

2039. Ahora bien, como derecho, la reparación se construye reconociendo que en su contenido se ven implicados otros derechos de esencia fundamental como la vida, la integridad personal, el libre desarrollo de la personalidad, la información, la expresión, el acceso a la administración de justicia, etc., y que histórica y socialmente es evolutiva¹⁷³⁰. Sin embargo, su consideración como derecho es ambigua, y en ocasiones se reduce a determinados casos. En la Sentencia T-821 de 2007^[1731] la Corte Constitucional afirmó la existencia del “derecho a la reparación integral del daño causado”, siempre que el(los) sujeto(s) haya(n) sido objeto de o sometido(s) a violaciones de los derechos humanos¹⁷³² (para el caso en concreto al desplazamiento forzado). A lo que se agrega que la “indemnización de daños es solo uno de los elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización”¹⁷³³, por lo que la lectura de la reparación como derecho no puede quedar limitada al sistema jurídico colombiano, sino que exige que se tengan en cuenta los instrumentos convencionales de los que se desprenden profundos elementos que completan las dos dimensiones del contenido de ese derecho: material e integral¹⁷³⁴.

2040. De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa toda

... violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (Ley 446 de 1998, 975 de 2005 y Ley 1448 2011^[1735]), se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido este como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH).

[2041]. En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no solo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del

derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*strictu sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio¹⁷³⁶.

5. LA REPARACIÓN INTEGRAL. DERECHO Y PRINCIPIO ESENCIAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

2042. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, por lo general ordena

... una reparación integral y adecuada en el marco de la Convención, que contiene todas y cada una de las medidas que de acuerdo al caso sean las necesarias con el fin garantizar la rehabilitación, la satisfacción, y la no repetición. La Corte Interamericana señala que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial y, por consiguiente, las mismas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores¹⁷³⁷.

2043. En ese contexto, para determinar el contenido “integral” de la reparación de las víctimas se deben tener en cuenta: i) el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre¹⁷³⁸, según el cual “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”; ii) el artículo 8.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁷³⁹, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”; iii) el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas, crueles, inhumanas y degradantes¹⁷⁴⁰ estableció como obligación de los Estados que en su legislación deben garantizar a la víctima la reparación de todos los daños ocasionados, y iv) la Resolución¹⁷⁴¹ de la Asamblea General de Naciones Unidas 60-147, del 16 de diciembre de 2005, con la que se establecieron los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recurso y obtener reparaciones”, que en su IX principio consagra variados criterios: a) con la “reparación adecuada, efectiva y rápida” se promueve “la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario”; b) la reparación “ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido”; c) la reparación por acciones u omisiones atribuibles al Estado constitutivas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario tiene como fundamento normativo el derecho interno y las “obligaciones jurídicas internacionales”; d) además de la reparación en el contexto de la responsabilidad, todo Estado se compromete a “establecer programas nacionales de reparación” y de asistencia a las víctimas; e) en cada derecho interno deben existir mecanismos eficaces para la ejecución de las sentencias que imponen reparaciones de daños;

cuando está comprometida la violación de derechos humanos y del derecho internacional humanitario la reparación debe ser “plena y efectiva”, para lo que se debe contar con todas y cada una de las siguientes modalidades: restitución¹⁷⁴², indemnización¹⁷⁴³, rehabilitación¹⁷⁴⁷, satisfacción¹⁷⁴⁸ y garantías de no repetición¹⁷⁴⁹.

6. LOS ELEMENTOS BÁSICOS DEL PERJUICIO COMO DELIMITADORES DE LA REPARACIÓN

2044. A fin de que operara la reparación del daño ocasionado por el Estado, en la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana anterior a la Carta Política de 1991 se consideraba indispensable cumplir con los siguientes elementos para comprobar la existencia del perjuicio: (1) que fuera personal (visión individualista y subjetiva), lo que se comprendía a partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 24 de junio de 1942, según la cual los criterios para reconocer la existencia y demostración del perjuicio eran: (i) que se tratara de la víctima directa (especialmente cuando se trataba de lesiones); (ii) que se tratara de personas que vivían directamente del esfuerzo de la víctima, y (iii) que las personas derivaran una utilidad cierta y directa de la víctima (cuando se trataba de su muerte).

2045. Así mismo, en la jurisprudencia contencioso administrativa se tenían en cuenta otros criterios, y debates: a) el criterio de la situación jurídica protegida (consolidada) como derecho ínsito a toda persona¹⁷⁴⁷, y b) la confusión entre el carácter personal del perjuicio y la legitimación en la causa por activa¹⁷⁴⁸.

2046. En segundo lugar, (2) el perjuicio debía ser cierto (visión individualista y subjetiva), teniendo en cuenta los siguientes criterios elaborados por la jurisprudencia contencioso administrativa: a) porque se había ocasionado el daño¹⁷⁴⁹; b) debía tratarse de daño un específico no genérico, ni hipotético cuya certeza estaba en aquel que sufría una persona determinada en su patrimonio¹⁷⁵⁰; c) era indiferente que el daño y su consecuencia (perjuicio) fueran pasados o futuros¹⁷⁵¹, pero era necesario que “aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual”¹⁷⁵²; d) no procedía reconocer el perjuicio eventual¹⁷⁵³; e) no era cierta la mera expectativa o sospecha de producción de daños a propiedades ocasionados por obra pública¹⁷⁵⁴; f) en concreto, no devengar ingresos un hijo mayor no podía llevar a presumir como cierto el lucro cesante futuro¹⁷⁵⁵; g) se consideraba cierta la pérdida de oportunidad¹⁷⁵⁶ sustentada en el hecho notorio de la dificultad para acceder a un trabajo, por ejemplo al servicio de la judicatura por la exagerada oferta de interesados y lo limitado de los cupos¹⁷⁵⁷.

2047. Los anteriores elementos en la jurisprudencia contencioso administrativa posterior tuvieron en cuenta una visión más amplia del criterio para considerar el perjuicio a la víctima: (1) debe ser personal, siguiendo las siguientes pautas elaboradas: a) el daño y los perjuicios padecidos por la compañera permanente (se limita el perjuicio material –lucro cesante– en función de la edad del hijo menor de la víctima)¹⁷⁵⁸; b) el que padece la víctima (por lesiones); c) el que padecen los familiares de la víctima¹⁷⁵⁹ (se introduce el concepto de familia del art. 42 de la CP); d) el que padecen los hijos, padres y madres de crianza; e) el que padece una colectividad¹⁷⁶⁰, y f) persiste la confusión entre el carácter personal del perjuicio y la legitimación en la causa por activa¹⁷⁶¹ (concepto de damnificado).

2048. En cuanto a la certeza del perjuicio la jurisprudencia de este período considera: a) se mantienen los criterios de la primera etapa¹⁷⁶²; b) es cierta la pérdida de oportunidad ligada a la obtención de un contrato¹⁷⁶³; c) es cierta la pérdida de oportunidad por no haber tenido posibilidad de curación de enfermedad¹⁷⁶⁴; d) se acepta como cierta la expectativa cierta jurídica¹⁷⁶⁵; e) se tienen

como ciertos el daño y los perjuicios derivados de desplazamiento forzado¹⁷⁶⁶, y e) se abre paso a la consideración del daño continuado¹⁷⁶⁷.

7. TIPOLOGÍA DE LA REPARACIÓN EN EL MODERNO DERECHO DE VÍCTIMAS

2049. La tipología reparatoria está determinada por la reparación de los perjuicios materiales e inmateriales

a. LA REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS MATERIALES

2050. Los perjuicios materiales comprendidos como las consecuencias que se concretan con ocasión del daño antijurídico imputado, bien sea bajo la modalidad del daño emergente –consolidado¹⁷⁶⁸ o futuro¹⁷⁶⁹– (que puede consistir en la pérdida de capital de una actividad que se ve afectada por una actividad o decisión; por la disminución del patrimonio debido a la restricción indebida que por una decisión se operó; por la depreciación o desvalorización de un inmueble con ocasión de un determinado desarrollo urbanístico, o de una infraestructura¹⁷⁷⁰; por el valor de reposición de un bien o interés destruido o averiado con ocasión de la realización de una actividad); o bien bajo la modalidad de lucro cesante, esto es, ganancia, pérdida, disminución o utilidad dejada de percibir bien sea con ocasión de una actividad laboral, productiva, comercial, de la explotación de un bien, predio u objeto económicamente –que puede ser consolidado o futuro– (v.gr., el pago de intereses sobre la venta de un predio expropiado; lo que se deja de percibir durante el lapso que transcurre entre la fecha de ocupación de un predio permanentemente y la fecha en que se produce el pago del valor total del inmueble; lo que se deja de percibir por el cierre de un establecimiento de comercio, etc.).

b. LA REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES

2051. Los perjuicios, entendidos como las consecuencias con las que se menoscaba, deteriora o aminora la situación de la(s) víctima(s), o su patrimonio, derivados de los daños antijurídicos imputados a un sujeto, afectan diferentes esferas. En la personal, en la dimensión humana, se afirma la existencia de perjuicios inmateriales que tienen como rasgos característicos: a) su ausencia de valoración económica, en principio; b) no responden a una necesidad económica; c) cubren los elementos intrínsecos de la persona y aquellos que se desdoblán de los mismos, y d) pueden concretarse en la siguiente tipología: perjuicios morales, daño a la salud y perjuicios a bienes convencionales y constitucionales.

2052. *Perjuicios morales*. Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas que fallecen o resultan lesionadas, el juez contencioso administrativo viene sustentándose en la presunción de aflicción que puede padecer un miembro de la familia de la víctima, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está el hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad¹⁷⁷¹. Y se afirma que ha de tratarse de parientes cercanos, ya que, al no existir otro medio probatorio en el expediente, dicha presunción reviste sustento jurídico solo respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42.

2053. En la actualidad, y fruto de la unificación jurisprudencial operada con las sentencias del 28 de agosto de 2014, la determinación del reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales tiene en

cuenta una serie de tablas (sents. de los expedientes 26251, 27709, 28804, 28832, 31170, 31172, 32988 y 36149), con base en criterios y bajo los límites cuantitativos fijados allí, determinando las condiciones que proceden para los eventos de muerte, de lesiones y de privación injusta de la libertad.

2054. Para el caso de muerte la tabla fijada por esta unificación es la siguiente¹⁷⁷²:

GRÁFICA 2

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE. REGLA GENERAL

	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del segundo grado de consaguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del tercer grado de consaguinidad o civil	Relación afectiva del cuarto grado de consaguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Fuente: documento adoptado por el Consejo de Estado. Sala Plena. Sección Tercera.

2055. Para los eventos de lesiones personales la tabla fijada por la unificación es la siguiente¹⁷⁷³:

GRÁFICA 3

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES

	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
Gravedad de la lesión	Víctima directa y relaciones afectiva conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del segundo grado de consaguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del tercer grado de consaguinidad o civil	Relación afectiva del cuarto grado de consaguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100%	50%	35%	25%	15%
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Fuente: documento adoptado por el Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena.

2056. Finalmente, para los casos de privación injusta de la libertad la tabla fijada por la unificación es la siguiente:

GRÁFICA 4

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero(a) permanente y parientes en el primer grado de consanguinidad	Parientes en el segundo grado de consanguinidad	Parientes en el tercer grado de consanguinidad	Parientes en el cuarto grado de consanguinidad y afines hasta el segundo grado	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del porcentaje de la víctima directa	35% del porcentaje de la víctima directa	25% del porcentaje de la víctima directa	15% del porcentaje de la víctima directa
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Fuente: documento adoptado por el Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena.

2057. A las anteriores reglas generales se fijaron como reglas de excepción para todos los casos de los perjuicios morales y cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos, siguiendo la unificación jurisprudencial:

... podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

2058. Además de los perjuicios morales, debe examinarse el daño a la salud como rubro indemnizatorio integrado bajo la categoría de los perjuicios inmateriales.

2059. *Reparación del daño a la salud.* Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la integridad psicofísica de la persona, en cuyo caso, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone además que el fundamento del daño radique en principios constitucionales tales como i) la dignidad, ii) la igualdad, iii) la libertad y iv) la solidaridad, como daño no patrimonial.

2060. En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico constitucionalmente reconocido, aunque con alcance colectivo, como el de la “salud” (art. 49 C.P.), y tiene en cuenta que su fin último es el respeto por la “correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla”. En el fondo, es el principio de la dignidad humana el que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos

y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto conduce a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

2061. Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la doctrina que pretende relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que “en sí mismo” se vincula al bien de la salud.

2062. Dicho lo anterior, debe reiterarse que el daño a la salud, como “daño integrador y único”, se representa por la lesión en la función vital y relacional del sujeto, lo que permite: (i) la expresión de los principios de dignidad, igualdad¹⁷⁷⁴ y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva”¹⁷⁷⁵), y (ii) afirmar que, a idéntica lesión idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

2063. De acuerdo con lo anterior y apoyados en la doctrina, se entiende el daño a la salud como

... cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida, y con independencia de su capacidad para producir réditos¹⁷⁷⁶.

2064. Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, respecto del cual, desde comienzos de los años noventa, especialmente en el derecho comparado, en el precedente jurisprudencial constitucional italiano, se dijo:

[...] el bien salud es tutelable [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo [...] [E]l menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo [...] La consideración de la salud como un bien y un valor personal, [i]mpone la necesidad de tomar en consideración el daño biológico, para los fines del resarcimiento, en relación con la totalidad de los reflejos perjudiciales respecto de todas las actividades, las situaciones y las relaciones por medio de las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida¹⁷⁷⁷.

2065. Debe reconocerse que dentro del concepto de daño a la salud caben múltiples rubros indemnizatorios, lo cual no se puede considerar como la afirmación de una potencial condena que permita una sanción autónoma e independiente fundada en cada uno de tales rubros, sino que esta debe reconocerse, tasarse y liquidarse de tal manera que tenga como límite la consideración del daño a la salud como único, y como condena la que se desprenda de lo que probatoriamente se acredite, sin perjuicio de singularizarlo en cada uno de los sub-perjuicios en los que puede consistir.

2066. En la actual jurisprudencia unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha determinado la fijación de una tabla y criterios para la liquidación de la reparación del daño a la salud (se hace referencia a las mencionadas sentencias del 28 de agosto de 2014). De acuerdo con esta jurisprudencia:

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, expediente 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera. La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL
--

Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez determina el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez debe considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para esos efectos, de acuerdo con el caso, se consideran las siguientes variables:

- La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas. En conclusión, la liquidación del daño a la salud se efectuará conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
Concepto	Cuantía máxima
Regla general	100 S.M.L.M.V.
Regla de excepción	400 S.M.L.M.V.

Con relación a los parámetros anteriores, se aclara que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 S.M.L.M.V.

2067. *Reparación por afectación a bienes constitucionales y/o convencionales.* Bajo el influjo de la concepción del régimen de responsabilidad del Estado orientado a la tutela eficaz de las víctimas, la unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del 28 de agosto de 2014 comprende como rubro reparatorio dentro de la categoría de los perjuicios inmateriales aquellas consecuencias lesivas convencional y constitucionalmente para el pleno y eficaz ejercicio de los derechos como, por ejemplo, la afectación de la identidad sexual de una persona con vulneración de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, o cuando se restringe o limita el acceso a la información a los administrados vulnerando el derecho de información y la garantía judicial efectiva, o cuando se perturba el honor, la honra y el respeto a la dignidad de una persona, violando los derechos a la dignidad humana, a la honra y al buen nombre, entre otros.

2068. En la mencionada jurisprudencia de unificación¹⁷⁷⁸ se sostuvo que este rubro indemnizatorio puede reconocerse oficiosamente por el juez contencioso administrativo, o a solicitud de parte, privilegiándose la

... compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”.

Aplicándose los criterios con base en la siguiente tabla:

Reparación no pecuniaria		
Afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados		
Criterio	Tipo de Medida	Modulación
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniarias.	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

Fuente: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expediente 26251.

2069. Se establece, además, que en casos

... excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

Se fija, también, la siguiente tabla:

--

Indemnización excepcional exclusiva para la víctima directa		
Criterio	Cuantía	Modulación de la cuantía
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecuniarias satisfactorias.	Hasta 100 smlmv	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este <i>quantum</i> deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

Fuente: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expediente 26251.

2070. *Medidas de reparación no pecuniarias.* La reparación integral como principio establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y como exigencia consagrada en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, exige plantear varias cuestiones. En primer lugar, no puede reducirse la eficacia de la reparación integral solo a una de las medidas de reparación. Con otras palabras, no puede afirmarse que solo se logra el objetivo de dejar “indemne”(s) a la(s) persona(s) si se logra la mayor compensación o indemnización pecuniaria, ya que de esta manera se vaciaría de contenido el propio concepto de integralidad. En segundo lugar, debe plantearse la necesidad de estudiar cómo pueden operar los diferentes medios para reparar el perjuicio, esto es, la restitución en especie¹⁷⁷⁹, la compensación indemnización pecuniaria y la reparación por medidas no pecuniarias. En tercer lugar, se debe establecer si en todos los casos, o solo en aquellos donde se produzca la vulneración de derechos constitucional y convencionalmente reconocidos procede la determinación de medidas de reparación no pecuniarias. En cuarto lugar, es preciso establecer si, como modalidad de reparación, la procedencia de las medidas de reparación no pecuniarias puede decidirse sin perjuicio de haber sido pedidas a instancia de los sujetos cuyos derechos resultan vulnerados (resolver dos problemáticas: correspondencia con la *causa petendi*, y principio de congruencia de la sentencia). Finalmente, se debe formular una tipología de medidas de reparación no pecuniaria, teniendo en cuenta si se trata de a) medidas de satisfacción, b) garantías de no repetición, o c) medidas destinadas a lograr verdad, justicia y reparación¹⁷⁸⁰.

2071. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido elaborando una tipología de las medidas de reparación no pecuniarias, orientadas a cumplir ciertos criterios: a) la plenitud del derecho a la reparación integral; b) la consideración del efecto colectivo de la reparación cuando se trata de la vulneración de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y c) la afirmación del “efecto preventivo” o de “optimización” que puede revestir la condena que por responsabilidad patrimonial se impone a la administración pública¹⁷⁸¹.

2072. De otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado la aplicación de medidas de satisfacción en diferentes sentencias, especialmente cuando se trata de la afectación de derechos humanos, del derecho internacional humanitario y de los derechos de los niños. Cuando se trata de medidas de satisfacción por la vulneración de derechos de los niños, en una sentencia del 18 de enero de 2011 se ordenó “que en un medio de publicación local se ofrezca una excusa pública a los padres y familia del menor”¹⁷⁸², en un caso de falla médica por indebida atención y tratamiento de un niño. En otro caso, sobre afectación de una menor con gancho de cosedora, se ordenó

[...] 1) la realización de un acto público conjunto, por parte de las demandadas, en el que se ofrezca disculpas a (J.) y a su familiares, con la asistencia del cuerpo docente y escolar de la institución educativa, en la plaza central de la misma; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en un medio de circulación departamental; 3) en un término de seis (6) meses el Departamento [...] deberá cumplir con la publicación de los manuales y reglamentos de convivencia educativa y ciudadana en la institución educativa objeto del proceso; 4) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que estudien si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de las directivas y profesores del Colegio [...] que laboraban en dicha institución para la época de los hechos, así como al médico tratante¹⁷⁸³.

2073. Para finalizar este estudio se hará un breve repaso a los diferentes subregímenes de responsabilidad que jurisprudencialmente se han elaborado.

D. SUBREGÍMENES DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN SU CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL¹⁷⁸⁴

1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACIÓN DE SERVICIO O ACTIVIDAD MÉDICA

2074. La responsabilidad del Estado por actividad médica se sustenta en una serie de criterios que son aplicables si se sigue como ejercicio el estudio de cada uno de los elementos del instituto de este subrégimen, partiendo de la base de que el derecho a la salud y la prestación del servicio pueden ser objeto de daños antijurídicos al Estado, bien sea por falta de acceso al mismo, por no haber continuidad en la prestación, por omitirla, por ser insuficiente o incompleta, entre otros eventos, sustentada en los principios de integralidad, oportunidad y eficacia¹⁷⁸⁵ (encuadrados hoy en la Ley 1751 de 2015 que reglamenta el derecho fundamental a la salud).

2075. El daño antijurídico no se agota solo en la muerte o lesiones que padece una persona con ocasión de la prestación del servicio médico (en toda su cadena: paramédico, extra-médico, consulta, urgencias, intrahospitalario, intra-operatorio, pos-operatorio, unidad de cuidados intensivos, anexos psiquiátricos, cuidado en casa), sino que puede cubrir la afectación o vulneración del derecho de acceso a la información (*v.gr.*, la consideración del acto médico complejo a partir de la historia clínica¹⁷⁸⁶); la violación al libre desarrollo de la personalidad (*v.gr.*, caso de una mujer a la que le realizan un procedimiento de cesárea y que posteriormente resulta estéril o sin posibilidad de procrear); el derecho al trabajo, entre otros, bajo la visión del principio *pro homine* del artículo 49 de la Carta Política de 1991^[1787], y según los presupuestos ya recogidos por el artículo 1.2^[1788] de la Ley 23 de 1981.

2076. En cuanto a la imputación fáctica es necesario tener en cuenta que se afirma respecto de los daños antijurídicos originados en los administrados-pacientes con ocasión de la actividad médico hospitalaria en la que queda comprendida una serie de actividades, actos o servicios tales como el acto asistencial¹⁷⁸⁹, ambulatorio, de diagnóstico, pre-quirúrgico, quirúrgico, pos-quirúrgico, anestésico, obstétrico, de exámenes diagnósticos, tratamientos intra-hospitalarios, tratamientos farmacológicos, vacunación, tratamientos ortopédicos¹⁷⁹⁰ y seguridad del paciente, entres otros, que pueden expresarse en la multiplicidad de áreas que cubre la prestación del servicio y la actividad médica consagradas en el artículo 49 de la Carta Política de 1991, y en las Leyes 23 de 1981^[1791], 10.^a de 1990 y 1751 de 2015.

Fácticamente los problemas que se suscitan se identifican en procedencia del hecho exclusivo o culpa de la víctima¹⁷⁹², cuando el paciente no sigue o no cumple con las indicaciones prescritas, se sobre medica, o acude tardíamente a la atención médica, o, incluso, oculta información acerca de su

situación; puede haber también complejidad al momento de aplicar la cláusula del estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, ya que en muchas ocasiones la aplicación de nuevos métodos, procedimientos quirúrgicos, farmacológicos o similares puede entrañar ámbitos en los que no se tiene certeza de los efectos. En algún momento la jurisprudencia acude a la prueba indiciaria, y al supuesto de la causa probable¹⁷⁹³ para superar las debilidades probatorias que enfrente la determinación de la relación de causalidad¹⁷⁹⁴, reprochándose el uso indebido que pueda darse a la literatura científica, médica y técnica en la materia para colmar las lagunas o limitaciones que la prueba ofrece¹⁷⁹⁵.

En tanto que en la atribución jurídica la regla general es su encuadramiento en el fundamento de la falla probada del servicio¹⁷⁹⁶, tanto en aquellos eventos en los que se produce la muerte del paciente, como cuando este padece lesiones, e incluso cuando se trata del derecho a ser informado, la vulneración del derecho de seguridad y la atención y cuidado del paciente¹⁷⁹⁷.

Constituye posición consolidada de la Sección Tercera que la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio o actividad médico-hospitalaria es de naturaleza subjetiva, de manera que es la falla probada en el servicio el fundamento de imputación en el que se encuadran los casos en los que se producen daños antijurídicos derivados de aquella¹⁷⁹⁸.

La falla probada en la prestación de la actividad médica y hospitalaria puede fundarse, también, en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, lo cual, desde la atribución jurídica, implica constatar cómo el Estado incumple, omite, cumple anormal, defectuosa o insuficientemente con el mandato convencional y constitucional del derecho a la salud, en especial irrespeta las obligaciones positivas que tiene toda administración pública respecto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio y actividad¹⁷⁹⁹, obedeciendo a la diligencia, cuidado y, en épocas recientes, a la observancia de estándares de calidad específicos, en todo caso según los presupuestos de la *lex artis*¹⁸⁰⁰.

2077. En cuanto a la reparación de los perjuicios ocasionados como consecuencia de los daños antijurídicos producidos por un servicio o actividad médica, doctrinal y jurisprudencialmente se reconocen los rubros indemnizatorios ordinarios, es decir, aquellos perjuicios inmateriales (bajo las modalidades de perjuicios morales, daño a la salud y afectación a bienes convencional o constitucionalmente reconocidos), y materiales (daño emergente y lucro cesante) que se concreten con certeza, carácter personal y directo.

El debate se centra en si la “pérdida de oportunidad” opera o no como una cuestión que afecta la consideración del reconocimiento, la tasación y la liquidación de los perjuicios materiales, o si esto debe discutirse en el ámbito de otro de los elementos de la responsabilidad (p. ej., en la determinación de la relación de causalidad¹⁸⁰¹), o se entiende como un daño autónomo¹⁸⁰².

2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS ANTIJURÍDICOS PRODUCIDOS EN UN ACCIDENTE DE TRÁNSITO

2078. El Estado puede hacerse responsable de los daños antijurídicos que se producen con ocasión de la (i) conducción de vehículos oficiales que colisionan con otros vehículos concretando la muerte o lesiones a personas, o daños a bienes; (ii) de la conducción de un vehículo que produce el atropellamiento de un peatón; (iii) de la colisión de vehículos, o del atropellamiento de peatones por falta o inexistencia de señalización, entre otras.

2079. Se trata de un régimen en cuya constante los daños antijurídicos se reducen a la afectación o vulneración del derecho a la vida, o a la integridad personal, sin que haya lugar a desconocer que en todos los eventos en los que opere la violación de derechos, bienes e intereses tutelados convencional y constitucionalmente con ocasión de un accidente de tránsito, debe establecerse la producción de tal hecho dañoso (*v.gr.*, los casos de discapacidades permanentes por atropellamiento¹⁸⁰³).

2080. En el ámbito fáctico de la imputación debe decirse que los eventos en los que se produce un accidente de tránsito plantean a debate el aporte determinante o concurrente del hecho exclusivo o culpa de la víctima, bien sea por imprudencia, o por impericia –con infracción de las normas de tráfico– (*v.gr.*, los accidentes en los que se ven involucrados motociclistas¹⁸⁰⁴), a la producción de los daños antijurídicos, salvo que el agente estatal se haya prevalido de su función administrativa en su concreción¹⁸⁰⁵. Pero también puede operar la fuerza mayor, cuando el accidente se produce en una vía sobre la que caen piedras, o se pierde la bancada por un factor natural, o se produce un socavón por un factor natural y climático que resulta imprevisible, irresistible y externo o ajeno a la acción o actividad de la administración pública.

Ahora bien, en su atribución jurídica la construcción jurisprudencial parte de la premisa inicial según la cual la conducción de cualquier tipo de vehículo cae bajo la categoría de actividades riesgosas o peligrosas¹⁸⁰⁶, por lo que crear, incrementar o modificar el riesgo de manera anormal basta para que se afirme objetivamente la imputación sobre quien la desplegó. En otros supuestos, aplicando el principio *iura novit curia*, la jurisprudencia contencioso administrativa ha privilegiado la aplicación del fundamento de imputación de la falla en el servicio, cuando (i) se trata de falta de cuidado y custodia en el uso de vehículos (se distingue entre la guarda jurídica y material, aplicándose en algunas ocasiones una presunción, y en otras radicado en la destinación del vehículo oficial al servicio de la administración pública); (ii) falta señalización de las vías¹⁸⁰⁷; (iii) falta mantenimiento a la vía¹⁸⁰⁸; (iv) hay indebido o insuficiente control del tráfico¹⁸⁰⁹, entre otros¹⁸¹⁰, (v) o cuando se violan las normas y los reglamentos de la actividad vial. En otros eventos en los que participan un vehículo oficial y uno particular, se considera que no puede encuadrarse en un fundamento objetivo, sino que por ser equivalentes se exige la demostración de la falla del servicio¹⁸¹¹, debiendo establecerse la contribución de cada uno, aparte de la consideración de factores subjetivos como (i) la trasgresión de reglamentos; (ii) el desconocimiento del principio de confianza; (iii) la posición de garante, o (iv) la vulneración del deber objetivo de cuidado, entre otros. Sin embargo, cierta jurisprudencia considera que en los supuestos de concurrencia se mantiene el fundamento objetivo de imputación¹⁸¹².

2081. El siguiente régimen a analizar es el relacionado con la ejecución o desarrollo de obras públicas por la administración pública, o por contratistas o sub-contratistas de esta.

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS ANTIJURÍDICOS CON OCASIÓN DE UNA OBRA PÚBLICA

2082. Cuando la administración pública desarrolla obras públicas (infraestructura vial, hidroeléctrica¹⁸¹³, de acueducto, de tendidos eléctricos, de adecuación de tierras, de contención, etc.) los daños antijurídicos radican en la afectación, vulneración o aminoración del derecho de propiedad (en los términos de los arts. 21 de la CADH y 58 de la CP de 1991), y en asocio de este a los derechos a la vivienda, a la libertad de domicilio o de residencia. La definición del momento de concreción o consumación del daño antijurídico se da desde el término de la obra, o a partir del conocimiento de sus

efectos, o desde el último acto material, lo que ha sido objeto de tratamiento por la jurisprudencia cuando analiza la caducidad en el ejercicio del medio de control o acción de reparación directa¹⁸¹⁴.

2083. En cuanto al ámbito fáctico del juicio de imputación, en aquellos eventos en los que la obra pública se realiza afectada por condiciones naturales o ambientales del área o zona de intervención, se plantea la posibilidad de operar la eximente de fuerza mayor. En los eventos en los que se invoca la falta de señalización, se examina si el hecho exclusivo o culpa de la víctima ha sido determinante, bien sea porque no se atendió a la misma, porque se excedió la velocidad permitida en el tramo, o porque el vehículo no contaba con las condiciones técnico-mecánicas, o se evidencia la imprudencia o falta de pericia del conductor del vehículo que impacta con el obstáculo en la vía que se afirma originar la producción de los daños antijurídicos.

En tanto que la atribución jurídica ha evolucionado de tal forma que el fundamento de imputación que opera es el objetivo, entendiendo que la administración pública o expone a riesgos a los administrativos (riesgo excepcional), o genera la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas, al desplegarse una obra pública que siendo lícita produce un sacrificio anormal en el ejercicio del derecho de propiedad (o de otros derechos), que quiebra con el principio de solidaridad en el que se inspira la misma (daño especial). En otros eventos la obra pública produce la ocupación permanente o transitoria de un bien inmueble, cuyo uso y goce resulta cercenado y puede ser objeto de atribución al Estado¹⁸¹⁵ (v.gr., ampliación o trazado de una vía¹⁸¹⁶, corrección del cauce de un río, recuperación de acueducto o alcantarillado¹⁸¹⁷, por afectación a explotación minera¹⁸¹⁸, etc.). Y puede, también, tratarse de imputar la responsabilidad por los daños antijurídicos producidos por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la adecuada señalización de la obra pública, encuadrándose en la falla en el servicio¹⁸¹⁹.

En los casos en los que la administración pública contrata la realización y ejecución de la obra pública se asume que se trata de una situación en la que se entiende que aquella la ejecuta al ser la dueña y beneficiaria directa de esta, y sin variar el fundamento de imputación, al seguir considerándose como una actividad riesgosa.

De manera especial, cuando se trataba de daños antijurídicos ocasionados a personas que laboraban para el contratista o subcontratista la imputación de la responsabilidad debía encuadrarse en el fundamento de la falla en el servicio, porque si se trataba de una persona vinculada a la administración pública el encuadramiento debía hacerse con base en una imputación sustentada en la exposición a una situación de riesgo excepcional¹⁸²⁰. Sin embargo, la jurisprudencia ha avanzado hasta considerar que no incide en nada que la persona labore o no para la administración pública, si no se han observado las normas y reglamentos exigibles para el desarrollo de las obras públicas, adecuándose en un supuesto de falla en el servicio¹⁸²¹.

Cuando se trata de la realización de una obra pública que produce escombros, obstáculos en la vía, o restricción de las zonas de desplazamiento, la falta de la debida, completa y necesaria señalización permite encuadrar el fundamento de la falla en el servicio.

2084. El siguiente régimen de responsabilidad del Estado, de sustancial importancia, está relacionado con las vulneraciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario con ocasión del conflicto armado interno.

4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CUANDO SE TRATA DE VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

2085. La responsabilidad del Estado cuando se trata de vulneraciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario se produce en los siguientes eventos: (i) en ataques de grupos armados insurgentes a miembros de la fuerza pública; (ii) en ataques de grupos armados insurgentes a miembros de la población civil; (iii) por uso de artefactos explosivos o minas antipersonales; (iv) por afectaciones de género; (v) por desaparición forzada de personas; (vi) por ejecuciones extrajudiciales; (vii) por falsas acciones de la administración pública (falso positivos); (viii) por desplazamiento forzado, o (ix) por uso desproporcionado de la fuerza.

2086. En este tipo de eventos el daño antijurídico no se reduce a la constatación de la muerte o lesiones de las víctimas, sino que puede comprender pluriofensivamente, de manera tal que con un mismo hecho material se produce la afectación, vulneración o violación de otros derechos o bienes jurídicos tutelados, como se ha afirmado en los casos de desaparición forzada, de desplazamiento forzado y de falsas acciones de la administración pública (falsos positivos), en los que no solo se afecta el derecho a la vida, sino también la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de domicilio y residencia, la dignidad humana, el derecho a la familia, etc.

En aquellos especiales y singulares eventos donde la producción de daños antijurídicos comprende la vulneración de derechos humanos, y la infracción de normas y obligaciones del derecho internacional humanitario¹⁸²², convencional y constitucionalmente (por virtud de los arts. 1.º, 2.º, 12, 29, 93 y 229 de la Carta Política; 1.1, 2.º, 5.º, 7.º y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 3.º común a los Convenios de Ginebra de 1949, y 4.1, 4.2 y 13 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional” de 1977) el juez administrativo, como juez de convencionalidad, debe y puede pronunciarse respecto de tal vulneración y hacerla parte del daño tanto por su despliegue directo en las víctimas, como en sus familiares. De ahí que desde 2011 la jurisprudencia de las subsecciones (*v.gr.*, caso de la toma de la Base Militar de Las Delicias, entre otras) viene señalando que en determinadas circunstancias se puede afirmar la responsabilidad “agravada” del Estado colombiano¹⁸²³.

2087. Ahora bien, al analizar el ámbito fáctico de estos supuestos el debate se centra en la operatividad del hecho del tercero en la producción de los daños antijurídicos. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, no se puede construir una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado cuando se produce todo tipo de violaciones a los derechos humanos en su territorio; por lo tanto,

... tratándose de hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuales no hay un hecho imputable a un agente estatal, la jurisprudencia internacional estructura la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos, y ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles. Es decir, que en esta estructura el fundamento de la responsabilidad no es objetivo y está basado en la ausencia de una prevención razonable a las graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, si se presenta la violación a pesar de que el Estado ha adoptado medidas adecuadas, orientadas a impedir la vulneración, el hecho no le es imputable al Estado¹⁸²⁴.

Por el contrario, cuando se emplean las mismas medidas invocando la defensa de los derechos y libertades, y la integridad de la soberanía, pero vulnerando los derechos humanos y violando el derecho internacional humanitario debe operar bajo el principio de proporcionalidad.

Analizada la atribución jurídica de la responsabilidad por la vulneración de los derechos humanos y la violación del derecho internacional humanitario, su encuadramiento precisa establecer la base convencional y constitucional cuyos deberes positivos fueron distorsionados grave, seria y radicalmente.

Cabe observar que, en principio, la atribución jurídica del daño antijurídico a las entidades demandadas por falla en el servicio, se hace residir en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias convencionales (del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos¹⁸²⁵), constitucionales, y legales, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio, comprendida como una responsabilidad agravada del Estado en los términos de la responsabilidad internacional¹⁸²⁶.

2088. En cuanto a la reparación de los perjuicios, en estos eventos es esencial el concepto convencional de víctima, y la consideración según la cual no se puede agotar en una simple indemnización pecuniaria, sino que procede el reconocimiento de todas aquellas medidas de restablecimiento, recuperación, rehabilitación, o satisfacción, por lo que entre 2011 y 2016 la jurisprudencia contencioso administrativa ha venido enriqueciendo el debate respecto de las diferentes herramientas empleadas para lograr no solo la reparación, sino también la verdad y la justicia como complementos indispensables para restaurar el ejercicio de los derechos vulnerados, así como el tejido social que haya quedado lesionado con ocasión de las violaciones sistemáticas, masivas y generalizadas.

Se resalta la posición de las víctimas en el moderno derecho de daños que hace sustancial su identificación, valoración y reconocimiento, más aún cuando se trata de personas que se han visto afectadas por el conflicto armado con las acciones, omisiones o inactividades estatales, o con las acciones de grupos armados insurgentes, o cualquier otro actor del mismo.

5. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS ANTIJURÍDICOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

2089. La tutela judicial efectiva comprende el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. A partir de la consagración constitucional y convencional del acceso a la administración de justicia en los términos del artículo 229 superior, que señala que se “garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia [...]”, y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el que se consagra “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”¹⁸²⁷, la jurisprudencia constitucional¹⁸²⁸ ha planteado el derecho material de acceso a la administración de justicia, lo cual supone una corrección sustancial de los procedimientos judiciales, que ahora deben tender a la efectividad de los derechos y garantías de las personas, de manera que

... es necesario que el acceso y el procedimiento que lo desarrolla, sea igualmente interpretado a la luz del ordenamiento superior, “en el sentido que resulte más favorable al logro y realización del derecho sustancial, consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley”¹⁸²⁹,¹⁸³⁰.

2090. *La responsabilidad del Estado-administración de justicia fundada en la privación injusta de la libertad.* La privación injusta de la libertad como configurador de daño antijurídico imputable al Estado, constituye una descripción objetiva de una situación anormal de la tutela judicial efectiva incorporada de manera autónoma en los artículos 9.º numeral 5, y 14 numeral 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que claramente determinan respectivamente que

Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación [y adicionalmente que] Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

Este mandato convencional es retomado en el artículo 68 de Ley 267 de 1996 especificando que es aquella que se configura, como su nombre lo indica, por el *hecho de la privación injusta de la libertad* que determina un daño antijurídico imputable e indemnizable.

Evolución de la responsabilidad derivada de la privación injusta de la libertad. El desarrollo de la figura en el derecho nacional ha estado signada por posiciones y modulaciones muchas de ellas antagónicas, lo que nos permite identificar en su construcción normativa y jurisprudencial las siguientes etapas:

En la primera se consideró que en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, la responsabilidad del Estado estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial¹⁸³¹. También se sostuvo que dicho error debía ser producto “de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso”¹⁸³².

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía bien porque se hubiese practicado una detención ilegal, o porque la captura se hubiese producido sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia y, que por razón de tales actuaciones, la autoridad judicial hubiese iniciado y adelantado la investigación penal¹⁸³³.

En la segunda etapa la Sala determinó que la carga probatoria del actor relativa a demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios o, en otros términos, el “error de la autoridad jurisdiccional” al ordenar la medida privativa de la libertad, debía reducirse tan solo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal (Dcto. 2700 de 1991)¹⁸³⁴. En efecto, en ese entonces la Sala consideró que “en relación con los tres eventos allí señalados [...] la ley había calificado que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados”¹⁸³⁵.

En la tercera etapa, que prohija actualmente la Sala, se sostiene que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad.

La Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia mediante sentencia del 17 de octubre de 2013 en la que señala que “respecto del título jurídico de imputación aplicable a los eventos de privación injusta de la libertad, que se trata de un título de imputación o de un régimen de responsabilidad cuyo fundamento debe ubicarse directamente en el artículo 90 de la Constitución Política”, y seguidamente expone los argumentos que amparan una especie de regla de responsabilidad objetiva del Estado, específicamente por el daño especial, en los casos de privación injusta de la libertad¹⁸³⁶.

La sentencia de unificación señala también que si bien el régimen de responsabilidad aplicable al caso de la persona privada de la libertad que finalmente resulta exonerada penalmente ya sea por sentencia absolutoria o su equivalente, es el régimen objetivo del daño especial; ello no es óbice para que también concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, caso en el cual se determina y aconseja fallar bajo el régimen subjetivo¹⁸³⁷.

No obstante lo anterior, a la hora de resolver el caso concreto, esto es, en la *ratio decidendi* del fallo, la Sala Plena de la Sección Tercera habilita al juez contencioso administrativo para que realice un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determine si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que lleva a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor.

La reparación integral en los casos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. La reparación de los perjuicios en casos de privación injusta de la libertad ha estado orientada por la idea convencional, constitucional y legal de reparación integral a la víctima. En lo que dice relación concreta con la reparación de perjuicios en casos donde el daño antijurídico se hace consistir en privación injusta de la libertad, se tiene que la jurisprudencia reconoce perjuicios materiales e inmateriales.

En cuanto a lo primero, los perjuicios materiales, que comprenden el daño emergente y el lucro cesante, consisten tanto en el detrimento patrimonial sufrido por las víctimas por los gastos en que incurrieron con ocasión de la privación injusta de la libertad, así como, a título de lucro cesante, la indemnización por lo dejado de percibir durante el tiempo que se prolongó la medida restrictiva de la libertad.

Respecto de los perjuicios inmateriales, recientemente, en las providencias del 28 de agosto de 2014, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre la reparación de perjuicios morales en eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Así, en fallo de esa fecha, expediente 36149, se estableció que el reconocimiento y tasación de los perjuicios morales se determina según el lapso durante el cual se prolongó efectivamente la privación de la libertad de la víctima directa, y conforme a los grados de parentesco y/o cercanía de los demandantes.

Eximentes de responsabilidad. La responsabilidad del Estado-administración de justicia por privación injusta de la libertad exige examinar como eximente la culpa de la víctima (que la Ley 270 de 1996 comprende), la cual se produce cuando el privado de la libertad contribuye de manera determinante y excluyente a la producción del daño antijurídico, como puede ocurrir cuando (1) se evade al cumplimiento inmediato de la medida de aseguramiento; (2) impuesta como medida de este tipo la detención domiciliaria, se corrobora que no se materializó en ninguna ocasión; (3) se establece

que los procesados participaron en la comisión del hecho punible, y (4) nunca se concretó la privación de la libertad pese a haber sido adoptada decisión judicial que la imponía.

2091. *La responsabilidad del Estado-administración de justicia por error judicial.* Como configurador de daño antijurídico imputable al Estado, el error judicial constituye una descripción objetiva de una situación anormal de la tutela judicial efectiva incorporada de manera autónoma en el artículo 10.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que claramente determina que el error en que hubiere incurrido toda autoridad judicial en una sentencia en firme da lugar a la indemnización de la víctima. Este mandato convencional es retomado en el artículo 66 de la Ley 270 de 1996, especificando que es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional en el curso de un proceso materializado a través de una providencia contraria al ordenamiento jurídico, que debió haber sido controvertida y encontrarse en firme para todos los efectos relativos a las reclamaciones indemnizatorias.

Trasladado al ámbito de la responsabilidad del Estado, el error judicial implica la materialización de un juicio en relación con una providencia judicial que se confronta con el ordenamiento jurídico, sus principios y valores edificantes. En ese sentido es importante prever que la jurisdiccional, al igual que las demás ramas del poder público, en su función de administrar justicia se encuentra ligada al orden jurídico y busca hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en el ordenamiento jurídico, con el fin de dar eficacia sustancial a sus propósitos y finalidades.

El daño antijurídico en los casos de responsabilidad del Estado por error judicial. En los términos y condiciones del artículo 90 constitucional, y en concordancia con lo preceptuado en el artículo 66 de la Ley 270 de 1996, en tratándose del error judicial, el daño antijurídico ha de entenderse como la lesión definitiva cierta, presente o futura, determinada o determinable¹⁸³⁸, anormal¹⁸³⁹ a un derecho¹⁸⁴⁰ o a un interés jurídicamente tutelado de una persona, cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional en el curso de un proceso, y materializado a través de una providencia contraria a la ley que se encuentre en firme y que la víctima no está en el deber de soportar¹⁸⁴¹.

El régimen jurídico de la imputación en los casos de responsabilidad por error judicial. Indudablemente el error configura un vicio de los proscritos en relación con el ejercicio de la actividad pública judicial del Estado que, de configurarse y tener la fuerza suficiente para establecer el daño antijurídico, puede ser imputado con propósitos indemnizatorios, tal como lo establecen la Convención Americana de Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico colombiano. Precisamente, para que en los términos de la Ley 270 de 1996 el daño antijurídico sea imputable al Estado debe reunir los elementos de su artículo 66 y cumplir con los presupuestos del artículo 67, tal como se explica a continuación: 1. Que en el error incurra una autoridad investida de facultad jurisdiccional en ejercicio de la misma; 2. Que el error ocurra en el curso de un proceso judicial y, en consecuencia, se materialice en una providencia judicial; 3. Que el error tenga la fuerza e intensidad suficiente para hacer que esa providencia se torne sustancialmente contraria al ordenamiento jurídico, y 4. Que el afectado haya interpuesto los recursos de ley contra la providencia lesiva incurrida en el error y la misma se encuentre en firme.

Se trata, sin embargo, de reconocer la dificultad que supone para los operadores judiciales la interpretación y aplicación del derecho, pues en la mayoría de los casos las respuestas que el sistema jurídico (convencional, constitucional y legal) ofrece a un problema pueden derivar en hipótesis de resolución contradictorias, aun cuando todas ellas se presenten, *prima facie*, como sucedáneo de un razonamiento jurídico.

Por consiguiente, es preciso partir de una premisa básica y central para abordar la cuestión: la sujeción del juez al ordenamiento jurídico convencional y constitucional, lo que supone el deber del operador de motivar de manera suficiente y razonada las decisiones judiciales conforme a los principios, valores y reglas del sistema jurídico.

El deber de motivar una decisión judicial deviene exigible desde la doble perspectiva convencional y constitucional. Desde la perspectiva convencional, los artículos 8.º y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y a la protección judicial, permiten establecer los lineamientos generales a partir de los cuales se consagra el ejercicio de una labor judicial garante de los Derechos Humanos. En el campo específico del deber de motivar las decisiones judiciales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”¹⁸⁴². La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”¹⁸⁴³, justificándose esta exigencia de los funcionarios judiciales en el derecho que tienen los ciudadanos de ser juzgados “por las razones que el derecho suministra”¹⁸⁴⁴, además de generar credibilidad de las decisiones judiciales en un Estado que se precia de ser democrático.

En conclusión, la providencia ilegal no vincula al juez; las providencias que se enmarcan en la evidente o palmaria contradicción o desconocimiento del ordenamiento jurídico no son providencias ni, por lo tanto, se consideran ley del proceso, ni hacen tránsito a cosa juzgada, ni deben mantenerse en el ordenamiento jurídico¹⁸⁴⁵; la providencia contraria al ordenamiento jurídico “no ata al juez ni a las partes, ni causa ejecutoria”¹⁸⁴⁶, sino que corresponde a una construcción jurisprudencial en virtud de la cual la actuación irregular del juzgador en un proceso no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores¹⁸⁴⁷, y de ahí que le esté permitido proceder contra su propia providencia, incluso ejecutoriada¹⁸⁴⁸. *En un proceso la actuación irregular del juez no puede atarlo para que siga cometiendo errores, pues el error inicial no puede ser fuente de errores subsiguientes*¹⁸⁴⁹.

Eximentes de responsabilidad. Por la singularidad de la responsabilidad del Estado-administración de justicia derivado de un error judicial el examen de las eximentes es reducido y complejo por las siguientes razones: (1) es complicado invocar como tal la fuerza mayor, salvo que ante la decisión judicial el juez sea impelido a adoptarla sometido por una situación irresistible, imprevisible y ajena a cualquier despliegue de acción de la administración de justicia; (2) en condiciones diferentes se presenta la invocación del hecho o culpa exclusiva de la víctima, ya que puede haber fenómenos de inducción, provocación o sujeción en los que su intervención sea determinante para la producción del daño antijurídico, y (3) resulta complejo, además, adecuar el hecho del tercero si la premisa de base es que el juez está investido constitucional y legalmente de la facultad o función jurisdiccional, salvo que dicha decisión sea tomada por aquel a quien se le otorgan de manera tasa, e inducen con una decisión a incurrir en un error judicial (en sus dos extremos), caso por ejemplo de los laudos que profieren los tribunales de arbitramento y cuyo control se ve condicionado por un encuadramiento del asunto a unos supuestos fácticos y jurídicos alterados a los que se debe sujetar el juez contencioso administrativo, provocando la producción de un daño antijurídico en el que la intervención de aquel como tercero puede ser considerada, o simplemente negada.

2092. *La responsabilidad del Estado-administración de justicia por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.* El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como configurador de daño antijurídico imputable al Estado constituye una descripción objetiva de una situación anormal de la tutela judicial efectiva incorporada de manera autónoma en el artículo 69 de la Ley 267 de 1996, especificando que es aquel que se configura a partir del daño antijurídico que hubiere

sufrido un sujeto como consecuencia del ejercicio de la función judicial del Estado, en hipótesis diferentes a las de privación injusta de la libertad y error judicial, y que da lugar a imputación y por lo tanto a la consecuente reparación.

El daño antijurídico en los casos de responsabilidad del Estado por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. En los términos y condiciones del artículo 90 constitucional, y en concordancia con lo preceptuado en el artículo 69 de la Ley 270 de 1996, en tratándose del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el daño antijurídico ha de entenderse como la lesión definitiva cierta, presente o futura, determinada o determinable¹⁸⁵⁰, anormal¹⁸⁵¹ a un derecho¹⁸⁵² o a un interés jurídicamente tutelado de una persona, configurado a partir del ejercicio de la función judicial del Estado, en hipótesis diferentes a las de privación injusta de la libertad y error judicial, y que la víctima no está en el deber de soportar.

Bajo esas consideraciones, en las hipótesis de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia el daño antijurídico tiene carácter residual, deviniendo, en consecuencia, no de una providencia judicial viciada por error, tal como se estableció en los numerales anteriores, o de una privación injusta de la libertad, que de una u otra manera involucra decisiones judiciales, sino, y en esto radica su carácter residual, de todas aquellas conductas del aparato judicial abiertamente en contravía del derecho, y que resultan ser escandalosas y contrarias al ordenamiento jurídico, generadoras de daños y perjuicios materiales y morales¹⁸⁵³ que la víctima no está llamada a soportar.

En consecuencia, el daño antijurídico se configura en las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales y diferentes a estas. En otras palabras, cuando la lesión se produce en el giro o tráfico jurisdiccional, entendido como el conjunto de las acciones u omisiones propias de lo que es la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que pueden provenir no solo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales¹⁸⁵⁴.

*El régimen jurídico de la imputación en los casos de responsabilidad del Estado por defectuoso funcionamiento de la administración justicia*¹⁸⁵⁵. Siendo ello así, inicialmente se exige precisar qué se puede considerar funcionamiento normal, lo que ciertos sectores doctrinales se entiende simplemente fundado en el “derecho a la tutela judicial efectiva”, el cual está integrado “por el derecho al proceso, el derecho a que este se desarrolle según los parámetros constitucionales y el derecho al aseguramiento del bien o derecho en litigio”¹⁸⁵⁶. Lo que lleva a considerar la ocurrencia de funcionamiento anormal o defectuoso al configurarse actuaciones materiales que representan “infracciones graves de las normas procesales que la jurisdicción ha de emplear para decidir”¹⁸⁵⁷, o para ejecutar lo decidido.

En la evolución de la jurisprudencia contencioso administrativa surgió el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como el acto que constituye una falla¹⁸⁵⁸ por un “mal servicio administrativo”¹⁸⁵⁹. Su configuración requiere excluir que es un acto jurisdiccional (propiamente), sino que se trata, por ejemplo, de un acto administrativo que implica que el despacho judicial no realizó una revisión meticulosa de los elementos y actos de ejecución que permiten impulsar y desarrollar la obligación de impartir justicia¹⁸⁶⁰.

En la jurisprudencia reciente de la Subsección B el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se configura en los eventos de “retardo injustificado en la toma de decisiones judiciales”¹⁸⁶¹, partiendo de la base de que la Constitución Política fija como prerrogativa el derecho “a un pronta y cumplida justicia”, en los términos de su artículo 29. Se trata de unos supuestos cuyas raíces convencionales son profundas ya que se sustentan en dos conceptos centrales: (1) el plazo razonable y (2) el recurso judicial efectivo.

La reparación integral en los casos de responsabilidad del Estado por defectuoso funcionamiento. Como ya se advirtió, la víctima debe ser reparada integralmente de los perjuicios que le han sido irrogados.

En cuanto a los perjuicios morales, se precisa que el supuesto de responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia no quedó comprendido dentro de las providencias de unificación de perjuicios inmateriales dictadas por el Pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014. Sin embargo, es claro que se requiere de una acreditación plena y comprobada de los hechos generadores de dicho perjuicio moral, esto es, el sufrimiento, congoja, desasosiego, aflicción y/o tristeza, por cuanto en manera alguna la jurisprudencia de la Corporación ha afirmado su inferencia por vía indiciaria o su presunción¹⁸⁶².

Igualmente, es dable reconocer la existencia de perjuicios materiales en esta materia, caso en el cual debe satisfacerse, mediante las pruebas pertinentes, conducentes y útiles, la acreditación de las circunstancias específicas de causación y cuantificación de esos perjuicios, advirtiendo que comprende tanto el lucro cesante¹⁸⁶³ como el daño emergente¹⁸⁶⁴. Sin embargo, como se trata de un supuesto en el que no se trata de una afectación materialmente determinable (v.gr., la muerte, las lesiones de una persona, el deterioro de un bien), se restringe la posibilidad de reconocer los perjuicios morales de no lograr demostrarlo, ya que no procede la presunción de aflicción de manera simple como en otros eventos¹⁸⁶⁵.

Todo lo anterior sin perjuicio de que el juez contencioso administrativo, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, acceda a reconocer medidas (pecuniarias o no pecuniarias) por afectación relevante de bienes y derechos convencional y constitucionalmente amparados, conforme a lo establecido en la sentencia del 28 de agosto de 2014 (exp. 26251) del Pleno de la Sección Tercera.

Eximentes de responsabilidad. Como hubo oportunidad de señalar para el caso del error judicial, es complejo analizar el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como fundamento de imputación de la responsabilidad del Estado a partir de las causales o eximentes tradicionales. De ahí que lo primero a determinar es si estamos ante un “buen funcionamiento” de la administración de justicia, y si existiendo este el ciudadano destinatario del mismo cumplió con su deber constitucional (consagrado en el art. 95.7 de la Carta Política) de colaborar para dicho buen funcionamiento, ya que la dilación de un proceso puede estar originada en conductas contumaces¹⁸⁶⁶, o en la imposibilidad de definir e identificar un lugar para las notificaciones, o entorpecer la práctica de una prueba, eventos en los cuales la intervención del hecho o culpa exclusiva de la víctima por violación de un deber constitucional sería el fundamento a tratar de encuadrar para que opere la eximente de responsabilidad de manera plena.

6. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR

2093. La responsabilidad por el hecho del legislador plantea desde su concepción la tensión entre el principio de irresponsabilidad con el que se ampara el ejercicio soberano de las facultades del legislador, y la cláusula de la responsabilidad del artículo 90 de la Carta Política.

2094. Bajo dicha comprensión, en este régimen de responsabilidad el daño antijurídico se hace consistir con las afectaciones al patrimonio de una persona (natural o jurídica) por la imposición de un impuesto o tributo, o la restricción al ejercicio del derecho de propiedad, o la indebida o excesiva limitación a la libertad económica o de empresa.

2095. Por su parte, la imputación se construye a partir del análisis de diferentes supuestos de hecho. En un primer momento, por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de 18 de octubre de 1990^[1867] al resolver un caso en el cual una sociedad demandó al Departamento del Valle del Cauca al considerar que se generó un daño derivado de la expedición de un decreto y de una ordenanza departamental con las que se creaba el servicio de bodegaje de licores, normas que fueron provisionalmente suspendidas por la jurisdicción contencioso administrativa, y luego declarados nulos algunos de sus artículos.

La línea jurisprudencial que afirma la responsabilidad por el hecho del legislador tiene continuidad en la sentencia del 16 de marzo de 2007 de la Sección Tercera, en el caso según el cual se solicitaba el reintegro del impuesto de telefonía básica conmutada, cuyo tributo fue creado por el municipio de Pereira por medio del Acuerdo 51 de 2001.

Por la misma época en la que se planteaba la hipótesis del Consejo de Estado en el caso que se viene estudiando, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-038 del 1.º de febrero de 2006^[1868], del que pueden extraerse los siguientes fundamentos: (i) la “responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional”¹⁸⁶⁹; (ii) como supuestos en los que se puede encuadrar la responsabilidad se tiene “cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos”¹⁸⁷⁰, que no excluyen otros eventos en los que podría configurarse, sino que por virtud de la noción de daño antijurídico estarían abiertas a diferentes situaciones (al plantear este argumento la Corte entra en una contradicción similar a la incurrida por la jurisprudencia contencioso administrativa al pretender asimilar daño antijurídico y daño especial¹⁸⁷¹); (iii) se señala que los fundamentos de imputación los debe configurar o precisar el propio legislador, y le corresponde al juez contencioso administrativo encuadrarlos¹⁸⁷².

En la reciente jurisprudencia de las Subsecciones de la Sección Tercera se ha retomado el debate acerca del alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador. En ese sentido, la Sentencia del 23 de febrero de 2012 de la Subsección A de la Sección Tercera¹⁸⁷³, en el caso de una empresa privada que demandó a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público por el irregular ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el Decreto 650 de 1996 (art. 8.º, lit. b, reglamentaria de la Ley 223 de 1995), el cual fue declarado nulo por sentencia de la Sección Cuarta, y con base en el cual se recaudó el impuesto de registro que la empresa tuvo que pagar en tres ocasiones.

No obstante, la tesis de la defraudación de la confianza legítima ha tenido continuidad en la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera del 31 de agosto de 2015 (caso TV 13 Limitada, modificación de las prórrogas de los contratos de concesión), argumentando que (i) la antijuridicidad del daño no depende de la declaratoria de exequibilidad o inexecutable, puesto que la “cláusula general de responsabilidad estatal goza de plena independencia y efectividad, ya que no se encuentra sometida ni condicionada a dicho estudio de constitucionalidad, pues este no es un elemento estructurante del daño antijurídico”¹⁸⁷⁴; (ii) la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador cuando se “generan daños por la defraudación del principio de confianza legítima cuando se lesionan expectativas legítimas o estados de confianza a causa de una actuación u omisión del legislador, situación que puede ocurrir cuando se expiden leyes que aun estando exentas de vicios y conformes a la Constitución contienen cambios impredecibles e intempestivos que alteran la seguridad jurídica y que, sin haber previsto medidas transitorias o compensatorias, producen un daño antijurídico a los asociados que confiaron en la consolidación de los derechos en vía de serlo y en la conservación de las situaciones preexistentes”¹⁸⁷⁵; (iii) siendo aplicable como fundamento de imputación el del daño

especial, y (iv) el resarcimiento tiene en cuenta los derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas deteriorados, la privación de la oportunidad de adquirir un derecho en vía de serlo, o la afectación producida en una actividad tolerada.

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD URBANÍSTICA

2096. El urbanístico o territorial es un derecho que, sin desconocer los intereses subjetivos e individuales, está materialmente vinculado a los propósitos sociales y comunitarios¹⁸⁷⁶ que comprometen la actividad pública del Estado¹⁸⁷⁷ —más allá de las fronteras de la conurbación, esto es, sobre la totalidad de la problemática del territorio¹⁸⁷⁸—, a la ordenación del territorio, la preservación y respeto de todos y cada uno de los derechos colectivos e intereses difusos de la sociedad que le garantizan a esta su convivencia equilibrada y ponderada, no obstante la complejidad de los elementos y fenómenos que implican las relaciones del hombre y la sociedad sobre el territorio¹⁸⁷⁹ y sus constantes cambios¹⁸⁸⁰.

El ordenamiento territorial se torna, entonces, en un concepto multidisciplinario y de propósitos integradores de los fenómenos urbano y territorial para efectos de interés general. Se infiere de su contenido la presencia de un concepto con fundamentos sociales, políticos, culturales, ecológicos y económicos que le permiten una visión amplia e integradora de todos los componentes del fenómeno¹⁸⁸¹.

2097. El daño antijurídico en materia urbanística y territorial puede concretarse: (1) en aminoración, detrimento, deterioro o menoscabo que no está llamado a soportar un determinado individuo en el ejercicio de su derecho de propiedad; (2) en la afectación al ejercicio y goce del derecho a la vivienda; (3) en la vulneración al libre ejercicio de actividades económicas y productivas en espacios, áreas y zonas de desarrollo urbano, local o rural; (4) por afectación del derecho a la libre movilidad o a la locomoción derivada de decisiones en el marco del ordenamiento territorial y urbanístico; (5) por la depreciación, limitación o pérdida de un bien inmueble, etc., (6) o llegar a concretarse en la vulneración de esferas colectivas bien sea por afectación al ambiente sano, al espacio público, al patrimonio público y a la integridad territorial.

2098. La imputación de la responsabilidad en materia urbanística y territorial se ofrece desde diferentes perspectivas. En su encuadramiento inicial en el ámbito fáctico, se encuentra que en aquellos eventos en los que se produce el derrumbamiento, la destrucción o la caída de edificaciones, construcciones o infraestructuras que afectan a personas, bienes o actividades se suele invocar como eximente la fuerza mayor, teniendo en cuenta como factores de imprevisibilidad (a) las condiciones del suelo o terreno en donde se edifica, o está construido, o se va a desarrollar; (b) el tipo o naturaleza de la construcción y su destinación en función de las condiciones del uso del suelo o terreno, y (c) las características de los bienes que construidos no responden a las condiciones externas ambientales o propias del uso del suelo al que se destina. A su vez, como factores de irresistibilidad se afirma la inexistencia de materiales, de infraestructuras y de bienes que puedan soportar cargas externas ambientales y relacionadas con el uso del suelo, o la imposibilidad de prever la ocurrencia de ciertos fenómenos que afectan la realización de una actividad, la existencia de un desarrollo urbanístico o de infraestructura. Y, finalmente, como factor de ajenidad se invoca todo aquello que no se desprende de la actividad urbanística o territorial, en cualquiera de sus fases de ordenación, planeación, implementación, aplicación, desarrollo, gestión y control o seguimiento.

Ahora bien, la atribución jurídica de la responsabilidad en materia urbanística y territorial en la jurisprudencia ha obedecido a una amalgama de fundamentos en los que cabe encuadrarla: así, en algunas ocasiones se imputa bajo el fundamento del daño especial, en concreto cuando se trata de la ocupación de bienes por decisiones, acciones o hechos u operaciones administrativas urbanísticas o territoriales.

Es un ámbito ideal para la afirmación del daño especial, pues como régimen de responsabilidad ha sido elaborado a partir de la concepción de igualdad de las cargas públicas que pesan sobre los administrados, lo cual implica considerar i) que las cargas ordinarias o normales que se aplican a todos los ciudadanos o sectores específicos de ellos deben ser asumidas como un sacrificio o carga ordinaria frente al Estado, pero ii) los sacrificios particulares a que se vea abocado un ciudadano a consecuencia de un acción lícita del Estado corresponden a una situación anormal que amerita ser compensada; así las cosas, aquí se prescinde por completo de la noción de actividad riesgosa¹⁸⁸².

También se opera la imputación por falla por expedición de licencias urbanísticas que representen el incumplimiento de deberes normativos, bien sea (1) por indebida expedición; (2) por no suspensión; (3) por no revocatoria, y (4) por insuficiente e inactividad en su control y seguimiento.

Finalmente, la falla en el servicio como fundamento de imputación se concreta en aquellos casos en los que la administración pública incumple deberes normativos, especialmente cuando conoce o debía conocer la situación de amenaza inminente, irreversible e irremediable de las condiciones de una edificación en la que se desarrollan actividades de cuerpos de seguridad, de asistencia civil o de bomberos, o de actividades públicas departamentales o locales, basada en los amplios deberes de control, seguimiento y verificación que emanan de las normas urbanísticas y de ordenamiento territorial, como las consagradas en las Leyes 388 y 400 de 1997^[1883].

Se trata de un régimen construido con el objeto de alcanzar la reparación integral de los daños antijurídicos ocasionados a los administrados y cuya responsabilidad (extracontractual) cabe atribuir e imputar al Estado, en razón de las actividades anteriormente indicadas, que excluyen de entrada el acto administrativo¹⁸⁸⁴ como objeto de debate jurídico, sin perjuicio de que a partir de un acto administrativo revestido del principio de legalidad se pueda producir, como consecuencia de su aplicación o ejecución, un daño antijurídico.

8. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS AMBIENTALES Y ECOLÓGICOS

2099. Se trata de un régimen de responsabilidad que tiene su fundamento en una norma pre-constitucional, como es el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, y cuyo sustento en la Carta Constitucional se encuentra en los artículos 8.º, 58, 79, 80, 81, 90 y 334. Se trata de encuadrar la responsabilidad patrimonial del Estado tanto por los daños ambientales como por los daños ecológicos que se produzcan por la acción, actividad, omisión o inactividad.

Así mismo, cabe precisar que resulta problemático el cómputo de la caducidad cuando debe analizarse la producción de daños ambientales y ecológicos derivados del fenómeno de contaminación. La contaminación es un concepto

... extraído de la ciencia y que, en principio, ha sido transpuesto al derecho en sus complejos términos, pese a la dificultad que pueda resultar para su valoración jurídica. La “contaminación”, pues, puede entenderse como el cambio en el estado físico, químico o biológico del medio natural, en conjunto, o de alguno de los elementos o unidades físicas que lo componen¹⁸⁸⁵.

Siendo este el concepto de contaminación, se advierte que

... no es el concepto de contaminación el que define el daño ecológico y ambiental, ya que este solo viene a definir la situación fáctica, las condiciones y factores que inciden en la alteración, modificación o degradación de la naturaleza o del ambiente, y la proyección de estos en los diferentes ámbitos en los que se manifiesta¹⁸⁸⁶ [...] la noción de contaminación comprende solo aquello que cuantitativamente es estimable, entendido como situación o fenómeno que se mide en unidades físicas. Esto no pasa con la definición de daño o perjuicio, que es cualitativa y supone apreciar, realizar un juicio de valor y determinar los efectos jurídicos que se producen¹⁸⁸⁷.

Luego, cabe afirmar que cuando se alega que se presenta un fenómeno contaminante del que se hicieron derivar daños ambientales y ecológicos no puede el juez, salvo incurrir en un equívoco material, plantear el cómputo desde la existencia de la contaminación, porque incluso teniendo un origen en un momento histórico, es posible que en la actualidad todo, buena parte o algunas de sus manifestaciones sigan presentes desencadenando efectos que impiden analizar bajo una racionalidad jurídico social simplemente que ha operado o no la caducidad¹⁸⁸⁸.

2100. En ese sentido, el daño ambiental se define como

... las alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas a los bienes materiales o de recursos, a la salud e integridad de la personas, así como a las condiciones mínimas para el desarrollo y calidad de vida, y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos (*v.gr.*, derecho de propiedad)¹⁸⁸⁹.

Se comprende, también, que el daño ambiental es

... toda agresión derivada de la actividad humana en el medio natural, que causa como consecuencia la modificación o alteración en los bienes y recursos disponibles, o efectos nocivos en la salud e integridad de las personas¹⁸⁹⁰.

En tanto que el daño ecológico se define como la

... degradación, deterioro o modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad. La nota distintiva de esta definición se encuentra en que no esta referida a interés individual o humano alguno, sino que se enfoca hacia la tutela del medio natural en su conjunto, como interés independiente de aquel¹⁸⁹¹.

Para complementar su definición, dicho daño comprende la

... destrucción de especies, la degradación de los recursos naturales (agua, aire, flora), la alteración de las condiciones de los suelos, el deterioro y la modificación de los sistemas ambientales en la que se integran¹⁸⁹².

2101. En cuanto a la imputación de los daños ambientales, la Sección Tercera en la Sentencia del 13 de mayo de 2004 planteó el encuadramiento de los mismos en la falla en el servicio, teniendo en cuenta que al momento de ser demandada (año 2000) Ecopetrol tenía a su cargo la administración, explotación y comercialización de los hidrocarburos, según lo consagrado en el Decreto 2310 de 1974, además de ser propietaria del sistema de oleoducto, por lo que “asume la responsabilidad por los daños que se cause de manera directa o indirecta a los particulares con esas actividades o los bienes destinados a estas, siempre que le sean imputables”. A dicha presupuesto se agrega la imputación de la

responsabilidad con base en las obligaciones desprendidas del Decreto 321 de 1999, relacionado con el “Plan Nacional de Contingencia contra derrames de hidrocarburos, derivados y sustancias nocivas en aguas marinas, fluviales y lacustres”¹⁸⁹³, por ser titular de la operación, de la instalación o por ser propietaria de la sustancia.

2102. Finalmente, en cuanto a la determinación, tasación y liquidación de los rubros de reparación, la jurisprudencia reconoce perjuicios inmateriales (perjuicios morales) y perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante). Excepcionalmente se reconoce y ordena la reparación de perjuicios ecológicos, como ocurrió en la Sentencia de la Subsección B del 30 de enero de 2013 (exp. 22060) en la que se determinó la obligación del Estado de realizar la reforestación de un área.

2103. Es compleja la forma en que se determinó la reparación de los perjuicios morales en la sentencia de la Sección Tercera del 1.º de noviembre de 2012 (caso Doña Juana), en la que se liquidó con base en la proximidad al foco o fuente contaminación, sin ser esto un criterio que haya quedado corroborado, o que permita afirmar que todos los habitantes de una de las esferas que se consideraron reflejaron de manera uniforme o unívoca las condiciones del perjuicio ocasionado¹⁸⁹⁴.

9. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LIMITACIONES A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

2104. La responsabilidad del Estado por limitaciones a la actividad económica en la jurisprudencia contencioso administrativa comprende la limitación, cercenamiento o imposición de requisitos, reglas o exigencias al desarrollo de actividades económicas de empresas, de actividades comerciales, o de establecimientos de comercio.

2105. El daño antijurídico se hace consistir en la afectación, vulneración o detrimento del derecho de propiedad cuando un bien mueble o inmueble es destinado al desarrollo de la actividad económica, o la libertad de empresa cuando se trata de la limitación para el ejercicio de su razón social, o para el despliegue de actividades comerciales, o para la existencia de la misma en cabeza de personas jurídicas sometidas a procedimientos administrativos de intervención¹⁸⁹⁵ (*v.gr.*, la toma de posesión, o liquidación, concordatario).

2106. Siguiendo la jurisprudencia, dichos daños antijurídicos pueden ser imputados con base en la falla en el servicio cuando se trata de procedimientos o actividades administrativas de intervención, control o seguimiento del Estado (*v.gr.*, por la Superintendencia Financiera, o por la Superintendencia de Industria y Comercio).

2107. Finalmente, la reparación que se reclama ordinariamente exige en la jurisprudencia contencioso administrativa que cuando se trata de personas jurídicas los perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicios morales deben ser probados y no pueden presumirse, por lo que no aplica la jurisprudencia de unificación de agosto de 2014.

En tanto que los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) requieren que se reconozcan y liquiden con base en lo demostrado, y en caso de no proceder, la jurisprudencia viene definiendo criterios en cuanto a cuándo debe procederse a la liquidación en abstracto, fijándose esta con base en las exigencias propias de la actividad económica o comercial que haya sido objeto del daño antijurídico que produjo los perjuicios materiales.

10. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO

2108. La jurisprudencia contencioso administrativa considera que cuando se trata de daños antijurídicos ocasionados durante la etapa pre-contractual se pueden encuadrar como un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado¹⁸⁹⁶, teniendo en cuenta que en la etapa en que se surte la contratación estatal la administración pública gestiona

... una actuación administrativa reglada que se debe ceñir a todo el plexo axiológico enunciado por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y ello implica que las entidades administrativas se deben manifestar a través de actos administrativos, hechos, reglamentos y simples actos de la administración que, por supuesto, son susceptibles de los medios de control jurisdiccional en la forma prevista por el ordenamiento jurídico¹⁸⁹⁷.

2109. La responsabilidad en la fase de formación del contrato es uno de los ámbitos de mayor debate jurídico¹⁸⁹⁸, ya que se plantea si su naturaleza es precontractual¹⁸⁹⁹ (cuya base conceptual se hace radicar en la *culpa in contrahendo*¹⁹⁰⁰), extracontractual¹⁹⁰¹, “o si estamos ante un *tertium genus*”¹⁹⁰², y con qué principios se relaciona en su construcción jurídica, como el de buena fe, el *neminem laedere*, el abuso de derecho, la equidad, etc., y de la que pueda hacerse derivar la exigencia de indemnizar bien sea el “interés negativo o de confianza” o el “interés positivo o de cumplimiento”¹⁹⁰³.

2110. Para la construcción de la responsabilidad, en la etapa de formación del contrato resulta sustancial declarar la afirmación del principio de buena fe¹⁹⁰⁴ al que debe ajustarse la actuación tanto de la administración pública como del proponente¹⁹⁰⁵.

2111. Dentro de los supuestos de imputación de los daños antijurídicos ocasionados en la etapa contractual, se tiene con frecuencia el de la

... ilegalidad del acto previo de adjudicación, caso en el cual, para que se abra paso la indemnización por haber sido privado del derecho de ser el adjudicatario del proceso de selección, el demandante está en la obligación de acreditar, de una parte, que el acto administrativo efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, que, efectivamente, su propuesta era la mejor y la más conveniente para la administración –en términos del servicio público–, es decir, que su propuesta era la que debía ser favorecida con la adjudicación, por cumplir la totalidad de los requisitos legales y de los contemplados en el respectivo pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y la que materializa los criterios que informan el deber de selección objetiva, tal como lo dispone el artículo 29 de la Ley 80 de 1993. Cosa similar sucede cuando el perjuicio se genera por la ilegalidad del acto administrativo previo a través del cual se declara desierto el proceso de selección¹⁹⁰⁶.

2112. También se puede considerar como supuesto de imputación el evento en el que la información elaborada y dispuesta por la entidad estatal contratante es ambigua, imposible de conocer y de incorporar a la formulación de las ofertas, especialmente cuando se trata de licitación pública, y que debe obedecer al estricto cumplimiento del principio de planeación¹⁹⁰⁷.

11. *ACTIO DE IN REM VERSO*

2113. Es lugar común afirmar que la *actio de in rem verso* tiene su fundamento en un pasaje del *Digesto* en el que se expresa que “por derecho natural es equitativo que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro”¹⁹⁰⁸; empero, lo que normalmente no se advierte es que ese pasaje, que en el derecho justinianeo pareciera tener un carácter amplio o general por estar consignado como una *regula iuris*, en verdad solo tenía una aplicación restringida en el derecho romano clásico¹⁹⁰⁹.

2114. Adviértase entonces, de conformidad con el recuento hasta aquí hecho, que la actual *actio de in rem verso* se empezó a construir a partir del pasaje de Pomponio¹⁹¹⁰, contenido en las *regulas iuris* del *Digesto*, según el cual es equitativo que nadie se enriquezca a expensas de otro, y por consiguiente se edifica como un mecanismo para obtener las correspondientes restituciones en los eventos en que alguien se ha hecho más rico en detrimento de otro, es decir que dentro de sus elementos están y deben estar necesariamente el enriquecimiento de alguien y el correlativo empobrecimiento de otro¹⁹¹¹.

2115. Por su parte, haciendo eco de lo elaborado en Francia, bien pronto la Corte Suprema de Justicia de Colombia¹⁹¹² sostuvo que para su buen suceso la acción *de in rem verso* requería de: (a) un enriquecimiento; (b) un empobrecimiento correlativo; (c) la ausencia de causa que justificara ese desequilibrio patrimonial, y (d) la carencia de otra acción que permitiera la restitución¹⁹¹³.

2116. Pero al advertir que la ley en algunos casos autoriza el enriquecimiento a expensas de otro, tal como acontece en el artículo 1525 del Código Civil que ordena que no se puede repetir lo dado o pagado por un objeto o causa ilícitos a sabiendas, señaló que la *actio de in rem verso* también tiene como requisito que con ella no se pretenda eludir una disposición imperativa de la ley¹⁹¹⁴.

2117. Pero, por supuesto que, más que fundarse en los casos especiales, y entre ellos el del artículo 1525 del Código Civil, el verdadero apoyo de esta última exigencia se encuentra en el principio general de legalidad que irradia no solo al derecho sustantivo sino también al derecho procesal, y en virtud del cual el amparo adjetivo de una pretensión depende fundamentalmente, entre otras cosas, de que el derecho que se aduce sea tal porque el ordenamiento lo reconoce, porque se tiene y porque se ajusta en un todo a él, toda vez que nadie puede aspirar a más de lo que la ley le permite¹⁹¹⁵.

2118. El principal asunto en torno al cual la Sección Tercera del Consejo de Estado ha discurrido sobre el enriquecimiento sin causa es el relacionado con la ejecución de actividades en favor de una entidad estatal sin que medie un contrato entre esta y el ejecutor.

2119. Sobre el punto esta Corporación ha tenido posiciones encontradas que van desde la admisión hasta el rechazo de aquel instituto en la hipótesis antes mencionada, pasando, como podrá suponerse, por una tesis intermedia que se sustenta en el deber de proteger la buena fe del contratista que fue inducido o motivado por la administración a la ejecución de la actividad en esas circunstancias.

2120. Una primera posición de la Sala en torno al reconocimiento del enriquecimiento sin justa causa se hizo en el marco de un evento en el cual un particular realizó prestaciones a favor de la Administración Pública sin que existiera un contrato estatal debidamente perfeccionado, razón por la cual la Corporación decidió reconocer la procedencia de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin justa causa.

2121. En pronunciamiento posterior, la Sección Tercera afirmó

... que cuando debiéndose celebrar otro contrato o uno adicional no se celebra y pese a ello la obra se ejecuta a entera satisfacción. De la entidad propietaria de la misma, el asunto puede manejarse con la tesis del enriquecimiento sin causa, sin violentar los principios que gobiernan las controversias contractuales, tal como lo expresó claramente la demanda en su hecho duodécimo¹⁹¹⁶.

2122. En el mismo sentido, ante la ausencia de sustento contractual que permitiera realizar el pago de unas prestaciones realizadas por el demandante, la Sección Tercera consideró que para

... conseguir un restablecimiento patrimonial frente a la administración por causa de unos servicios prestados a la misma, sin respaldo contractual perfeccionado, y que no le fueron reconocidos ni satisfechos, la sociedad demandante hubo de acudir a la figura del enriquecimiento sin causa, para fundamentar jurídicamente sus

pretensiones. Procede entonces, antes de un pronunciamiento sobre la existencia de dicha figura en el caso estudiado, establecer previamente si se dan las condiciones de hecho indispensables para su estructuración¹⁹¹⁷.

2123. En esa primera etapa de la jurisprudencia contencioso administrativa en torno al enriquecimiento sin justa causa como fuente de las obligaciones en el derecho administrativo, el Consejo de Estado intentó imputar, de manera general, la carga de conocimiento de la ley contractual a la entidad demandada e incluyó el elemento de la confianza en la ecuación^{1918_1919}.

2124. Para el efecto la Sección Tercera en la Sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, empezó por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia¹⁹²⁰ a partir del artículo 8.º de la Ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831^[1921] del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio de in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o *cogente*.

2125. Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (art. 41 inc. 4.º Ley 80 de 1993). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en esta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

2126. No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y, por lo tanto, inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

2127. En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

2128. En los casos en que resulte admisible se cuestiona en sede de lo contencioso administrativo si la acción pertinente es la de reparación directa. Se recuerda que, de un lado, se prohíba la tesis que niega la pertinencia de la vía de la reparación directa con fundamento en que se trata de una acción autónoma que es de carácter compensatorio y no indemnizatorio, aspecto que constituye la esencia de la acción de reparación directa; de otro lado se aduce que el camino procesal en lo contencioso administrativo es precisamente el de la reparación directa porque mediante esta se puede pedir la reparación de un daño cuando la causa sea, entre otras, un hecho de la administración¹⁹²².

2129. Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión, y que la autonomía de la *actio de in rem verso* se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa¹⁹²³.

2130. En efecto, recuérdese que en el derecho romano el enriquecimiento estaba vinculado a determinadas materias (donaciones entre cónyuges, petición de herencia frente al poseedor de buena fe, negocios celebrados por el pupilo sin la autorización del tutor, el provecho que una persona recibía por los delitos o por los actos de otro, etc.) y por consiguiente la restitución se perseguía mediante la

condictio perteneciente a la respectiva materia, materia que entonces se constituía en la causa del enriquecimiento¹⁹²⁴.

2131. De forma que la autonomía de la *actio de in rem verso* se centra en que el enriquecimiento se produce sin una causa que lo justifique y que, comoquiera que no hay causa justificante, se carece de la correspondiente acción que daría la justa causa si esta existiera. Esa es la razón por la cual se exige que no haya contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito al amparo del cual pueda pretenderse la restitución¹⁹²⁵.

2132. De consiguiente emerge que la *actio de in rem verso*, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro¹⁹²⁶.

2133. Luego es en ese ámbito y de esa manera como debe entenderse la autonomía de la *actio de in rem verso*, lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental¹⁹²⁷.

2134. Así el asunto, resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo se puede pretender reconocer el enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resulte procedente, puesto que esa acción está prevista precisamente para demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración¹⁹²⁸.

2135. Y el argumento para negar la viabilidad de la reparación directa para las pretensiones de enriquecimiento sin causa, sosteniendo que aquella es indemnizatoria y esta compensatoria, también se derrumba con solo considerar que quien se ve empobrecido sin una causa que lo justifique está padeciendo un daño y por ende puede pedir su reparación; sin embargo, como de la esencia de una pretensión edificada sobre un enriquecimiento incausado es que la restitución solo va hasta el monto del enriquecimiento, es eso lo que en tal caso puede pedir y nada más¹⁹²⁹.

2136. Puestas así las cosas aparece obvio que, en lo contencioso administrativo, la vía procesal para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa, pues mediante ella se puede demandar la reparación del daño y esto es precisamente lo que padece quien se ve empobrecido ante quien correlativamente se enriquece sin una causa que lo justifique¹⁹³⁰.

E. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA REPARACIÓN: DE LA RESTITUTIO IN INTEGRUM A LA RESTITUTIO IN PRISTINUM. ALCANCE DEL ARTÍCULO TRANSITORIO 18 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2017

2137. La reparación en el moderno derecho de daños no se sustenta solo en el perjuicio, sino también en la víctima, de manera tal que su concepción inicial de dejar “indemne” a la persona se actualiza y armoniza con la garantía de los derechos y libertades, como respuesta a la profunda influencia constitucional y convencional. Se procura, por lo tanto, lograr la verdadera *restitutio in integrum*, donde no solo la equivalencia económica sea relevante, sino que el resarcimiento y el restablecimiento eficaz de los derechos pueda concretarse, ya que, de no lograrse, el mensaje sería que la reparación como elemento del régimen de responsabilidad solo tiene contenido pecuniario, vaciado de todo alcance garantista.

2138. La reparación responde a una serie de modalidades, reconocidas en el derecho convencional, en el ordenamiento jurídico interno y en el derecho internacional público: a) la restitución; b) la indemnización; c) la rehabilitación; d) la garantía de no repetición; e) el reconocimiento público del suceso, y f) las medidas de satisfacción.

2139. La reparación en su doble dimensión de derecho y de principio constitucional parte del concepto según el cual la producción de un daño antijurídico imputable al Estado exige restablecer, resarcir, recuperar, reponer, dejar indemne, compensar o indemnizar a la(s) víctima(s).

2140. Se trata de un garantía cuyos fundamentos convencionales están en los artículos 63.1 de la CADH y 90 de la Carta Política, así como su concreción en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 procura que se logre como premisa básica restablecer, hasta donde sea material y jurídicamente posible, las cosas al estado anterior de la producción del daño (*restitutio in pristinum*), pero siempre sustentado en el criterio de la integralidad, de manera que no solo se busca la simple compensación económica, sino que puede comprender la restauración o recuperación de los bienes jurídicos convencional y constitucionalmente tutelados, para que de esa manera se puedan satisfacer los fines no solo del resarcimiento económico, sino de la garantía del ejercicio pleno de los derechos y libertades que han podido ser conculcados con el acaecimiento del daño antijurídico en sus diferentes expresiones¹⁹³¹.

2141. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, por lo general

... ordena una reparación integral y adecuada en el marco de la Convención, que contiene todas y cada una de las medidas que de acuerdo al caso sean las necesarias con el fin garantizar la rehabilitación, la satisfacción, y la no repetición. La Corte Interamericana señala que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial y, por consiguiente, las mismas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores¹⁹³².

2142. Es en este contexto que la reparación integral plantea una necesaria armonización de su contenido con lo consagrado en el artículo transitorio 18 del Acto Legislativo n.º 01 de 2017^[1933], de acuerdo con el cual, en el

... marco del Sistema Integral de verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que hayan sufrido daños individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado.

En ese presupuesto inicial no cabe duda que se reconoce constitucionalmente la entidad jurídica de la reparación como derecho, sustancialmente cuando se trata de la violación de derechos humanos y de infracciones al DIH, de daños antijurídicos originados durante el conflicto armado, sin distinguir a su originador.

2143. Lo cual es significativo por cuanto podría pensarse que el llamado a reparar no es únicamente el Estado, sino también otros actores que producen, cometen o infringen los derechos humanos y el DIH, como terceros no estatales que participaron (y participan) en el conflicto armado. Habrá que esperar la reglamentación legal en este aspecto.

2144. En un segundo presupuesto del artículo transitorio 18 del mencionado Acto Legislativo, se plantea que la

... reparación será garantizada por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva, priorizando la distribución de las medidas de reparación entre las víctimas teniendo en cuenta el universo de víctimas del conflicto armado y buscando la igualdad en el acceso y la equidad en la distribución de los recursos disponibles, y dando preferencia en la atención de los sujetos de especial protección constitucional.

De esa parte del precepto constitucional cabe extraer varios elementos: (i) se comprende que la garantía de la reparación está en cabeza del Estado; (ii) siendo los criterios que definen tal reparación los de integralidad, adecuación, diferenciación y efectividad; (iii) incorporando el criterio económico de la priorización al distribuir las medidas de reparación que puedan ser aplicables a las víctimas del conflicto armado, lo que exigirá contar con tres ámbitos de desarrollo, de políticas públicas, de ordenación y planeación de los instrumentos, y de aplicación de los mismos; (iv) determinando el alcance de la reparación con base en dos principios sustanciales como los de igualdad de acceso y de equidad, que deberán ponderarse en función de la disponibilidad de los recursos, pero sin negar la esencia de la integralidad de la reparación, y (v) dotando de protección reforzada en la reparación a los sujetos de especial protección (*v.gr.*, niños, mujeres, personas de la tercera edad, personas con discapacidad, miembros de comunidades indígenas, afrodescendientes, o de minorías, etc.).

2145. Ahora bien, si se reflexiona acerca de la influencia o no de dicha norma constitucional transitoria en el alcance, contenido y delimitación de la reparación integral a la que está llamado a salvaguardar el juez contencioso administrativo, se pueden plantear las siguientes cuestiones:

2146. El Acto Legislativo parece reducir su espectro de aplicación solo para los casos, eventos y situaciones propias del conflicto armado, lo que crearía una regla jurídica de diferenciación que debe ser debida y justamente resuelta para que no sea contraria a los fundamentos convencionales y constitucionales.

2147. En ningún caso la disponibilidad de los recursos económicos a que se refiere la norma puede ser inferior a aquella necesaria para la satisfacción de los estándares de reparación convencionales, porque estaría en juego la plena aplicación de los artículos 63.1, 1.1 y 2.º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos últimos son mínimos inquebrantables por los Estados.

2148. En mi libro *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas, fuerza rectora*¹⁹³⁴, sostuve que la

... adopción de medidas de reparación integral para la construcción de la paz [...] está orientada a adoptar las medidas que aseguren la reparación integral de las víctimas, dentro de lo cual se incluyen medidas concernientes a la indemnización, rehabilitación, satisfacción, la no repetición, la reparación colectiva de territorios, poblaciones y colectivos más afectados con el conflicto.

Operando como estándares convencionales los siguientes:

[...] i) La reparación tiene como ingredientes sustanciales que debe ser adecuada, efectiva, rápida, promover la justicia, tener la vocación de restablecer o remediar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, manifestarse en programas de atención y asistencia a las víctimas, aplicando las diferentes modalidades de manera proporcional y sin excluir las determinadas por órganos jurisdiccionales¹⁹³⁵. ii) Las garantías de no repetición. Las cuales se comprenden como el resultado de la implementación coordinada de las anteriores medidas y mecanismos. La garantía de no repetición configura un instrumento idóneo y adecuado derivado del compromiso efectivo de evitar que los hechos lesivos a la paz y generadores de daños a las víctimas persistan en el actuar de los colombianos, tomando las medidas adecuadas, necesarias, indispensables y proporcionales para que situaciones similares no vuelvan a suceder¹⁹³⁶.

2149. De otra parte, en nuestra opinión la disposición tiene aplicación preferente en materia de perjuicios inmateriales (*v.gr.*, perjuicios morales, daño a la salud, afectaciones a bienes convencionales y/o constitucionales). Sin embargo, tratándose de perjuicios materiales, la pretendida limitación a una disponibilidad de recursos debe observarse sistemáticamente con relación a las normas tutoras de la propiedad, como garantía no solo del mandato de los artículos 21 y 63.1 de la CADH, y de los artículos 58 y 90 de la Carta Política, de forma que no se concluya en una lectura de carácter expropiatorio que influya en las decisiones judiciales que tengan que adoptarse por virtud de la responsabilidad que por los daños antijurídicos sea imputada al Estado, y se ordene la reparación correspondiente por ese tipo de perjuicios. Debe tenerse en cuenta (como se abordará más adelante) que en su tasación y liquidación los perjuicios materiales dependen del daño antijurídico ocasionado, los bienes jurídicos comprometidos y la intensidad, por lo que será contradictorio condicionar su reparación a una limitada disponibilidad de los recursos.

2150. Es claro que los presupuestos del artículo transitorio 18 del Acto Legislativo n.º 01 están destinados a la reparación de los perjuicios ocasionados por las violaciones de los derechos humanos y por las infracciones del derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado, por lo que su influencia en la jurisprudencia contencioso administrativa puede ser relativa y sometida a los estándares de convencionalidad para los mismos eventos señalados. No obstante, al apelar al criterio de la disponibilidad para resolver la tensión entre los principios de igualdad de acceso y de equidad, el constituyente puede estar induciendo a que las decisiones de ese mismo juez se armonicen o adecuen a la racionalización económica, de forma tal que pueda determinar el alcance de la reparación en los diferentes regímenes que de responsabilidad patrimonial del Estado se aplican en el derecho colombiano.

2151. En todo caso, sea comprendida la reparación integral “maximizada” o “reducida”, debe tenerse en cuenta que los límites básicos los fijan los estándares de convencionalidad, y que estos se fundan en el principio *pro homine*,

... donde la víctima no puede ser simplemente compensada económicamente, sino que tiene que tratarse de recomponer o crear las condiciones mínimas para un ejercicio eficaz de los derechos que por conexidad, o de manera directa, resultan vulnerados, ya que una simple cuantificación económica puede desvirtuar la naturaleza misma de la reparación y de su integralidad¹⁹³⁷.

2152. De manera diferente debe analizarse el párrafo del artículo transitorio 18 del Acto Legislativo n.º 01 de 2017, que a su tenor establece que en los eventos en los que se aplique amnistía, indulto o renuncia a la persecución penal “no procederán acciones judiciales contra los beneficiarios de tales medidas para la indemnización de las víctimas”. Este precepto que se introduce a la Carta Política transitoriamente afecta gravemente el derecho a la reparación integral, comprendiendo que la repetición no se agota conceptualmente como un simple reembolso de lo pagado por reparación o restablecimiento del derecho por el Estado por el agente o funcionario estatal, sino que se integra a la verdadera y material reparación.

2153. Dicha norma desconoce, por lo tanto, los estándares de reparación integral al permitir que los victimarios se beneficien de las acciones cometidas en el marco del conflicto armado. Precisamente la Subsección C de la Sección Tercera en la sentencia del 12 de septiembre de 2016^[1938], consideró que la

... responsabilidad civil del funcionario público actúa como instrumento correctivo frente a la injusticia irrogada contra la víctima, pues tan relevante es que la autoridad estatal sea juzgada y encontrada responsable

de este tipo de actos (violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario), como también que, los servidores asuman, con su propio patrimonio las consecuencia (*sic*) de ello se deriva (*sic*). Con otras palabras, el deber convencional y constitucional de investigar y, en dado caso, sancionar casos estructurados como graves violaciones a derechos humanos¹⁹³⁹ no se agota con la declaratoria de responsabilidad del Estado por tales hechos, por el contrario, considerando una perspectiva amplia y sustantiva de los derechos de las víctimas y del deber estatal de depurar y asegurar el cumplimiento de tal normatividad al interior de sus instituciones y servidores, es claro que concurren al logro de este objetivo todos aquellos instrumentos penales, administrativos, disciplinarios, fiscales y civiles enderezados a la responsabilidad de los servidores o ex servidores estatales¹⁹⁴⁰.

El control judicial a la actividad administrativa *

INTRODUCCIÓN. EL CONTROL Y LA CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO

2154. Entendido en su concepción material, el Estado social y democrático de derecho¹⁹⁴¹ se sustenta en la idea indiscutible de la consolidación de una sociedad justa y equitativa con sujeción al ordenamiento jurídico¹⁹⁴², en donde el derecho y los principios generales, al igual que los valores inspiradores del ordenamiento, derivados entre otros del ámbito convencional, se articulan en precisos conceptos ideológicos al servicio de las finalidades estatales y las necesidades o intereses generales, para lo cual el mismo Estado de derecho desarrolla, consecuentemente, un complejo pero fortificado sistema de controles que permiten que los reales propósitos de la institucionalización del poder se hagan sustancialmente efectivos. Es decir, es de la esencia de la Constitución, como instrumento jurídico de ese modelo de Estado, ser depositaria de límites y controles orientados a garantizar su fuerza normativa, en consecuencia, determinante del ejercicio del poder. Constitución y control son, entonces, conceptos incondicionalmente necesarios el uno del otro¹⁹⁴³, con sujeción a la preceptiva sustancial de normas, principios y valores convencionales.

2155. Desde su formulación, el Estado de Derecho, en cuanto fenómeno contradictorio del absolutismo, la tiranía y la arbitrariedad¹⁹⁴⁴, predica como regla impulsora de su funcionamiento la de los “pesos y contrapesos” para el ejercicio del poder. En ese sentido, y en la evolución posterior del concepto, se puede afirmar que en todo Estado social y democrático, si realmente pretende ser calificado como de Derecho, el control de la actividad pública jamás podrá circunscribirse a las simples formas o superficialidades de las normas jurídicas, sino que debe ir mucho más allá, profundizando en las razones de existencia de la organización política y social, caracterizándose como un verdadero sistema que se expande como malla protectora y garantizadora de la estabilidad, seguridad y justicia, en relación con los derechos e intereses no solo subjetivos, sino también, y de manera primordial de los colectivos, en cuanto que evita los desvíos y desmanes a los propósitos y finalidades estatales, por quienes han asumido las responsabilidades públicas, fijando el posicionamiento objetivo del ordenamiento jurídico, al igual que, propiciando las reparaciones y restablecimientos pertinentes a quienes hubieren podido resultar lesionados con los abusos del poder, pero sobre todo reorientando las instituciones por los senderos materiales de las finalidades propias del interés general y del bien común.

2156. Desde esa perspectiva, dentro del moderno Estado de Derecho los controles no pueden limitarse a los tradicionales juicios de legalidad o de formal comparación normativa. El carácter sustancial de esta base edificadora del Estado conlleva que los controles que puedan surgir en las complejas intimidades de su estructura normativa no se agoten en simples esfuerzos sin sentido, superficiales, formales, alejados de los principios y valores en que se fundan las instituciones. Implica, por lo tanto, un claro posicionamiento ideológico en torno a los propósitos estatales, el interés general, el respeto a los derechos fundamentales, la participación ciudadana, las garantías generales a los asociados, la aceptación de la diversidad, la tolerancia, la justicia, etc., en fin, todo un esquema de principios, valores y reglas de convivencia que en su conjunto diseñan lo que se conoce como la filosofía del derecho por encima del formalismo, rescatando para los individuos y la colectividad, el valor que realmente les corresponde en sus relaciones sociales y políticas, apartando por lo tanto los conceptos sin sentido para lo social¹⁹⁴⁵.

2157. Siendo así las cosas, los “pesos y contrapesos” para el ejercicio del poder deben relacionarse inequívocamente con las bases integrales de las instituciones, perceptibles de la simple aproximación al orden convencional, en contexto con el ámbito Constitucional, sus principios y valores comunes dentro

del Estado democrático y social de derecho. De ahí la complejidad del sistema de controles, complejidad perfectamente justificada en la medida de la necesidad de romper con la inseguridad que el formalismo o el fundamentalismo positivista nos ofrece en la interpretación constitucional, debiendo en consecuencia asumir la realidad del carácter finalista de la carta fundamental y el papel del control como su característica básica para garantizar este sentido dinámico del texto fundamental del Estado democrático, social y de derecho¹⁹⁴⁶.

2158. En tratándose específicamente del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos y actuaciones de la administración pública, la prevalencia del carácter material del Estado de derecho constituye una necesidad inobjetable, inaplazable y primordial, independientemente del órgano o autoridad que lo ejerza.

2159. El ejercicio de la función jurisdiccional de control convencional, constitucional y de legalidad implica, dentro de un concepto de seguridad, paz y estabilidad institucional, el acercamiento permanente del Estado a las diversas hipótesis de conflictos que se susciten en torno a la prevalencia y adecuada aplicación de las normas, principios y valores incorporados o inspiradores de la Carta Fundamental, en función de determinar no solo la prevalencia de la norma, principio o valor, sino también, y esto es lo más importante, el sentido y alcance de dicha disposición conforme a las fuentes inspiradoras del sistema. Se trata por lo tanto de una justicia relativa a los intereses de la generalidad, que busca y procura básicamente la protección *in continenti* del ordenamiento, razón suficiente para rechazar cualquier posibilidad de simple control formal o insustancial.

2160. La justicia convencional y constitucional que implica inevitablemente la de legalidad, posee unas bases conceptuales, filosóficas y políticas que la apartan en esencia de la justicia ordinaria. En el juicio de constitucionalidad se resuelven pretensiones que si bien es cierto implican confrontación normativa, también se sustentan en principios y valores edificantes del sistema jurídico, que buscan desde una perspectiva eminentemente teleológica, la adecuación permanente del desarrollo institucional y conceptual a lo esbozado por el constituyente y a los fundamentos conceptuales y filosóficos que a este le sirvieron de sustento para diseñar la Carta Política del Estado. Del mismo modo, el de convencionalidad supone un juicio de adecuación e integración del ordenamiento jurídico interno conforme a los principios, valores y normas de derecho internacional.

2161. Se trata por lo tanto, en principio, de una justicia de interés general, de necesario acceso ciudadano, permanente y garantizadora de la estabilidad institucional, a cargo, entre nosotros no solo de la Corte Constitucional, sino también, y de manera mucho más comprensiva, de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que expande su radio de acción más allá del ordenamiento jurídico local conforme al control de convencionalidad.

I. LA CONFORMACIÓN DEL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA JURÍDICO CONTINENTAL O EUROPEO DE INFLUENCIA FRANCESA. “*JUGER L’ADMINISTRATION C’EST ENCORE ADMINISTRER*”

2162. Fundamental para la consolidación del control a la actividad pública administrativa del Estado, debe adelantarse tomando como base su carácter dialéctico y no meramente circunstancial, dentro de la evolución jurídica europea, haciendo énfasis, eso sí, en las especiales elaboraciones surgidas a propósito de particularidades de la historia del derecho francés y de los principios que por la época de la Revolución se pusieron en juego dentro del pensamiento rebelde, como los de legalidad y división de poderes, los cuales pasaron a convertirse en los sustentos de esta nueva concepción de justicia.

2163. Dentro de la evolución del Estado constitucional el conocimiento de esa 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 esos derechos frente a los actos arbitrarios y desmanes de la administración que causen perjuicios a los asociados individualmente considerados.

2164. 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 ante 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.

2165. Sin embargo, así vista la jurisdicción contenciosa 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.

2166. Bajo esa perspectiva, introducirnos en el concepto de jurisdicción contenciosa administrativa es 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 estos países han desarrollado 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 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 esas 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 esa justicia paralela a la ordinaria.

2167. 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 práctica. En ese entendido, no puede entonces hacerse caso omiso de su papel estelar en la estructuración de una sociedad libre y pacífica, en cuanto límite institucional tanto al agravio de los

derechos y la arbitrariedad, como a los desafueros respecto de los intereses de la comunidad. Determinante, en consecuencia, de una democracia vivencial¹⁹⁴⁷; incontrovertible fuente de convivencia humana y de respeto a las instituciones.

2168. Como lo destacamos, introducirnos en las raíces del contencioso administrativo significa reconocer su carácter dialéctico y no circunstancial, dentro 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 revolucionaria frente a un importante principio sustentador de la misma revolución, como lo fue el de la división de poderes, que 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 en consecuencia le otorga a la tradición política francesa una especial razón de fundamentación del sistema de control judicial a la administración conocido como “de lo contencioso administrativo”¹⁹⁴⁸.

2169. Esa 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 los 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 efectividad¹⁹⁴⁹.

2170. Abordar los orígenes del concepto de lo contencioso administrativo implica sin lugar a dudas, como lo hemos advertido, adentrarse en la historia política y jurídica de la Francia revolucionaria, napoleónica y republicana, que, dicho sea de paso, no es la historia particular de Colombia, ni de las naciones latinoamericanas, ni mucho menos de la gran mayoría de los países europeos que de alguna forma han adoptado ese sistema de control a la administración pública.

2171. El llamado contencioso administrativo surgió como consecuencia de los especiales antecedentes históricos y circunstancias que rodearon el acceso al poder de los revolucionarios franceses¹⁹⁵⁰, y se consolidó como efecto de la marcada desconfianza en las relaciones de los poderes públicos franceses, específicamente entre el ejecutivo y el judicial, que dieron lugar a la ruptura del control judicial ordinario a la actividad gubernativa y al surgimiento de un mecanismo propio, alterno y especializado de resolución de conflictos para la administración, en un comienzo de carácter estrictamente administrativo, y con posterioridad de naturaleza judicial aunque separado de la justicia ordinaria, en lo que la doctrina llamó la dualidad de jurisdicción¹⁹⁵¹.

2172. El concepto de lo contencioso administrativo surgió en torno a las discusiones sobre el alcance del principio de separación de poderes a la luz de las particularidades y experiencias políticas francesas¹⁹⁵². Como lo sostiene Rivero, la jurisdicción administrativa nació de un principio interpretado a la luz de una tradición política francesa¹⁹⁵³, que llevó a la configuración de un sistema *sui generis* de control a la administración, caracterizado inicialmente por la ausencia absoluta de los tribunales ordinarios en los conflictos entre la administración y los asociados.

2173. La aplicación efectiva del principio de la separación de poderes¹⁹⁵⁴ propugnado por los teóricos de la revolución, se vio de esta manera mediado y adaptado, en la práctica, por los revolucionarios, al momento de su acceso al poder, por la tradicional desconfianza en los tribunales (parlamentos judiciales¹⁹⁵⁵) que históricamente¹⁹⁵⁶ se habían entrometido en las actividades propias de lo gubernativo¹⁹⁶⁰.

2174. Para los revolucionarios resultaba inadmisibles que los tribunales pudieran juzgar la actividad del poder administrativo del Estado, en el cual se había depositado el peso y la responsabilidad de llevar adelante los postulados revolucionarios, truncando con sus pronunciamientos el nuevo orden político y jurídico. En consecuencia, conociendo la historia y los antecedentes de los parlamentos, temieron que, como había sucedido durante el *ancien régime*, los órganos judiciales realizaran algún tipo de injerencia u oposición al nuevo orden, por lo cual adoptaron medidas de proscripción al ejercicio de cualquier competencia judicial de los tribunales ordinarios sobre la administración, haciendo desaparecer en consecuencia el alcance funcional del poder judicial ordinario sobre la actividad de la administración pública¹⁹⁵⁸.

2175. Esta situación se concretó mediante la expedición de la Ley 16 del 24 de agosto de 1790 en la cual se dispuso en su artículo 13:

Las funciones judiciales son y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo calificación de prevaricato, perturbar de ninguna manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones.

2176. En su artículo único se fortaleció lo dispuesto en la Ley de 1790, indicando que “se prohíbe terminantemente a los tribunales conocer de los actos administrativos, cualquiera que fuere su especie, bajo sanción”. La ausencia de juez para la administración no se acompañó de inmediato con la creación de un juez especial, sino que la Revolución llevó al extremo su desconfianza para con los jueces ordinarios e incluso rechazó un proyecto que en ese sentido le fue presentado a la Asamblea Nacional en el mismo año 1790. La falta de juez y de jurisdicción fue suplida por la misma administración. A partir de ese año se encargó a las autoridades administrativas la tarea de juzgar los litigios que se suscitaban con los asociados. Ese sistema caracterizó durante una larga época del derecho administrativo francés, y sufrió modificaciones importantes como la de Napoleón del año VIII¹⁹⁵⁹.

2177. Cronológicamente, la declaratoria de incompetencia de los jueces ordinarios para conocer de los asuntos de la administración se produjo en agosto de 1790; sin embargo, desde septiembre de ese mismo año, concretamente el día 11, mediante la Ley 7.^a, la competencia para conocer de los litigios administrativos en el plano local le había sido atribuida a los jefes de departamento y de distrito.

2178. Con posterioridad y para solucionar el problema en el ámbito de la administración central nacional, mediante las leyes del 25 de abril y 25 de mayo de 1791, se le trasladó esta función al Consejo de Ministros. A partir de la Constitución del año III (1795), que suprimió el consejo ministerial, la función de juzgamiento pasó directamente a los ministros, quienes la mantuvieron hasta la consolidación, años después, de la jurisdicción especializada. En cuanto al jefe de Estado, también se constituyó en autoridad de juzgamiento, la cual le fue reconocida mediante la mencionada Ley 7.^a del 11 de septiembre de 1790, función que se afianzaría con las reformas napoleónicas del año VIII¹⁹⁶⁰.

2179. Para el establecimiento de todo ese marco legislativo se partió, sin lugar a dudas, del convencimiento forjado a través de la experiencia histórica de que *juger l'Administration c'est encore administrer* (juzgar a la administración es también administrar)¹⁹⁶¹, razón suficiente para prohibir a los

tribunales juzgar la actividad administrativa, creando sobre esa base el primer gran sistema de lo contencioso administrativo, inicialmente de naturaleza administrativa en la modalidad de justicia retenida, posteriormente reconducido al de justicia delegada, y por último consolidado con los años, por razones prácticas, en una verdadera jurisdicción paralela a la justicia ordinaria, en lo que se ha dado en llamar por la doctrina el sistema de dualidad de jurisdicción¹⁹⁶².

2180. Bajo esas circunstancias surgió en la historia jurídica de Occidente la denominada jurisdicción contencioso administrativa que se proyectó de manera magnífica sobre los países de influencia continental o europea, constituyendo, así mismo, el sistema de justicia especializada para la administración pública que proclamaba también un derecho sustancial propio y diferente del derecho privado, con principios y características diversas. En otras palabras, con el sistema de control nacieron también a la vida jurídica tanto el derecho administrativo como el régimen material aplicable por aquella¹⁹⁶³.

2181. La evolución del derecho administrativo y la concepción práctica de la dualidad de jurisdicción resultan indudables a la luz del derecho interno francés y del derecho comparado de los últimos años. Son muchos los países que han adoptado el modelo con importantes variaciones, entre ellos Colombia, como lo estudiaremos más adelante. Lo importante en la hora actual de la evolución de nuestras instituciones es entender que lo contencioso administrativo constituye parte integrante del sistema de control a la administración pública, de origen convencional y constitucional, y con características y principios que lo apartan sustancialmente de sus concepciones originarias.

II. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y DE LEGALIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONFORME A LO PRECEPTUADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

2182. Como un componente del poder judicial, la jurisdicción de lo contencioso administrativo de carácter especializado para el juzgamiento de diferentes aspectos litigiosos de quienes ejercen funciones administrativas dentro del Estado colombiano, no corresponde en su desarrollo a las bases políticas, ideológicas o históricas de nuestra organización estatal. El surgimiento de esa novedosa modalidad exceptiva de la justicia ordinaria, respecto de los conflictos y litigios de la administración, corresponde a una implantación, tardía y ocasional, del modelo francés de dualidad de jurisdicción en virtud de simples políticas legislativas, y no de necesidades evidentes o de carácter evolutivo de nuestra cultura judicial.

2183. Debemos recordar que tradicionalmente nuestro sistema, en razón de las raíces coloniales españolas y la influencia norteamericana, se caracterizó por desarrollar un régimen básicamente judicialista, así por lo menos se desprende del estudio del poder judicial y sus competencias en el período de la independencia a partir de las diferentes constituciones políticas que se dieron las provincias integrantes de la Nueva Granada, al igual que en el contexto del régimen jurídico que se deriva desde la vigencia de la Constitución 1821 hasta el 5 de noviembre de 1914, en que entró a regir la Ley 60 de aquel año, orgánica del Consejo de Estado, período eminentemente judicialista en donde la administración acudía como un sujeto ordinario ante los jueces de la República.

2184. Fue tan solo a partir de 1914 que definitivamente se adoptó un sistema similar al de la dualidad de jurisdicción francesa, pero sin el sustento histórico y político de aquel país. A partir de esa fecha, hemos sostenido, se inició un período que puede ser considerado como el de la implantación tardía en el derecho colombiano del sistema continental francés de la dualidad de jurisdicción, mas no

por las razones históricas francesas que solo a ellos les pertenecen, sino por consideraciones de conveniencia al conceptuarse como mucho más eficaz el control judicial de la administración a cargo de órganos especializados diferentes a la justicia ordinaria, aunque no todos los litigios posibles de la administración fueron atribuidos para su conocimiento, compartiendo su juzgamiento con la justicia ordinaria, incluso en nuestros días, lo que torna el modelo en evidentemente mixto.

2185. Desde el punto de vista de nuestra estricta historia legislativa, las profundas reformas introducidas al artículo 141.3 C.N. de 1886 por el artículo 42 del Acto Legislativo n.º 3 de 1910 dieron lugar a que el legislador estableciera la jurisdicción contencioso administrativa. Indicó la reforma constitucional que “la ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa”. Mandato que ejecutó a través de la Ley 130 de 1913 que la instituyó con sus dos específicos órganos, el “Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo” y los “tribunales seccionales de lo contencioso administrativo”. Sin embargo, el sistema no quedó perfeccionado sino un año después en virtud de que la Ley 130 determinó en su artículo 112 que tan solo comenzaría a regir a partir del 1.º de marzo de 1914; así mismo porque en septiembre de 1914, mediante acto reformativo de la Constitución Política, se restableció el Consejo de Estado, atribuyéndosele en el artículo 6.3 el desempeño de “las funciones del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo” y, por otra parte, en razón a que el 5 de noviembre de 1914 se expide la Ley 60, orgánica del Consejo de Estado, que fijó el período de los consejeros de Estado a partir del 1.º de diciembre de ese año, fecha a partir de la cual quedaba suprimido el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, asumiendo efectivamente sus funciones el Consejo de Estado.

2186. Ahora bien con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 la jurisdicción adquirió connotaciones y papeles trascendentes para la vida de la nación. A la jurisdicción de lo contencioso administrativo, además de sus atribuciones ordinarias de control judicial a la administración pública, se le confió un permanente control a la Constitución a través de todas las acciones posibles ante ella, lo cual la convirtió también en un juez de la Carta Fundamental del Estado.

2187. Bajo esta perspectiva, esto es, de implantación y no de desarrollo natural de esta institución en nuestro derecho, la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo no solo ha logrado consolidar conceptos y principios fundamentales del derecho francés, sino que también ha desarrollado por vía de la adscripción de competencias y del entendimiento doctrinal, tanto de las diferentes acciones que ante ella se pueden intentar como del contenido obvio y natural de las causales de nulidad de los actos administrativos, un particular concepto de legalidad y de necesario sometimiento de la administración pública al ordenamiento jurídico que involucra irremediablemente las normas constitucionales, al igual que los principios y valores en que esta se sustenta; a lo anterior debemos agregar que por los senderos de la excepción estas autoridades también podrían cumplir los supremos cometidos de hacer prevalecer la Constitución Política del Estado en todo momento y lugar.

2188. Así las cosas, el ejercicio de las funciones de control de la jurisdicción contencioso administrativa respecto de quienes ejercen funciones administrativas es coherente con esta posición doctrinal e implica siempre referencia directa al texto constitucional; en consecuencia, el control de la Carta Fundamental es permanente por los organismos de esa jurisdicción, no solo por vía general a través del claro contencioso objetivo de algunas de sus acciones, sino también, y en esto el sistema es bondadoso y amplio en la protección al ordenamiento, en todos los conflictos de carácter particular o propios del contencioso subjetivo, o incluso en el contencioso mixto. En otras palabras, cada decisión de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana involucra siempre, quiérase o no, la Constitución Política, sus normas, fuentes, principios y bases sustentadoras.

2189. Esta realidad de nuestro sistema de control contencioso administrativo surge de la especial evolución de la institución, por fuera de las presiones doctrinales de origen francés y principalmente de los trabajos que respecto de la supremacía de la Constitución y del valor jurídico de la misma y de sus cimientos doctrinales se han desarrollado en los últimos años sobre la base de consolidar un verdadero Estado de derecho, en donde los conceptos edificadores de la juridicidad adquieren valor y preponderancia, además de la influencia originariamente norteamericana de supremacía constitucional¹⁹⁶⁴ y del control difuso a la administración pública, que invita a garantizar en todo Estado democrático, en un esquema abierto y participativo, el control judicial de la administración con el propósito de evitar la arbitrariedad y el autoritarismo, sin perder en todo caso de vista la necesidad de mantener criterios definidos sobre el alcance de la Carta, a fin de garantizar la seguridad jurídica.

2190. El control de convencionalidad, constitucionalidad y de legalidad de la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo se advierte en el desarrollo de los contenciosos objetivos, subjetivos, mixtos, y por la vía de la excepción de inconstitucionalidad. Es decir, accionado por los sujetos jurídicos interesados o a iniciativa de la misma institución cuando advierta la necesidad de hacer prevalecer la Constitución Política como lo prevé el artículo 4.º C.N.¹⁹⁶⁵.

2191. En este sentido, podemos sostener, que el sistema de control de constitucionalidad en Colombia se aparta de los tradicionales modelos concentrados y difusos desarrollados a partir de las experiencias austriacas y norteamericanas¹⁹⁶⁶ respectivamente, asumiendo de tiempo atrás un esquema propio y *sui generis* de modalidad integral, que llega a las más profundas situaciones de la actividad pública e incluso de las relaciones entre particulares en donde es responsabilidad directa e indelegable de prácticamente todas las autoridades, por las vías de aplicación directa, de la acción, la excepción, el recurso, el control de legalidad, la revocación, respetar y hacer prevalecer la Constitución Política del Estado en todo momento y lugar frente a los desmanes, desconocimientos, litigios o alteraciones de cualquier orden, que pudiere sufrir la carta a partir de la vigencia de las Leyes, los Actos Administrativos y en general, de las actuaciones de la administración pública o de los particulares que ejerzan funciones públicas.

2192. El sistema acude a la totalidad de las autoridades del Estado para asignarles responsabilidades directas de respeto cumplimiento y control constitucional, lo que ha llevado a algunos sectores doctrinales a definir el modelo colombiano como mixto, en cuanto combina el típico sistema de control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional con la posibilidad de que las autoridades administrativas, las corporaciones judiciales y prácticamente todos los jueces de la República, al igual que las pertenecientes a la jurisdicción contencioso administrativa, se pronuncien en materia constitucional, teniendo como punto de referencia directa en todos los casos la Carta Fundamental de la República.

2193. Un acercamiento al ordenamiento jurídico colombiano permite visualizar que si bien es cierto que el Constituyente de 1991 creó la llamada Corte Constitucional, no concentró la totalidad del control de constitucionalidad en este organismo, dejando las puertas institucionales abiertas para que esta función primordial del Estado de Derecho fuera igualmente ejercida por otros órganos judiciales y administrativos, en especial a la Jurisdicción Especializada de lo Contencioso Administrativo, quien se ocupa de esta función frente a la actividad y actuaciones de quienes ejercen las funciones públicas administrativas, generando en consecuencia una modalidad de control amplia y democrática, de fácil acceso que se proyecta más allá del simple análisis o constitucionalidad de las leyes, para situarse en el más amplio espectro de la constitucionalidad de los actos jurídicos y de todas las actuaciones públicas, en una especie de manto garantizador del Estado de Derecho. De todas maneras, a la Corte

Constitucional se le reserva un innegable papel protagónico y determinante en la orientación e interpretación de la Carta, lo que la coloca en posición privilegiada en la construcción de la doctrina constitucional¹⁹⁶⁷.

2194. El compromiso institucional de la Corte Constitucional dentro de nuestro Estado de derecho emana directamente de los ingredientes finalísticos que se desprenden del preámbulo constitucional, de los artículos 1.º y 2.º de la Carta¹⁹⁶⁸, y en especial, de las responsabilidades que le asigna el artículo 241 Constitucional¹⁹⁶⁹, cuando le indica específicamente a la Corte Constitucional que no que se le atribuye, sino que se le confía, esto es, se le entrega en un nivel superior al de la simple atribución de funciones y competencias, y más de cercanía con el alto mundo de las responsabilidades del poder, “La guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. Confianza que la obliga y compromete a la permanente y suprema función de garantizar la prevalencia de la Constitución como norma de normas, según el artículo 4.º Constitucional¹⁹⁷⁰.

2195. La Corte Constitucional ha entendido que sobre la base de la confianza depositada por el constituyente como guardiana y defensora de la Constitución Política, sus sentencias revisten un poder edificante, integrador, orientador y determinante del correcto alcance y encauzamiento obvio del sistema constitucional, en consecuencia con fuerza vinculante y obligatoria¹⁹⁷¹. No se trata de cualquier tipo de pronunciamiento, en la medida en que debe procurar constantemente encontrar el punto cierto de la mejor adecuación de las instituciones y de los derechos fundamentales al texto, principios y valores constitucionales, de manera tal que orienten y determinen el comportamiento institucional de los demás poderes públicos, especialmente cuando de ejercer controles jurisdiccionales se trate, en virtud del carácter disperso pero integral del sistema de controles a la Constitución Política.

2196. Así mismo, en virtud de las competencias asignadas en materia de acciones de tutela, por regla general las providencias respecto de estas, según lo dispuesto en el artículo 48 del Estatuto de la Administración de Justicia, son de efectos inter partes, lo que permite sostener que en materia de constitucionalidad la Corte no está limitada a fallos de efectos generales, sino que es posible, para la protección de los derechos fundamentales, proferir decisiones protectoras de carácter subjetivo, individual o concreto, de características perfectamente diferentes a las de simple constitucionalidad, aunque en el fondo la materia abordada necesariamente sea la Constitución Política¹⁹⁷².

2197. Desde esa perspectiva, para el cabal conocimiento de la problemática del control de constitucionalidad por la jurisdicción contenciosa administrativa se hace indispensable conocer los alcances que sobre esta tiene la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los términos expuestos.

2198. En tratándose del control de constitucionalidad por parte de los órganos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se puede sostener válidamente que en Colombia, a diferencia de lo ocurrido en Francia¹⁹⁷³, el control a los actos y demás actuaciones de la administración pública, por parte de una jurisdicción especializada e independiente de los organismos judiciales ordinarios, no surgió como consecuencia de la profunda desconfianza del ejecutivo frente a la los jueces ordinarios¹⁹⁷⁴, ni mucho menos de la idea revolucionaria de que “ juzgar a la administración implica necesariamente administrar”¹⁹⁷⁵. El desarrollo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en nuestro país corresponde a necesidades meramente formales y coyunturales de adecuar el control de los actos y actuaciones de la administración a las “modernas instituciones” que algunos países europeos habían desarrollado para estos propósitos, por lo menos esta es la idea que se desprende de la exposición de motivos de la que pasó a ser la Ley 130 de 1913¹⁹⁷⁶. La ruptura por lo tanto del tradicional sistema judicialista con que Colombia recibió el Siglo XX en materia de control de la administración pública, de ninguna manera puede motivarse en la ineficacia o ineptitud de la justicia

ordinaria para controlar el ejercicio del poder público administrativo, sino por el contrario, ha la tendencia muy común en América Latina de copiar instituciones que han florecido en otras latitudes en razón de sus particularidades históricas, que obviamente no son las nuestras¹⁹⁷⁷.

2199. Bajo esa perspectiva, esto es, de implantación y no de desarrollo natural de esa institución en nuestro derecho, la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo no solo ha logrado consolidar conceptos y principios fundamentales del derecho francés, sino que también ha desarrollado por vía de la adscripción de competencias y del entendimiento doctrinal tanto de las diferentes acciones que ante ella se pueden intentar, al igual que a partir del contenido obvio y natural de las causales de nulidad de los actos administrativos, un particular concepto de legalidad y de necesario sometimiento de la administración pública al ordenamiento jurídico que involucra irremediamente las normas constitucionales¹⁹⁷⁸, al igual que los principios y valores en que esta se sustenta. A lo anterior debemos agregar que por los senderos de la excepción esas autoridades también podrían cumplir los supremos cometidos de hacer prevalecer la Constitución Política del Estado en todo momento y lugar.

2200. En este sentido, el tradicional principio de legalidad de estirpe francesa¹⁹⁷⁹ se transforma en Colombia frente a las nuevas necesidades del Estado Constitucional, consolidando en consecuencia el principio de la prevalencia del derecho¹⁹⁸⁰ sobre la simple legalidad formal, en donde aquel se conforma de elementos no estrictamente normativos. Así las cosas, el ejercicio de las funciones de control de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto de quienes ejercen funciones administrativas es coherente con esta posición doctrinal e implica siempre referencia directa al texto constitucional, en consecuencia el control de la carta fundamental es permanente por parte de los organismos de esta Jurisdicción, no solo por vía general a través del claro contencioso objetivo de algunas de sus acciones, sino también, y en esto el sistema es bondadoso y amplio en la protección al ordenamiento, en todos los conflictos de carácter particular o propios del Contencioso Subjetivo, o incluso en el contencioso mixto¹⁹⁸¹. En otras palabras, cada decisión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa colombiana involucra siempre, quíerese o no, la Constitución Política, sus normas, fuentes, principios y bases sustentadoras.

2201. Esa raigambre sustancial del contencioso administrativo se ve reflejada, también, en la imbricación de la actividad judicial en clave de convencionalidad, donde refulgen como ejes paradigmáticos la efectividad de las garantías judiciales (art. 8.º CADH) y el recurso judicial efectivo (art. 25 CADH), puerta de entrada para afirmar, también, la incorporación de los estándares convencionales en los derechos sustantivos reconocidos a nivel convencional, de manera tal que la labor del juez administrativo, en los desarrollos recientes de la jurisprudencia del Consejo de Estado, viene a armonizar, en plena sujeción al principio *pro homine*, la mayor protección posible para los derechos de los ciudadanos en su interacción con el Estado, en general.

2202. Esta realidad de nuestro sistema de control contencioso administrativo deviene de la interacción ideológica de los controles propios del Estado liberal influenciado por los trabajos jurisprudenciales y los indudables aportes continentales europeos¹⁹⁸²⁻¹⁹⁸³, que invitan a garantizar en todo Estado democrático, en un esquema abierto y participativo, el control judicial de la administración con el propósito de evitar la arbitrariedad y el autoritarismo, sin perder en todo caso de vista la necesidad de mantener criterios definidos sobre el alcance de la Carta, a fin de garantizar la seguridad jurídica.

2203. Bajo los presupuestos anteriores, el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, resulta *sui generis* dentro del derecho comparado de ese tipo de control, en la medida que recoge tanto el control de legalidad como el de constitucionalidad, al igual que el de los derechos subjetivos de los

asociados, a lo cual debemos agregar las connotaciones que adquiere frente a la defensa de los intereses colectivos y difusos con la atribución de competencias en materia de acciones populares, de grupo, de cumplimiento, de protección a los derechos fundamentales, etc., lo cual realmente hace compleja la estructuración del objeto de esa jurisdicción en el derecho colombiano, sobre todo cuando se toma como modelo los diseños originales de la institución en el derecho francés¹⁹⁸⁴.

2204. La alternativa del control contencioso administrativo colombiano es el producto del perfeccionamiento al modelo impuesto de manera intempestiva y sin mayores discusiones por el legislador de 1914, el cual con la experiencia acumulada, y sobre todo congruente con nuestras realidades políticas e institucionales, se amplió significativamente, constituyéndose en punto de conjunción de asuntos de naturaleza variada. Estas circunstancias hacen que la institución haya roto, para nuestro derecho, los dogmas históricos que inspiraron este tipo de justicia, sobre todo en el derecho francés, caracterizándose en la actualidad por su amplitud de conocimiento en temas neurálgicos para la convivencia ciudadana y la gran pluralidad de acciones subjetivas, de nulidad, de protección a los intereses generales y los derechos fundamentales que le han sido atribuidas para estos propósitos¹⁹⁸⁵.

2205. Formalmente el objeto específico y tradicional de esa jurisdicción, en cuanto juez de la legalidad y de los derechos subjetivos, está determinado por el constituyente en el artículo 237.1 C.N., al admitir la existencia de una jurisdicción especializada para el conocimiento de los litigios que se generen en el ejercicio de la función administrativa a cuya cabeza debe estar el Consejo de Estado, y por el legislador en los artículos 103 a 105 de la Ley 1437 de 2011, al entenderla como un presupuesto de garantía para la seguridad jurídica de los asociados en sus relaciones con la administración, y como un instrumento para el control de la legalidad y del respeto a los derechos subjetivos y colectivos, a la cual se le atribuye la posibilidad de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas (actos, hechos, operaciones, ocupaciones, contratos de la administración sujetos al derecho administrativo, esto es, objeto de la función pública administrativa, en cuanto esta es la esencia misma del derecho administrativo) y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, sean estos contenidos en simples actos administrativos u originados en controversias provenientes de actos políticos o de gobierno¹⁹⁸⁶.

2206. Es de advertir que en esta perspectiva el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa en el derecho colombiano resulta insuficiente, en cuanto estas tres disposiciones no muestran el alcance definitivo y preciso que la institución ha adquirido entre nosotros, lo cual obliga a que el estudio del objeto de la jurisdicción especializada para los asuntos administrativos se deba abordar a partir de un análisis sistemático del texto constitucional y de las normas legales que lo han desarrollado, principalmente en el tema de las acciones constitucionales y de las funciones del contencioso administrativo como juez constitucional, e inclusive del papel que juega frente a litigios de particulares que se rigen por el derecho privado, pero que colaborarán con la prestación de funciones públicas administrativas.

2207. Así las cosas, la Ley 1437 de 2011 retoma el tema de lo contencioso, bajo el tenor de ser una jurisdicción especial, cuyo objeto es simplemente el ejercicio de la función pública administrativa. Ahora bien, en esta misma dirección se observan las otras disposiciones específicas con las que el constituyente determinó en la Carta el alcance de la institución. En tres disposiciones de la Constitución se hace relación a esta jurisdicción: en el artículo 116 al identificar sus órganos como componentes de la rama judicial de Estado¹⁹⁸⁷; en el 237 al referirse a las funciones del Consejo de Estado, donde se señala precisamente que es de su esencia servir como tribunal supremo de lo

contencioso administrativo y actuar como juez de constitucionalidad en determinados asuntos¹⁹⁸⁸, y en el 238 para atribuirle el carácter de juez cautelar en materia de actos administrativos ostensiblemente irregulares o desconocedores del orden jurídico del Estado¹⁹⁸⁹.

2208. Esta trilogía normativa enmarca la base de nuestra institución y le otorga carácter a los desarrollos legales tradicionales en la materia; sin embargo, como lo anotábamos, debe completarse con todo el régimen legal en materia de acciones constitucionales y de control de constitucionalidad, para darle el real alcance al actual contencioso administrativo colombiano.

2209. El caso contencioso administrativo en Colombia también surge de conflictos relativos al interés general, a los derechos e intereses difusos, y que deben ser resueltos por los órganos jurisdiccionales, según lo que corresponde en derecho, en el entendido de que no obstante las profundas variaciones en la materia los jueces del contencioso administrativo, según lo dispone el artículo 230 C.N., continúan sujetándose a la Constitución y la ley. La ruptura frente al esquema tradicional resulta por lo tanto ostensible y magnífica, si se tiene en cuenta lo integral del control y la unidad jurisprudencial en torno a temas básicos del derecho positivo estatal y de la convivencia ciudadana, y no exclusivamente respecto de las relaciones subjetivas o de simple legalidad.

2210. El control de constitucionalidad por parte de la Jurisdicción Especializada de lo Contencioso Administrativo se advierte en el desarrollo de los Contenciosos Objetivos, Subjetivos, Mixtos y por la vía de la excepción de inconstitucionalidad. Es decir, accionado por los sujetos jurídicos interesados o a iniciativa de la misma institución cuando advierta la necesidad de hacer prevalecer la Constitución Política como lo prevé el artículo 4.º de la Carta.

III. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRENTE AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

2211. La jurisdicción de lo contencioso administrativo, como juez de la administración y como parte integrante del Estado, está vinculada al control de convencionalidad como herramienta amplificadora e integradora del ordenamiento jurídico interno conforme a los principios, valores y normas del derecho internacional.

2212. Dicho control¹⁹⁹⁰ es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión “control difuso de convencionalidad”, e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹⁹⁹¹.

2213. Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”¹⁹⁹², lo cierto es que desde antes del 2002^[1993], e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

2214. Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado¹⁹⁹⁴, aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

2215. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial

permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma¹⁹⁹⁵ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”¹⁹⁹⁶.

2216. Lo anterior indica claramente que el juez nacional no solo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario¹⁹⁹⁷.

2217. Ese control de convencionalidad por los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁹⁹⁸.

2218. En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces– de aplicar la excepción de inconventionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

2219. Esta afirmación se fundamenta no solo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales¹⁹⁹⁹, sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de esta y de su intérprete último es privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

2220. Por consiguiente, en ejercicio de su función contenciosa, corresponde a esta jurisdicción valerse del instrumento del control de convencionalidad de modo tal que las razones que proyecte en sus decisiones judiciales no solo encuentre fundamento legal y constitucional sino también, preferentemente, justificación convencional, comprendiendo que la convencionalidad, en tanto herramienta de comprensión de los sistemas jurídicos, no admite una visión acotada a los estrechos senderos del voluntarismo estatal; por el contrario entiende el carácter vinculante de los principios y valores reconocidos consuetudinariamente en el Derecho Internacional Público (como en el Derecho Internacional Privado), en toda su dimensión como normas reconocidas como perentorias de derecho internacional general. En este sentido, la jurisdicción contencioso administrativa está vinculada a la convencionalidad.

IV. LAS ACCIONES O MEDIOS DE CONTROL PROPIAMENTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

2221. Del texto de la Constitución Política se observa el diseño de un interesante sistema en materia de medios de control, dirigidas a establecer instrumentos efectivos de controles y garantías en manos de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual amplía de manera significativa el objeto tradicional de esta jurisdicción especial, en favor de los asociados y sobre todo del interés general y de los derechos colectivos. El nuevo sistema constitucional de los medios de control integra los modernos mecanismos procesales de control judicial, con las clásicas acciones individuales o subjetivas y objetivas o de anulación dispuestas igualmente en el artículo 89 C.N., lo cual permite sostener que nuestro marco de acciones es ante todo integral, complementario, y de naturaleza diversa, dirigido a la efectividad de los derechos fundamentales, los derechos subjetivos, la legalidad, el interés general y el orden constitucional²⁰⁰⁰.

2222. El constituyente en el artículo 89 C.N. dejó establecida la posibilidad para que el legislador regulara los demás recursos, acciones y procedimientos necesarios con el fin de que se puedan hacer valer los derechos de los asociados no enunciados en las acciones a que se refieren los artículos 86 a 88 de su codificación. En ese sentido se le otorgó base constitucional a los mecanismos procesales tradicionales de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. En otras palabras, la Constitución le entregó al legislador el privilegio de determinar los senderos procesales jurisdiccionales garantísticos de los derechos subjetivos de los asociados en sus relaciones con la administración, al igual que las vías necesarias para el mantenimiento y preservación del ordenamiento jurídico y del principio de legalidad.

2223. Significa lo anterior que las tradicionalmente denominadas acciones contencioso administrativas, sean estas objetivas (simple nulidad, electoral) o subjetivas (nulidad o restablecimiento del derecho, reparación directa, contractual, de lesividad), tienen sus raíces en el texto constitucional, correspondiéndole su desarrollo normativo al legislador, quien se ha apoyado para esos efectos en la doctrina extranjera, primordialmente en la francesa, para establecerlas y darles la identidad que con el transcurso de los años han adquirido de acuerdo con nuestras realidades políticas y judiciales. Podría decirse que nuestro modelo clásico de acciones contencioso administrativas constituye una versión avanzada de las originales acciones francesas de plena jurisdicción y de anulación, pero con contenidos y variantes significativas que las hacen muy particulares y específicas dentro de nuestro derecho administrativo.

2224. El conjunto de acciones contencioso administrativas que actualmente se contemplan en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no han sido el producto de la arbitrariedad del legislador, ni mucho menos de una conformación propia y autónoma de la justicia contencioso administrativa en Colombia. Como lo hemos explicado en esta obra, las raíces de nuestro régimen de control jurisdiccional a la administración pública han sufrido diferentes y sustanciales transformaciones históricas producto de las influencias, en especial, del régimen de control conocido como continental o europeo, de evidente inspiración francesa, que indujo a nuestros pensadores jurídicos en los inicios del siglo XX a incorporar para efectos del control a la administración los conceptos y principios propios del régimen de dualidad de jurisdicción, lo que llevó a la institucionalización de la denominada en la doctrina nacional como la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo o jurisdicción de carácter especial en el conocimiento de los litigios públicos, paralela a la ordinaria.

2225. No obstante lo anterior, debemos insistir en que, si bien es cierto que a partir del presente siglo en Colombia se adoptaron instituciones de control jurisdiccional de influencia francesa, de todas maneras la experiencia española, en especial del derecho indiano, proporcionó instrumentos jurídicos

valiosos, suficientes como para admitir en nuestra historia administrativa y judicial un largo trecho de influencia con ese tipo de control a quienes ejercían funciones de gobierno durante la Colonia y posteriormente en la República.

2226. En ese aspecto vale la pena retomar la discusión histórica planteada por algunos estudiosos de nuestro derecho indiano como Alfonso García Gallo, para quien las más profundas raíces de una cultura de control a la administración pública, en el caso de los países latinoamericanos, no provinieron inicialmente de los desarrollos jurídicos franceses, sino de las instituciones jurídicas propias del derecho indiano, ideadas por los juristas españoles para atender las necesidades de los inmensos territorios descubiertos y conquistados por la Corona española. Las audiencias fueron los organismos llamados a ejercer el control necesario sobre la actividad de virreyes y gobernadores cuando desconocían o violentaban los derechos de los súbditos.

2227. A través del denominado recurso de agravio se incorporó a los incipientes controles de la época un mecanismo de naturaleza individual o subjetiva, que proporcionaba a los ciudadanos los medios necesarios para acudir ante la audiencia y reclamar sus derechos. Se trata sin lugar a dudas de un antecedente indiscutible, no solo del control por autoridad depositaria de funciones de justicia a quienes ejercían las de gobierno, sino también de las denominadas posteriormente por los juristas franceses acciones subjetivas o de plena jurisdicción²⁰⁰¹.

2228. Como lo hemos sostenido, los antecedentes del derecho indiano fueron tan significativos que durante todo el siglo XIX y hasta los inicios del XX los diferentes controles jurisdiccionales a la administración pública se hicieron por la justicia ordinaria, dentro de lo que doctrinalmente se conoce como un régimen judicialista. Tan cierta, ostensible y marcada fue la influencia jurídica española que cuando, en desarrollo de las normas constitucionales de 1886, el legislador se vio en la obligación de instituir por primera vez algunos mecanismos de protección al ordenamiento jurídico, la única idea posible que encontró jurídicamente viable fue la de asignar su conocimiento a la justicia ordinaria.

2229. Obsérvese que con la entrada en vigencia de la Ley 88 de 1910, que en su artículo 38 creaba una acción de carácter objetivo para la protección del principio de legalidad frente a actos de las asambleas que pudieran afectar a una persona, se asignaba su conocimiento a los tribunales ordinarios, o a la primera autoridad judicial del distrito donde habitara el ciudadano agraviado. La norma indicaba lo siguiente:

Todo individuo que se crea agraviado por actos de las asambleas, por considerarlos contrarios a la Constitución o a la ley, que violen derechos civiles, puede pedir su anulación ante el tribunal del respectivo distrito judicial. Al efecto presentará un escrito en el cual enumere las disposiciones que acuse de nulidad. Este escrito se presentará personalmente al secretario del tribunal, si el peticionario reside en el mismo lugar, o a la primera autoridad judicial del distrito de su residencia en caso contrario.

2230. Ahora bien, lo cierto es que quienes lograron sistematizar la evolución europea de las instituciones de control a la administración fueron los juristas franceses, que se impusieron con su dogmática organizadora de los conceptos jurídicos y mecanismos de garantía de los derechos a partir del impulso ideológico brindado por la revolución de su país, que se expandió inevitablemente impregnando la cultura jurídica de Occidente. Como producto de esas circunstancias se desarrollaron, como se estudió ampliamente en el capítulo primero de este tomo, los denominados recursos contencioso administrativos de anulación y de plena jurisdicción. El primero de ellos conformado en el derecho francés por un gran número de recursos de naturaleza objetiva que pretenden el restablecimiento del orden jurídico y no los derechos de los particulares, entre los cuales se ha

destacado por su importancia el denominado recurso por exceso de poder, posible contra toda decisión administrativa con el fin de hacer prevalecer el principio de legalidad.

2231. El recurso de plena jurisdicción, que se venía formando históricamente con anterioridad a la Revolución Francesa, se destaca por su naturaleza subjetiva, garantía procesal de derechos individuales que pretende el restablecimiento de los mismos cuando hubieren sido desconocidos por las autoridades públicas. En el derecho francés se agrupa bajo este concepto una pluralidad de pretensiones que tienen relación con diferentes actividades de la administración. En ese sentido se entiende que hacen parte del recurso de plena jurisdicción las pretensiones contractuales de reparación, electorales y tributarias.

2232. En derecho colombiano, la técnica de los recursos contencioso administrativos es recibida parcialmente, con el título de acciones contencioso administrativas, en la Ley 130 de 1913, bajo la doble modalidad de acción objetiva y acción cuasi subjetiva; la primera tendiente al restablecimiento del orden jurídico y denominada acción de nulidad o ciudadana, y la segunda dirigida exclusivamente a obtener la nulidad de los actos violatorios de los derechos civiles, que no tenía una denominación específica en la Ley 130 de 1913, y a la cual la doctrina de la época calificó como de acción privada, que si bien es cierto tenía un actor cualificado, que lo era todo ciudadano agraviado con una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, tan solo podía obtener del tribunal una declaratoria de nulidad y no un restablecimiento de sus derechos. A través del artículo 4.º de la Ley 80 de 1935 esta deficiencia de la acción privada se subsanó al autorizar a la jurisdicción contencioso administrativa para que, una vez anulados los actos violatorios de los derechos civiles, se repararan los agravios sufridos por las personas como consecuencia del acto declarado nulo. Desde esta perspectiva, se incorporó por primera vez a la legislación colombiana la concepción teórica del recurso de plena jurisdicción.

2233. Esta dualidad de acciones fue recogida por la Ley 167 de 1941 en sus artículos 66 a 68, denominándolas acciones de nulidad y de plena jurisdicción, agregando algunas otras de carácter especial como las de revisión de reconocimientos, definición de competencias administrativas, revisión de cartas de naturaleza, revisión de impuestos, revisión de los juicios de cuentas y la acción electoral. Esto es, un amplio esquema desagregado de asuntos, que dentro de la óptica francesa, bien pudieron quedar incorporados en las dos acciones históricas. Lo que se advierte en la evolución del régimen jurídico de las acciones contencioso administrativas colombianas es la tendencia, no a su agrupamiento de acuerdo con las finalidades de cada una de ellas, sino a una proliferación en razón de objetos específicos que llevan, en la práctica, a que predomine un esquema formal sobre la verdadera protección sustancial de los derechos. Con la existencia de cada una de las acciones se procedimentalizan las garantías a los derechos ciudadanos, creándose inconvenientes y talanqueras estrictamente procesales. La tendencia moderna consiste en reclamar en lo posible la existencia de la acción única contencioso administrativa, con pluralidad de pretensiones.

2234. Por desgracia, al momento de revisar el Código Contencioso Administrativo en los años de 1984 y 2011 el legislador no acogió esa necesidad de nuestro Estado de derecho, y prefirió continuar con el sistema de la individualización de acciones para conflictos específicos de carácter contencioso administrativo. Se reclama para un debido y control integral de la administración pública, insistimos, la acción única con pluralidad de pretensiones.

A. EL CONTENCIOSO OBJETIVO DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD

2235. El contencioso objetivo de constitucionalidad, esto es, el que pretende la preservación general del orden constitucional lesionado o afrentado con la vigencia de un acto administrativo, sin referencia

especial a un sujeto determinado, surge por adscripción constitucional o legal de la competencia en esta materia a los órganos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Por adscripción constitucional directa encontramos que según el artículo 237 numeral 2 de la Carta, en concordancia con el estatuto de la administración de justicia artículo 37, numeral 9, al igual que con el Código Contencioso Administrativo, 135 de la Ley 1437 de 2011, al Consejo de Estado máxima autoridad de esta jurisdicción, se le encarga de las llamadas acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Así mismo y como un caso de competencia constitucional directa para los tribunales administrativos, según lo dispuesto en el artículo 305, numerales 9 y 10 constitucional, decidir sobre la validez constitucional de las ordenanzas y de los actos de los Concejos Municipales y de los Alcaldes cuando por esta razón sean objetados por los Gobernadores de los Departamentos; o por los Alcaldes Municipales cuando objeten los proyectos de acuerdos aprobados por los Concejos Municipales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315, numeral 6 constitucional.

2236. Con fundamento en el artículo 89 de la Constitución Política, el legislador ha regulado el contencioso de nulidad de carácter general y objetivo que buscan primordialmente la protección integral del orden constitucional del Estado y de la legalidad en toda su extensión. El desarrollo de esta figura procesal se encuentra en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 137, con el nombre de medio de control de nulidad simple.

1. LA ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD (MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD)

2237. Con fundamento en el numeral 2 del artículo 237^[2002] constitucional, en concordancia con el 49 de la ley estatutaria de la administración de justicia, Ley 270 de 1996^[2003], se ha individualizado en el derecho colombiano una especial acción de nulidad, cuyo objeto, conforme a la norma constitucional indicada, consiste en el control objetivo que se puede ejercer mediante acción pública y popular ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, concretamente ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, impugnando la constitucionalidad de todos aquellos decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia, para este tipo de juicios, no le corresponda a la Corte Constitucional según lo establecido en el artículo 241^[2004].

2238. El artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 ordena que igual tratamiento procesal tendrán, en iguales circunstancias de impugnación, todos aquellos actos, también de carácter general, que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

2239. Se trata, indiscutiblemente del ejercicio del control de constitucionalidad objetivo paralelo al ejercido por la Corte Constitucional, lo cual acrecienta los mandatos superiores de nuestro ordenamiento en relación con el ejercicio de control de constitucionalidad por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2240. Como lo señala el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, la técnica de esta modalidad de control constitucional consiste en una confrontación directa del acto con la Constitución Política y no con otras normas del ordenamiento jurídico. Si se involucran cargos propios de la simple ilegalidad, el medio de control en nuestra opinión sería el de nulidad, que tiene tratamiento diferente, así en la misma se hubieren argumentado cargos de inconstitucionalidad contra el acto correspondiente.

2241. Ahora bien, dadas las características y peculiaridades de ese control, que es materialmente de constitucionalidad, para esos efectos se propone en la Ley 1437 de 2011 una metodología integral que implica la ruptura del viejo dogma de la justicia rogada. Al Consejo de Estado le asiste la carga de la verificación absoluta de la constitucionalidad de la norma impugnada, tanto, por el cargo formulado o por cualquier otro que de oficio la corporación encuentre configurado dentro del proceso, esto, según se desprende de la lectura del párrafo del artículo 135 en comentario.

2242. Igualmente, se incorpora el principio de la extensión oficiosa del fallo de inconstitucionalidad en virtud de la unidad normativa que la Corporación advierta de manera fundada entre el acto demandado y el ordenamiento jurídico específico y pertinente, esto es, aquel con el cual mantenga un vínculo directo y sustancial.

2243. Haciendo un poco de historia, debemos recordar que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, dentro de los actos proferidos por el Gobierno Nacional, en un primer momento en su artículo 49 la ley estatutaria de la administración de justicia señaló que esos actos a que se refería la Constitución Política eran los siguientes:

[...] 1. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco; 2. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que le confieren autorizaciones; 3. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía, y 4. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a la ley previa...

2244. No obstante, la Corte Constitucional declaró inconstitucional esa enumeración bajo el entendido de que el legislador estatutario estaba haciendo una enumeración taxativa de decretos que no se encontraban en la Constitución, por lo tanto limitando la posibilidad de que algunos otros quedaran por fuera de esta acción de control constitucional²⁰⁰⁵.

2245. Con posterioridad, y en relación con el Decreto 01 de 1984, conforme a las modificaciones introducidas por el artículo 33 numeral 7 de la Ley 446 de 1998, se determinó que constituía requisito básico para la procedencia de esa acción que los actos impugnados a través de ella, no debían corresponder *al ejercicio de la función propiamente administrativa*, porque si de esta se trataba, o sea de actos propios de la función pública administrativa, se entendía que los correspondientes actos administrativos estarían sujetos a las acciones ordinarias y no a la acción de nulidad por inconstitucionalidad, que era de carácter especial.

2246. Bajo esos presupuestos, y durante la vigencia de esta ley, el problema práctico de esta acción consistía en entender lo que el legislador había querido significar con la expresión *actos provenientes del ejercicio de función no propiamente administrativa*, de por sí confusa y absurda, llamada a desfigurar la división de poderes y el consecuente control judicial. Tratando de dar una interpretación útil desde la perspectiva constitucional, entendíamos que se trataba de actos donde eventualmente se confundía la función legislativa con la administrativa, frente a los cuales tradicionalmente el Consejo de Estado venía asumiendo la competencia para su juzgamiento.

2247. El asunto suscitó todo tipo de difusiones, en cuanto que la fórmula de competencias para el ejercicio del medio de control no se logra conciliar objetivamente, sino por el contrario a través de una serie de mediciones subjetivas que nada bien le hacían al Estado de derecho.

2248. En providencia de 1999, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas relativas a este medio de control contenidas en la Ley 446 de 1998, reiteró la Corporación su tesis de no entrar a señalar de manera concreta a cuáles decretos se refería la Constitución Política, al señalar aquellos que

no fueren de conocimiento de la Corte Constitucional, o al ejercicio de función no propiamente administrativa como lo indicaba el legislador en la Ley 446 de 1998. Es decir, la identificación de la base material de la acción de nulidad por inconstitucionalidad prácticamente se la trasladó la Corte al Consejo de Estado, en cada caso concreto de acuerdo con las características de cada decreto demandado, sin ofrecernos una solución verdaderamente satisfactoria para resolver el conflicto. Al respecto sostuvo la Corte Constitucional:

El artículo 237-2 de la Carta, como ya se anotó, le confiere al Consejo de Estado una competencia residual en materia de control constitucional puesto que le corresponde “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

2249. Entonces, cabría preguntar: ¿a cuáles decretos se refirió el constituyente? La respuesta es obvia, a todos aquellos no enunciados expresamente en el artículo 241 de la Constitución, ni en los ya citados artículos transitorios del mismo ordenamiento (5.º, 6.º, 8.º, 23 y 39), que son los que fijan la competencia de la Corte Constitucional.

2250. En el mismo sentido se pronunció la Corte al examinar el proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia, concretamente el artículo 49, en el que se hacía una enunciación taxativa de los decretos que correspondía examinar al Consejo de Estado, la cual fue declarada inexecutable, precisamente, por vulnerar el artículo 237-2 de la ley suprema. Dijo la Corte:

[...] ¿Sobre cuáles decretos puede pronunciarse el Consejo de Estado en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 2.º del artículo 237 constitucional? La respuesta es evidente: sobre todos los que no estén contemplados dentro de las atribuciones que la Constitución Política confiere a la Corte Constitucional (art. 241 C.P.). Así, entonces, resulta inconstitucional que el legislador estatutario entre a hacer una enumeración taxativa de los decretos objeto de control por parte del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, pues ello no está contemplado en el artículo 237 en comento y tampoco aparece en parte alguna de esa disposición – como sí sucede para el numeral 1.º – una facultad concreta para que la ley se ocupe de regular esos temas. Limitar de esa forma los alcances del numeral 2.º del artículo 237 de la Carta es a todas luces inconstitucional [...].

Pues bien: en la disposición parcialmente acusada, como ya se ha anotado, se le asigna a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos de “carácter general que expida el Gobierno Nacional [...] y que no obedezcan a función propiamente administrativa”; entonces, es preciso analizar si esta última expresión constituye una restricción o limitación de la competencia constitucional atribuida al Consejo de Estado en el artículo 237-2 del estatuto máximo, como lo considera el demandante.

Tales decretos, que comparten con las leyes la naturaleza de actos reglas, por ser generadores de situaciones jurídicas impersonales y abstractas son, no obstante, desde el punto de vista material, genuinamente administrativos, aunque autores tan notables como León Duguit les nieguen ese carácter. Es esa la razón para que el constituyente colombiano haya atribuido su control a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la Corte Constitucional, atribución hecha, como se ha repetido, por vía de exclusión, en el artículo 237-2.

¿Qué significa entonces, la expresión “y que no obedezca a función propiamente administrativa”, materia de acusación? Para la Corte, no tiene otro sentido que el reiterar, en forma explícita (más allá de las contingencias de una disputa teórica) y por potísimos motivos de seguridad jurídica, que ellos quedan comprendidos en la categoría de actos que el Constituyente sustrajo de la competencia de la Corte Constitucional. Se trata de actos

administrativos no solo por el órgano de donde proceden sino también por su forma y, en principio, por su contenido.

Además, como pudiera argüirse, apelando a una vieja clasificación, que el Gobierno produce no sólo actos *de gestión* (típicamente administrativos) sino *de autoridad* (de contenido político) ha querido dejar en claro el legislador que también ellos son objeto de control, como corresponde a un Estado de derecho, y que dicho control le compete al Consejo de Estado.

Por tanto, la expresión cuestionada, en contra de lo que sostiene el demandante, no establece ninguna restricción o limitación a la competencia atribuida al Consejo de Estado, pues todos los decretos de carácter general (distintos de los que tienen contenido legislativo) dictados por el Gobierno Nacional, no atribuidos a la Corte Constitucional, pueden ser demandados por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado...²⁰⁰⁶.

2251. Para el Consejo de Estado esa situación de falta de claridad constitucional y sobre todo jurisprudencial sobre el asunto lo ha llevado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a adoptar un criterio operacional que le permite cumplir con su papel excepcional de juez de constitucionalidad. Para esos efectos se observa como tesis dominante identificar la base material de la acción excepcional, en la existencia de actos de discutible naturaleza, no contenidos en el listado constitucional de los de competencia de la Corte Constitucional, que sean impugnados únicamente por razones de constitucionalidad, porque en caso contrario, es decir, no reuniéndose esos requisitos, la acción prevalente sería la de simple nulidad de los actos administrativos establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Al respecto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha indicado:

... La distribución de competencia para el control de constitucionalidad de los decretos del Gobierno Nacional entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, contenida en las normas transcritas, evidencia que la Constitución y la ley Estatutaria mantienen inalterable la naturaleza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y el objeto de la misma. Por lo tanto, si la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, “conforme a las reglas que señale la ley” (art. 82 Decreto 01 de 1984 o C.C.A.), está instituida por la Constitución con el objeto de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas que desempeñen funciones administrativas, de ello dimana que la atribución que la Constitución otorga al Consejo de Estado para “desempeñar las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo” en punto a decretos de Gobierno Nacional, está referida a aquellos dictados en ejercicio de la Función Administrativa, vale decir, a los que desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, o condicionan la aplicación de una situación general preexistente a una persona determinada. El control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa, se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. En ese orden de ideas, y por exclusión, las “acciones de nulidad” atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquéllas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa de la Constitución Política. En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad que por antonomasia es propia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa...²⁰⁰⁷.

[...] La competencia para conocer de la presente acción, de nulidad por inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 237, numeral 2, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, numeral 7, de la Ley 270 de 1.996 y 7 del artículo 97 del C.C.A., tal como quedó

modificado y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1.998, toda vez que se trata de un decreto de carácter general, dictado por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponde a la Corte Constitucional; la supuesta inconformidad del mismo con el ordenamiento jurídico se habrá de establecer sólo mediante confrontación directa con la Constitución; y su expedición no obedeció al ejercicio de la función administrativa...²⁰⁰⁸.

2252. En este orden de ideas, es preciso tener en cuenta que la fuente jurídica que cimenta el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, instituido en el artículo 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es de rango constitucional, y justamente es por ello que al momento de interpretarse su sentido y alcance no puede perderse de vista que se trata de una acción institucionalizada en la norma fundamental y a partir de la cual el Consejo de Estado funge como partícipe del control judicial de la Carta Política, por vía de acción.

2253. En otras palabras, dado el carácter normativo y vinculante del ordenamiento constitucional, quiso el constituyente que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, por vía de acción, fueran los encargados de defender los preceptos superiores frente al orden jurídico infraconstitucional.

2254. Y es que de lo que se trata es de reafirmar el control de todos los actos del poder público como regla inmanente del Estado social y democrático de derecho, advirtiendo que dicho escrutinio no se reduce a cuestiones meramente nominales o formales sino que involucra, para garantía sustancial, el control sobre los elementos materiales que dotan de sentido y fijan la teleología de la organización social y política.

2255. Lo anterior quiere decir, ni más ni menos, que el constituyente confió al Consejo de Estado la guarda de la integridad de la Constitución²⁰⁰⁹ respecto de un conjunto de actos jurídicos, no precisados, pero que se determinan por exclusión, ya que corresponden a aquellos respecto de los cuales no resulta competente la Corte Constitucional, conforme al prístino sentido del artículo 237.2 superior.

2256. Agréguese a lo ya dicho que so pretexto de reglamentación legal o interpretación judicial no es posible concebir lecturas dirigidas a coartar, limitar o restringir el ámbito normativo del que goza este medio de control de guarda de la Constitución Política, pues entender el sentido de esa acción única y exclusivamente a partir de los materiales legislativos que la regulan o de criterios jurisprudenciales desligados del ámbito constitucional sería tanto como negar, *de facto*, el ámbito superior que tiene entre nosotros ese medio de control.

2257. No obstante, es preciso hacer énfasis en que la procedencia de ese medio de control debe interpretarse en pro de hacer efectiva la garantía jurisdiccional de la Constitución y en orden a satisfacer esa preceptiva se tiene que el ámbito normativo del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad está configurado por los siguientes aspectos basilares: a) debe tratarse de un acto de carácter general, b) proferido por el Gobierno Nacional o por otras entidades u organismos diferentes al Gobierno Nacional y en este último por “expresa disposición constitucional” y, finalmente, c) el acto debe ser atacado por infracción directa de la Constitución.

2. LA ACCIÓN DE NULIDAD (MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD)

2258. La acción de nulidad desarrollada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011^[2010] es una pretensión de naturaleza objetiva²⁰¹¹, pública, popular, intemporal, general e indesistible, a través de la cual cualquier persona podrá solicitar directamente o por medio de su representante, ante la

jurisdicción de lo contencioso administrativo, que un acto administrativo incurso en alguna(s) de las causales establecida(s) en la ley pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial de nulidad en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad.

2259. Se califica de objetiva, en la medida en que a través de su ejercicio solo se puede pretender la preservación del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad. Implica, por lo tanto, el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad y el Estado de derecho. De allí que así mismo se predique su carácter de pública y popular, en la medida en que la preservación del ordenamiento jurídico no puede ser exclusivamente del interés de unos pocos o una carga funcional privativa de las autoridades.

2260. Respecto del mantenimiento de las instituciones jurídicas, históricamente se ha considerado que es una responsabilidad pública, una legitimidad abierta en cabeza de cualquier persona que advierta las rupturas al sistema jurídico ocasionadas por la entrada en vigencia de un acto administrativo que lo desconozca. Desde esa perspectiva, la acción puede ser intentada por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho público, privado o internacional. Lo importante para las instituciones es que los conflictos suscitados entre un acto administrativo y el ordenamiento jurídico sean objeto de conocimiento por la Jurisdicción Especializada de lo Contencioso Administrativo y esta produzca una decisión declarando lo que corresponda frente al litigio y resolviéndolo de manera tal que su decisión produzca efectos generales, esto es, *erga omnes*.

2261. Lo objetivo de la acción implica así mismo una especial técnica de impugnación del ciudadano interesado y de análisis jurídico por el juzgador. Se trata de la confrontación entre una norma superior que se argumenta transgredida o violentada y un acto administrativo al cual se le atribuye la infortunada virtud de ser el causante de la transgresión o violación; confrontación de la cual debe salir una decisión declarativa de la existencia o no de violación al ordenamiento jurídico, en caso afirmativo, sancionando la manifestación de voluntad de la administración con nulidad. La acción de nulidad no conlleva pretensión diferente, por lo que no le corresponde al juez contencioso administrativo hacer un pronunciamiento distinto, ni mucho menos producir declaración alguna respecto de la situación de las personas sobre las cuales el acto declarado nulo produjo efectos jurídicos²⁰¹².

2262. Las causales de nulidad están señaladas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 y se han edificado sobre la base del respeto a un complejo principio de legalidad que se fundamenta ante todo en el respeto profundo al marco orientador de todo el sistema jurídico como lo es la Constitución Política del Estado colombiano. El punto de partida del régimen de causales de nulidad de los actos administrativos es siempre la Constitución Política; es más, cada una de las causales se relaciona de una u otra manera de manera directa con los principios valores y normas constitucionales. En ese sentido, referirse a la acción de nulidad en materia contencioso administrativa es acercarse sin lugar a dudas a un importante juicio de constitucionalidad de los actos de quienes ejercen funciones administrativas.

2263. La primera de las causales de nulidad se relaciona con la *infracción a las normas en que debería haberse fundado el acto administrativo*, pero que fueron desconocidas o vulneradas por las autoridades al momento de su expedición; como se observa, la generalidad de la redacción del legislador permite deducir sin mayores esfuerzos que se incorpora en esa descripción la totalidad de la base normativa y conceptual de principios y valores aplicables a cada acto administrativo en el derecho colombiano, lo que implica necesariamente que dentro de ella queden incorporadas las normas constitucionales que son la base y esencia del sistema. Luego, todo juicio de nulidad de un acto

administrativo implica, en esa perspectiva lógica, un acercamiento al texto constitucional y a sus bases sustentadoras, pues no se trata de un simple enjuiciamiento de legalidad infra-constitucional. El Consejo de Estado ha reconocido el alcance de esa causal en los términos expuestos; así, en providencia de 1995 señaló precisamente que:

... Para la Sala la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar. En efecto, como lo advirtió esta Corporación, y ahora lo reitera, la distinción que hace el excepcionante: que la declaratoria de nulidad se predica de los actos administrativos, mientras que la de inconstitucionalidad responde por una acción de inexequibilidad, aplicable para los actos de ley, es inadmisibles ya que la acción de nulidad no solo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos no solamente pueden violar la ley sino la Constitución y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de esta jurisdicción (arts. 237 num. 20. y 238)...²⁰¹³.

2264. La segunda causal de nulidad del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 se funda en la *incompetencia del funcionario o del organismo* que produjo el acto administrativo, sin limitarla al desconocimiento de normas de competencia simplemente legales, es decir, el análisis de las competencias administrativas para el juez contencioso administrativo involucra necesariamente las que el constituyente hubiera establecido para las autoridades en cada caso concreto; es más, el simple desconocimiento de una regla de competencia administrativa lleva de por sí una ruptura constitucional, si se tiene en cuenta que en los artículos 121 y 123 inciso 2.º de la Carta se ordena y obliga a todos los servidores públicos a ejercer sus funciones en los términos establecidos en la Constitución, la ley o el reglamento.

2265. La tercera causal es mucho más genérica que las anteriores, sancionando con la nulidad todo acto administrativo *expedido en forma irregular*, irregularidad que puede provenir del desconocimiento de los parámetros establecidos en la Constitución Política. Si se trata de la vulneración de las exigencias simplemente legales o administrativas, también se violaría la Constitución Política, en cuanto que, como lo anotábamos a propósito de la causal anterior, están de por medio los artículos 121 y 123 inciso 2.º de la Carta que son perentorios en la determinación de que los poderes y funciones de las autoridades deben ejercerse en los estrictos términos señalados en las disposiciones constitucionales, legales o administrativas.

2266. Las causales cuarta y quinta nos llevan al estudio del *debido proceso* como causal de nulidad de los actos administrativos en el derecho colombiano, causales que, en consecuencia, deben ser analizadas y entendidas conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, que obliga al respeto y acatamiento del concepto sustancial del debido proceso como presupuesto para la expedición de cualquier decisión de quienes ejercen funciones administrativas. Las dos causales que enmarcamos dentro de ese contexto señalan que los actos administrativos serán nulos por *el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o por haber sido expedidos incurridos en falsa motivación*. La sola referencia al artículo 29 de la Constitución implica que el juicio y análisis de esas dos causales deben llevar al juez contencioso administrativo necesariamente a un estricto control de constitucionalidad del acto administrativo y la decisión que adopte se fundará rigurosamente en reflexiones en torno a la carta fundamental.

2267. La quinta causal es por su propia naturaleza y esencia análisis de los principios constitucionales que determinan los propósitos y finalidades del orden constitucional del Estado. Según dispone el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos deben ser declarados nulos

por el juez contencioso administrativo cuando hayan sido producto de *la desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió*, esto es, en materia de causales de nulidad nos encontramos ante la institucionalización del abuso de poder en materia administrativa como mecanismo perturbador del orden jurídico, principalmente del orden constitucional del Estado, en cuanto atenta contra los propósitos y finalidades del mismo, que para el caso colombiano están perfectamente determinados en los artículos 2.º, 123 inciso 2.º y 209 de la Carta. El desvío o el abuso de poder implican actuaciones subjetivas de los servidores públicos en beneficio de sus propios intereses, es decir, desconocer la objetividad que debe reinar en toda actuación pública y el consecuente respeto al interés general.

2268. La Ley 1437 de 2011 se pronunció en relación con la teoría de los móviles y finalidades de la acción de nulidad que ahora deja de serlo para conformar un contenido normativo específico de la regulación de la acción:

2269. Al respecto vale la pena recordar que la denominada teoría de los móviles y finalidades de las acciones contenciosas de nulidad y de restablecimiento del derecho ha sido una de las construcciones jurisprudenciales más desafortunadas para el Estado de derecho, y sobre todo para el control efectivo de la arbitrariedad y del desconocimiento de los derechos subjetivos por la administración pública. En la práctica su desarrollo en Colombia nos muestra todo un sendero de inseguridad jurídica y de despropósitos procesales frente a los derechos sustanciales de los asociados y la defensa de la legalidad. Esa situación se advierte a partir de su aplicación a una estructura de acciones que el legislador prefijó sobre la base del tipo de actos objeto de impugnación.

2270. No es desconocido para la historia del derecho administrativo que con independencia de la redacción de los textos legales, en principio se quiso que contra los actos individuales tan solo procedieran acciones subjetivas y contra los generales, acciones objetivas. Quiérase o no, esa fue la base conceptual que orientó a los redactores de la norma. Al aplicar la teoría de los móviles y finalidades a esa base conceptual, la misma se desdibuja produciendo de inmediato un profundo choque procesal que aún nuestras altas cortes no han podido solucionar, cayendo todas ellas en decisiones abiertamente desconocedoras de principios básicos del Estado de derecho como los de legalidad y seguridad jurídica.

2271. Se trata de una teoría aún no consolidada, marcada por conflictos interpretativos gravísimos para la efectividad de los mecanismos de acceso a la justicia. En sí misma la teoría es un reflejo de la prolongación de algunos dogmas en cuanto a la estructuración de los contenciosos de nulidad y de plena jurisdicción que están llamados a ser recogidos y revaluados a esta altura de nuestra evolución institucional, sobre todo el de la multiplicidad de acciones especializadas para cada caso contencioso, que es la tendencia que marca al Código Contencioso de 1984. En la hora actual se hace cada vez más necesario retomar la idea de la acción única contencioso administrativa con la posibilidad de multiplicidad de pretensiones, de conformidad con los móviles y las necesidades de los interesados y de la vulneración al principio de legalidad por la administración, evitando así caer en discusiones estériles para la defensa de los derechos fundamentales y de la legalidad como la que pasamos a exponer.

2272. Si bien el Código contenido en la Ley 1437 de 2011 peca al no haber adoptado la acción única contencioso administrativa, de todas formas dispuso en relación con la teoría lo siguiente.

[2273]. Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero; cuando

se trate de recuperar bienes de uso público; cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico; cuando la ley lo consagre expresamente; si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

3. LA ACCIÓN ELECTORAL (MEDIO DE CONTROL ELECTORAL)

2274. La acción electoral a que hace referencia el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 es una modalidad de la acción de nulidad desarrollada en el artículo 137 de la misma ley, por lo tanto de naturaleza objetiva, pública, popular, general, indesistible y, a diferencia de la de simple nulidad de carácter temporal, sujeta a un término de caducidad para su ejercicio. Procede contra actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales; de nombramiento que efectúen las autoridades, o contra los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. Procede no solo con fundamento en razones de inhabilidad o inelegibilidad, sino también previa configuración de alguna de las causales de nulidad de actas de escrutinio de los jurados de votación o de cualquier corporación electoral, según lo preceptuado en el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011^[2014].

2275. En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante debe precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

2276. En cuanto acción objetiva y general, la pretensión invocada con su ejercicio busca el restablecimiento del ordenamiento jurídico eleccionario, la pureza del sufragio y el sistema democrático y no propiamente la satisfacción o restablecimiento de un derecho político particular del accionante. Se trata de un mecanismo procesal a través del cual cualquier persona, ante las rupturas producidas en la legalidad de los mecanismos de acceso al desempeño de cargos públicos, acude ante la jurisdicción contencioso administrativa, con el fin de solicitar la nulidad de los actos electorales producidos bajo esas circunstancias. En esa perspectiva, se trata de un claro mecanismo de control constitucional, en la medida en que su objetivo es garantizar el respeto al sistema democrático y representativo²⁰¹⁵.

4. EL CONTROL OBJETIVO DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD SOBRE LOS ACTOS DEPARTAMENTALES Y LOCALES

2277. La Constitución Política incorpora unos especiales mecanismos de control constitucional dirigidos básicamente a garantizar el respeto a la Carta Fundamental del Estado en los más apartados rincones del país, a través de las denominadas acciones de revisión de proyectos de ordenanza y de revisión de actos de los concejos y de los alcaldes municipales y de los proyectos de acuerdo.

2278. El primero de esos mecanismos procesales de protección constitucional se desprende del artículo 305 numeral 9 de la Carta, cuando le asigna al gobernador del departamento la obligación de revisar la constitucionalidad, la legalidad y la conveniencia de los proyectos de ordenanza aprobados por las asambleas departamentales y si encuentra que los mismos desconocen la Constitución Política o la ley o son inconvenientes, los remita a la Honorable Asamblea para que esta efectúe las correcciones y adecuaciones pertinentes. Cuando las objeciones se refieren a cuestiones de constitucionalidad o legalidad y la Asamblea las desestima e insiste en el proyecto de ordenanza, el asunto debe ser remitido

al tribunal administrativo departamental para que decida definitivamente sobre su exequibilidad, a través de un procedimiento sumario, tan solo susceptible de recurso extraordinario de revisión.

2279. La acción de revisión de los actos de los concejos municipales y de los alcaldes está establecida en el artículo 305, numeral 10 de la Constitución Política. A través de ese mecanismo se le asigna al gobernador del departamento el deber de revisar los acuerdos de los concejos y los decretos de los alcaldes de su jurisdicción y si encuentra que los mismos son violatorios de la Constitución Política o de la ley, debe enviarlos al tribunal administrativo correspondiente para que decida sobre su validez, a través de un trámite sumario donde se produce un fallo que hace tránsito a cosa juzgada respecto de las disposiciones que fueron estudiadas. Contra la sentencia no procede recurso alguno. Si el tribunal no decreta la inexecuibilidad del acto, de todas las maneras quedan las puertas abiertas para que se ejerza la acción de simple nulidad por razones diferentes a las que el Tribunal tuvo en cuenta al revisar el acto.

2280. La acción de revisión de los proyectos de acuerdo tiene fundamento en el artículo 315, numeral 6 de la Constitución Política, cuando señala que le corresponde a los alcaldes sancionar y promulgar los acuerdos municipales y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al orden jurídico. De las objeciones deberá darse traslado al Honorable Concejo Municipal para que las resuelva. Si el Concejo no las admite, o rechaza las de constitucionalidad o legalidad, el proyecto debe ser enviado al Tribunal Administrativo. Si el Tribunal acoge las objeciones, el proyecto debe ser archivado. Si las declara infundadas, el alcalde debe sancionar el correspondiente proyecto. Si las considera parcialmente fundadas, el proyecto debe ser reconsiderado por el Concejo para que corrija las posibles irregularidades, debiendo enviarlo posteriormente al Tribunal para que este decida definitivamente.

2281. Si las objeciones se presentan respecto del proyecto del presupuesto municipal por razón de inconstitucionalidad o ilegalidad, es obligación del alcalde enviarlo directamente al Tribunal Administrativo dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que lo reciba para sanción. El Tribunal cuenta con veinte días para fallar. Mientras el Tribunal decide lo pertinente, rige bajo la directa responsabilidad del alcalde el proyecto de presupuesto presentado por él al Concejo.

5. ACCIÓN DE NULIDAD DE CARTAS DE NATURALEZA Y DE LAS AUTORIZACIONES DE INSCRIPCIÓN (MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD DE CARTAS DE NATURALEZA Y DE LAS AUTORIZACIONES DE INSCRIPCIÓN)

2282. Esta acción configura otro ejemplo significativo de acción de nulidad contra actos de contenido individual por razones de interés general, para el caso, reconducido a los actos que crean situación jurídica administrativa en la persona que resuelve optar por la nacionalidad colombiana. Esta acción se regula en el artículo 147 de la Ley 1437^[2016] de 2011 en concordancia con los artículos 20 y 21 de la Ley 43 de 1993, al permitir que los actos administrativos que reconocen la ciudadanía colombiana a los extranjeros, también denominados cartas de naturalización o resoluciones de autorización, sean demandados por cualquier persona ante la justicia contencioso administrativa²⁰¹⁷.

2283. Dispone al respecto la Ley 43 de 1993 que las cartas de naturaleza o resoluciones de autorización expedidas por el Presidente de la República o el Ministro de Relaciones Exteriores por delegación, están sujetas al proceso de nulidad ante la autoridad judicial competente, en los siguientes casos: a. Si se han expedido en virtud de pruebas o documentos viciados de falsedad, y b. Si el extranjero nacionalizado ha cometido algún delito en otro país antes de radicarse en Colombia y que

este dé lugar a la extradición. En ambos casos, o sea frente a acciones de nulidad de cartas de naturalización o resoluciones de autorización, la acción tendrá un término de caducidad de diez años, contados a partir de la fecha de la expedición.

B. EL CONTENCIOSO SUBJETIVO DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD

2284. El control de constitucionalidad por la vía contencioso administrativa no se agota en el contencioso objetivo explicado anteriormente. En nuestra opinión, las acciones de contenido estrictamente subjetivo, es decir, aquellas que buscan algún tipo de reparación o restablecimiento por parte de los asociados frente al Estado, no solo tienen su fuente en el artículo 89 de la Constitución Política, sino que también implican el análisis previo de la constitucionalidad de los actos administrativos que le sirven de fundamento a los derechos individuales involucrados, como en el caso de la acción de restablecimiento de derecho, o un análisis de las actuaciones u operaciones de los servidores públicos o de los fenómenos que rodean los hechos en que pueda la administración verse involucrada, no con el propósito de declarar su nulidad, asunto que resultaría absurdo e ilógico, sino con el propósito ineludible de hacer juicios de adecuación del comportamiento público y de los sucesos que comprometan lo público con las normas y principios constitucionales, tal como se desprende de los artículos 2.º, 90 y 91 de la Carta fundamental, por lo menos frente a la acción de reparación directa.

1. LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO)

2285. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho desarrollada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 es de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se cree lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica como efecto de la vigencia de un acto administrativo de contenido individual, concreto y específico, expreso o presunto, viciado de nulidad, podrá solicitar por medio de su representante, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se declare su nulidad, esto es, pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial en beneficio personal y como consecuencia se le restablezca su derecho o se repare el daño²⁰¹⁸.

2286. La acción tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo. Desde esa perspectiva, la técnica de la impugnación por la persona interesada varía radicalmente frente a lo expuesto a propósito de la acción de nulidad. En esos casos le corresponde a quien se considere vulnerado en sus derechos, no solo exponer las razones de la incongruencia entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico, sino también la forma como su derecho resulta vulnerado a partir del desconocimiento del principio de legalidad, para que, como consecuencia de ese juicio, se pueda deducir el tipo de reparación que le corresponda, con cargo a la administración.

2287. El *petitum* al juez resulta por lo tanto complejo, pues no solo implica un juicio de legalidad, sino también de reparación para restablecer los derechos vulnerados. En la práctica se combinan pretensiones declarativas y condenatorias. Las primeras respecto del juicio de constitucionalidad y legalidad, las segundas en lo correspondiente al restablecimiento del derecho. La sentencia que resuelva la acción de nulidad y restablecimiento del derecho producirá efectos inter partes, esto es, tan solo aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido la declaración pretendida.

2288. La naturaleza subjetiva de la acción implica la presencia de una persona determinada que se considere lesionada en sus derechos, esto es, exige una legitimación precisa o concreta, de ahí que se indique así mismo que la acción ostenta la característica de individual, en el sentido de que va a producir efectos exclusivamente frente a lo pedido respecto de los derechos vulnerados a un sujeto determinado. A diferencia del medio de control de nulidad, la pretensión en este tipo de procesos conlleva consecuencias jurídicas específicas.

2289. Al igual que lo expuesto a propósito de la pretensión de nulidad, la de plena jurisdicción en pretensión de restablecimiento del derecho, también es objeto de análisis por la Ley 1437 de 2011 bajo la óptica de la denominada teoría de los móviles y finalidades para efectos de determinar si tan solo procedía contra actos de carácter individual y concreto, o si también era posible ejercitarla frente a los actos administrativos de contenido general. Al respecto se indica en el inciso segundo del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 que igualmente se puede pretender la nulidad del acto administrativo general y solicitar el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante, o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

2. LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA)

2290. La acción de reparación directa desarrollada en los artículos 90 constitucional y 140 de la Ley 1437 de 2011 es de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada por un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajo público o por cualquier otra causa, que le hubiere ocasionado un daño antijurídico, podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que previa la imputación del mismo a una entidad pública estatal o particular que ejerza funciones públicas en los términos de la Constitución Política²⁰¹⁹, o haya obrado siguiendo expresa instrucción de la misma, se repare el daño antijurídico²⁰²⁰ ocasionado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, esto es, sin reclamación previa a la administración o mediando petición de nulidad, como en el caso de la acción de restablecimiento del derecho. Se trata de una típica acción tendiente a la reparación integral de los daños antijurídicos ocasionados a los administrados y que cabe atribuir e imputar su responsabilidad (extracontractual) al Estado, en razón de las actividades anteriormente indicadas, que excluyen de entrada el acto administrativo²⁰²¹.

2291. Las entidades públicas deben promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

2292. Se trata de un régimen construido con el objeto de alcanzar la reparación integral de los daños antijurídicos ocasionados a los administrados y que cabe atribuir e imputar su responsabilidad (extracontractual) al Estado, en razón de las actividades anteriormente indicadas, que excluyen de entrada el acto administrativo²⁰²² como objeto de debate jurídico, sin perjuicio de que a partir de un

acto administrativo revestido del principio de legalidad se pueda producir, como consecuencia de su aplicación o ejecución, daño antijurídico alguno.

2293. Ahora bien, cabe afirmar que la consagración de la acción de reparación tanto en el Código Contencioso Administrativo de 1984, artículo 86, como en la Ley 1437 de 2011, como herramienta para encausar la determinación de la responsabilidad del Estado no representó, ni representará la petrificación del régimen de responsabilidad extracontractual, sino que seguirá caracterizándose por su conjugación con la evolución, continuidad y adaptación²⁰²³ de la estructura estatal, social, económica, e incluso cultural, y con la necesidad de comprender el modelo de sociedad moderna inmerso en múltiples riesgos en los que cabe el desencadenamiento de diferentes hechos dañosos (la denominada por Ulrich Beck “sociedad del riesgo”²⁰²⁴). Como sostiene la clásica doctrina ius-administrativista, “el proceso de formación del régimen de responsabilidad se ha encaminado hacia la ‘socialización’ de los riesgos que tiende a hacer de la administración pública una suerte de asegurador de todos los riesgos de daños que pueda sufrir sus administrados”²⁰²⁵.

[2294]. “Con la Carta Política de 1991 viene a producirse la “constitucionalización”²⁰²⁶ de la responsabilidad del Estado²⁰²⁷, erigiéndose como garantía de los derechos e intereses²⁰²⁸ de los administrados²⁰²⁹ y de su patrimonio²⁰³⁰, sin distinguir su condición, situación e interés²⁰³¹, cuya derivación, en todo caso, se encuentra en la cláusula del Estado Social de Derecho²⁰³². De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”²⁰³³. Como bien se sostiene en la doctrina la “... responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad²⁰³⁴; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”²⁰³⁵.

2295. Ergo, los referentes normativos que gobiernan el medio de control de reparación directa están determinados por los postulados constitucionales del artículo 90 superior y son recogidos por el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, esto es: la estructuración de un daño del que se pueda predicar su naturaleza antijurídica y, como segundo elemento, que pueda ser imputado, a partir de un juicio normativo de atribución, al Estado.

2296. Finalmente, cabe precisar en este punto que atendiendo a esa enunciación normativa de amplio espectro sustancial que gobierna el medio de control en comento la jurisprudencia ha encauzado bajo esa vía procesal los eventos donde se enrostra a la Administración un enriquecimiento sin causa, pues el alegado empobrecimiento incausado padecido por el demandante admite ser considerado como un daño antijurídico y la imputación de responsabilidad gravitará alrededor de un hecho, que no de un acto o contrato estatal. Tal fue el *dictum* de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 19 de noviembre de 2012, donde se dijo:

... resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa [...] puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración²⁰³⁶.

Pronunciamiento con alcance de unificación jurisprudencial.

2297. De otra parte, debe dejarse sentado que en cuanto atañe al ámbito de la responsabilidad precontractual del Estado, que es aquella que tiene lugar cuando el daño antijurídico sucede por la estructuración de una conducta desleal, contraria a la buena fe²⁰³⁷ en el escenario de la actividad precontractual²⁰³⁸, ocurre que no puede predicarse allí un monopolio de alguno de los medios de control recogidos en la legislación adjetiva, toda vez que ello depende de la configuración casuística particular del *sub judice*, pues si el alegado daño se desprende de la ilegalidad de un acto administrativo precontractual la vía procesal será la de nulidad y restablecimiento del derecho, de otro tanto, se abrirá paso la pretensión de reparación directa si la fuente del daño se hace radicar en un hecho u omisión de la administración²⁰³⁹ y, finalmente, en el especialísimo supuesto en el que ya celebrado el contrato estatal se advierte que una de las partes no ajustó su conducta a los mandatos que dimanaban de la buena fe en la etapa de negociaciones previas²⁰⁴⁰, no habrá duda que aquí la vía judicial a ser promovida lo será la de las controversias contractuales, sin perjuicio, eso sí, de que el régimen sustantivo de responsabilidad sea el propio de la responsabilidad precontractual por ser en esa etapa formativa donde ocurrió el proceder que se fustiga²⁰⁴¹.

C. EL CONTENCIOSO MIXTO DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD

2298. Algunas de las acciones contencioso administrativas no se limitan exclusivamente a juicios de restablecimiento del ordenamiento jurídico o de simple reconocimiento de derechos a personas determinadas. Con su ejercicio se pueden lograr esos dos objetivos. En esos casos, sostenemos, nos encontramos frente a un verdadero contencioso mixto, donde siempre y en todos los casos se hacen juicios de constitucionalidad en el derecho nacional colombiano. Son acciones de esta naturaleza las siguientes:

1. LA ACCIÓN DE LESIVIDAD

2299. Con el nombre de la acción de lesividad se identifica a nivel doctrinal, la posibilidad legal del Estado y de las demás entidades públicas de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa con el propósito de impugnar sus propias decisiones. En el derecho colombiano esta modalidad de instrumento impugnatorio tiene sus fundamentos genéricos, no solo en las disposiciones constitucionales que procuran la prevalencia del ordenamiento constitucional y de la sujeción al principio de legalidad (arts. 2.º, 4.º, 6.º, 121, 122, 123 inc. 2.º, y 209 entre otros) de la totalidad de actuaciones y decisiones de los servidores públicos, sino también en las normas adjetivas contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que habilitan a la Nación y demás entidades públicas para que comparezcan en los procesos contenciosos administrativos como demandantes, caso concreto de los artículos 149, 151, 152, 154 y 155 de la Ley 1437 de 2011.

2300. La configuración de la acción de lesividad no se produce en todos los casos en que la Nación o las entidades públicas acudan como demandantes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Se habla de lesividad única y exclusivamente cuando lo hagan con el fin de impugnar aquellos actos administrativos por ellas producidos. En las demás hipótesis se está frente al ejercicio ordinario de las acciones correspondientes. Las normas contenciosas indicadas constituyen un marco genérico que reconoce la posibilidad de que las instituciones públicas actúen como demandantes. La acción de lesividad encaja de manera específica dentro de esa relación normativa; se trata de una

fórmula garantística del ordenamiento jurídico en manos de las entidades públicas respecto del control jurisdiccional a sus propias decisiones.

2301. En ese contexto la acción de lesividad adopta una doble connotación naturalística. Por una parte, la de una típica acción objetiva, cuya pretensión básica y directa es la protección del ordenamiento jurídico, cuando a través de su ejercicio la Nación o las entidades públicas buscan tan solo obtener la nulidad de sus actos administrativos en beneficio del ordenamiento jurídico, la convencionalidad, la constitucionalidad o la legalidad.

2302. Por otra parte, la de una acción subjetiva, individual, temporal y desistible cuando lo que se pretenda con la nulidad de sus propias decisiones sea el restablecimiento de un derecho de la correspondiente entidad pública que se encuentre amparado en una norma jurídica. Circunstancia en la que, para todos los efectos estamos en presencia de una verdadera acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

2303. Así las cosas, por control de lesividad se entiende tanto el ejercicio de la acción de simple nulidad, o como el de la de nulidad y restablecimiento del derecho, en ambos casos con fundamento en actos administrativos adoptados por la Nación o por las demás entidades públicas administrativas, los cuales impugna la entidad pública correspondiente persiguiendo los propósitos de una u otra acción²⁰⁴².

2. ACCIÓN REFERENTE A CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES)

2304. Esta acción está íntimamente relacionada con el texto constitucional en cuanto que siempre está en juego con su ejercicio el interés general regulado en los artículos 2.º, 123 inciso 2.º y 209 constitucional. El juez del contrato estatal tiene el compromiso ineludible de ajustar los litigios de esa naturaleza a los principios constitucionales del interés general y de la protección al patrimonio público.

2305. Una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a las controversias contractuales o a la acción contractual desarrollada en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 es, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluri-pretensional, a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir, entre otras pretensiones, que se declare la existencia del contrato y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes de conformidad con el litigio suscitado; que se haga judicialmente la liquidación del contrato, así como la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar, como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato²⁰⁴³.

2306. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, se podrán demandar en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

2307. El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

3. LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES ANTE LA JUSTICIA ARBITRAL

2308. Las controversias contractuales no constituyen, en cuanto a su conocimiento, un privilegio de la jurisdicción contencioso administrativa. Precisamente, con el animo de garantizar a los asociados la resolución pronta de los conflictos derivados de las relaciones negociales del Estado, y con el propósito de obtener la seguridad jurídica necesaria para mantener la suficiente fluidez en el tráfico jurídico y la confiabilidad indispensable en las instituciones, se ha desarrollado de tiempo atrás en nuestro legislación²⁰⁴⁴, pero sobre todo acentuado con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, un complejo sistema de justicia alternativa que en materia de litigios contractuales, se caracteriza por la incorporación de la cultura de la prioridad en la utilización de mecanismos de solución directa de las diferencias y discrepancias surgidas entre las partes, con ocasión de la actividad contractual y, de la utilización, de ser el caso, de alternativas diferentes a las tradicionalmente judiciales, como las de la conciliación, la amigable composición, la transacción, y cualquiera otra de las previstas en la ley, siendo entre estas la más importante la del arbitramento, a través de la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal²⁰⁴⁵.

2309. De conformidad con las normas constitucionales relativas al ejercicio de autoridad judicial por los particulares, en concordancia con los ya derogados artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993 e incorporados en los artículos 228 a 230 del también derogado Decreto 1818 de 1998, o norma compiladora de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y hoy el artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012, la acción contractual podrá ser ejercida ante los tribunales de arbitramento, conformados por particulares, elevados a la categoría de árbitros, a través de la habilitación, que en ejercicio de la autonomía de la dispositiva efectúan las partes contratantes para resolver los litigios o controversias que surjan del contrato mismo, o los que se adviertan con posterioridad y que sean de carácter transigible²⁰⁴⁶. Habilidadación esta de carácter solemne, contenida en pactos arbitrales que pueden tener la forma de cláusula compromisoria, o si es del caso, de compromiso.

2310. Esta forma alternativa de conflictos contractuales deriva su existencia de la decisión de las partes, la cual es aceptada y reconocida por la Constitución Política en el inciso 4.º del su artículo 116, como un mecanismo válido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, constituyéndose en ese sentido la autonomía negocial²⁰⁴⁷ en el sustento supremo del mecanismo arbitral, su indiscutible base de carácter material, determinadora de los alcances, limitaciones y sobre todo conformadora del ámbito de sus competencias funcionales²⁰⁴⁸. Indica la disposición que

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

2311. El principio se retoma, así mismo en la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”, al desarrollar el anterior precepto constitucional; sin embargo, la ley estatutaria lo hace bajo la advertencia, en su artículo 8.º, de proclamar como una regla fundamental para la administración de justicia el de la alternatividad de mecanismos para la solución de los conflictos entre los asociados, destacándose entonces la tendencia a abandonar como vía única frente a los de los litigios, la de la solución jurisdiccional tradicional, y aceptándose otras alternativas, entre ellas la de la administración de justicia por árbitros habilitados por las partes en los términos de la Constitución y la ley. Así, el artículo 13 numeral 3 de esa misma codificación estatutaria, al referirse al ejercicio de la función

jurisdiccional por otras autoridades y por particulares, determina que la justicia en Colombia puede ser ejercida entre otros por los árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.

2312. Esto es, al elevarse a norma suprema y ser esta desarrollada por la ley estatutaria de la administración de justicia, en el sentido de que las partes de un contrato pueden habilitar árbitros para conformar tribunales tendientes a resolver conflictos con fuerza vinculante y de carácter judicial, en asuntos que puedan ser susceptibles de transacción, se incorpora al ordenamiento constitucional un típico principio negocial, fundamentador de la capacidad constructiva de la autonomía de la voluntad, como es la habilitación consensuada para instituir autoridades y sobre todo para determinarles el contenido sustancial de sus competencias²⁰⁴⁹.

2313. La facultad de habilitación propia del derecho privado y de las relaciones negociales entre particulares se incorpora en el derecho constitucional de manera general, irrigando, en consecuencia, absolutamente todo el espectro contractual, incluso el del Estado, permitiendo que el arbitraje a través de tribunales de arbitramento, se desarrolle como un instrumento viable, en tratándose de los conflictos susceptibles de transacción que se presenten en las relaciones contractuales de las entidades estatales, de carácter judicial, respetuoso del debido proceso y de los demás derechos fundamentales tal como acontece en todo proceso judicial²⁰⁵⁰. Esto, con una limitante trascendental, la de que tan solo es procedente en los litigios que puedan ser objeto de transacción entre las partes, lo cual excluye²⁰⁵¹, en consecuencia, materias como la legalidad del ordenamiento jurídico aplicable al contrato, o de los actos administrativos que se presenten en desarrollo de la actividad contractual²⁰⁵².

2314. En la perspectiva estrictamente legal, esta es la orientación que las normas reguladoras del arbitramento le otorgan a la institución²⁰⁵³, al aceptarla como una habilitación de árbitros a particulares para que actuando a través de tribunales, por ellos conformados, definan con fuerza de decisión judicial un conflicto entre partes interesadas²⁰⁵⁴. En términos de la ley, se trata de “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice” (art. 1.º de la Ley 1563 de 2012).

2315. Así las cosas, la institución adquiere en nuestro derecho una importancia inusitada no obstante su carácter excepcional, temporal y predefinido por las partes del negocio jurídico, y la utilidad que representa en el sistema judicial, por sus diversas características, hace de ella una herramienta indispensable en la solución de diferencias que surgen con ocasión de la celebración de un contrato estatal. La Corte Constitucional²⁰⁵⁵ ha perfilado las características de esa institución alterna de conflictos, destacando como puntos claves para su determinación:

- Que es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia;
- Que está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento “un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes”;
- Que es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean;
- Que es de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo “problema jurídico puede ser objeto de un laudo”, ya que “es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”;

– Que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso.

2316. En tratándose del arbitramento propiamente aplicable a los conflictos derivados de los contratos del Estado se debe aclarar que en líneas generales se aplican las normas, reglas y principios rectores de la materia contenidas en la Ley 1563 de 2012, sin perder de vista la especialidad propia de la actividad contractual del Estado emanada de su régimen jurídico –Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás disposiciones reglamentarias– y la irremediable sujeción al marco convencional integrador del ordenamiento jurídico que se desprende de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Colombia, en especial a la Convención de Nueva York de 1958.

D. EL CONTROL POR LA VÍA DE EXCEPCIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

2317. El sistema integral de constitucionalidad colombiano se caracteriza por el reconocimiento de competencia a las diversas autoridades judiciales contencioso administrativas de la República para pronunciarse, por la vía de la excepción, en torno a la constitucionalidad de un acto jurídico, no provocando una decisión anulatoria del mismo, sino afectando su eficacia, inaplicándolo²⁰⁵⁶. En derecho colombiano la base sustentadora de esa modalidad de control de la constitucionalidad de los actos administrativos la constituye el artículo 4.º de la Carta Fundamental, que no solamente le otorga prevalencia a la Constitución sobre cualquier otra norma, sino que le entrega a la totalidad de las autoridades públicas, entre las cuales obviamente se encuentran las judiciales, una especie de competencia general que las obliga de manera inevitable a aplicar la Constitución siempre que exista conflicto con cualquier otra norma de carácter jurídico. Entre esas autoridades están sin lugar a discusión las propias de la jurisdicción contencioso administrativa, que pueden por vía de acción o de excepción pronunciarse acerca de la constitucionalidad de un acto administrativo o de una actuación de la administración e, incluso, inaplicar actos que consideren violatorios de la Constitución Política del Estado o de la ley misma, en fin del ordenamiento jurídico superior al cual se encuentran sujetos. Para el caso de las leyes la situación es bien clara en la medida en que el juez contencioso puede desconocerlas en beneficio de la Constitución en la medida de la inexistencia en el derecho nacional de la llamada cuestión de constitucionalidad. El juez contencioso administrativo no está obligado a enviar a la Corte Constitucional una ley cuando la considere inconstitucional en un caso concreto, sino que sencillamente la inaplica.

2318. La Corte Constitucional insiste en esta perentoria obligación constitucional para la totalidad de servidores públicos colombianos. En forma expresa les recuerda que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre las normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellos que no tienen la misma categoría. Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución²⁰⁵⁷.

2319. Lo que resulta más importante para la Corte Constitucional es la responsabilidad que la Constitución ubica en cabeza de cada uno de los servidores estatales para hacer cumplir el mandato de

la prevalencia de la Constitución. De manera explícita, a partir del artículo 4.º constitucional, los servidores públicos colombianos tienen competencia por vía constitucional para hacer prevalecer la Carta Fundamental.

... Así pues debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa la incompatibilidad entre las mismas por parte de las autoridades con plena competencia para ello...²⁰⁵⁸.

2320. De esta obligación no se exoneran las autoridades judiciales, administrativas, ni mucho menos las pertenecientes a la jurisdicción contencioso administrativa.

... El artículo 4.º superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política...²⁰⁵⁹.

2321. En cuanto a sus efectos, se reconoce en el derecho nacional el carácter vinculatorio tan solo para las partes intervinientes en el litigio específico (*in casu et inter partes*). No se trata de un pronunciamiento general, sino de un análisis de constitucionalidad aplicable exclusivamente a las situaciones jurídicas involucradas. En cuanto a los efectos temporales de los pronunciamientos en los casos del control integral, la situación no resulta muy clara en el derecho colombiano. Si bien es cierto que a nivel doctrinal, por la misma naturaleza de inter partes, se le otorgan efectos retroactivos *ex tunc, pro praeterito*, en razón de que se parte del supuesto de un efectivo pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte de la autoridad, en el régimen nacional esta hipótesis no se configura. En los casos de excepción de inconstitucionalidad, la correspondiente autoridad no produce una decisión de inconstitucionalidad sino que simplemente se limita a inaplicar la norma que ostensiblemente contradiga los preceptos constitucionales. Esta ha sido una constante jurisprudencial que tiene como base el hecho de que existen autoridades con competencia para efectuar pronunciamientos de constitucionalidad. La norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esa función corresponde a los organismos judiciales competentes en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda, de la integridad y de la supremacía de la norma de normas.

2322. Importa destacar que la Ley 1437 de 2011 recoge en el artículo 148 el denominado “control por vía de excepción” lo que constituye un reconocimiento expreso en el ámbito legal del deber oficioso del juez administrativo de controlar, por vía de excepción, e inaplicar para el caso concreto cualquier clase de actos administrativos que contravengan la norma constitucional o legal, ámbito en el que también deben comprenderse las normas convencionales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en atención a la vigencia y plena eficacia que está llamado a desplegar en el ordenamiento interno el derecho internacional, asegurando así un control integral y absoluto sobre la juridicidad de la actuación estatal²⁰⁶⁰.

2323. En ese contexto, se ha reconocido una subregla convencional en torno a esa idea en los siguientes términos:

Subregla 47. Excepción de inconventionalidad. La aplicación prevalente y directa de las normas y principios convencionales soporta la procedencia de una clara “excepción de inconventionalidad” (subjética) en manos

de las autoridades judiciales de los países miembros. Los jueces de todos los países miembros en el ámbito de sus competencias deberán dar estricta aplicación a la convención, procediendo incluso a “inaplicar por inconvencional”, cualquier norma nacional contraria a ella, cuando la misma estuviere vigente y el órgano competente para su supresión o modificación no hubiere cumplido con los deberes que le demanda el artículo 2.º de la convención^{2061,2062}.

V. LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES COMO INSTRUMENTOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

2324. En Colombia la protección constitucional a los derechos y libertades públicas fluye, al igual que en otros ordenamientos, como respuesta histórica del Estado de derecho al absolutismo político, estatal y jurídico. Significa la consagración a nivel de norma fundamental de instrumentos procesales suficientemente efectivos para garantizar el respeto, mantenimiento y restablecimiento de los derechos y libertades propios del ser humano, cuando hayan sido violentados o desconocidos de manera individual (subjetiva) o colectiva (en interés plural) por agentes de los poderes públicos o particulares.

2325. El Estado no puede ser otra cosa que la personificación del orden jurídico, no un poder extrajurídico, incontrolable o incontrolado. El Estado no puede ser más que generador de derecho, creador de orden jurídico al cual se encuentra sujeto y por él limitado. Entendido de esa manera su papel principal frente a las personas asociadas se circunscribe, en primera instancia, al reconocimiento de los derechos y libertades que le son inherentes y a ofrecer la protección que se requiera para su preservación y respeto. Esta idea de institucionalización del poder, consecuentemente del control a su ejercicio, ha sido uno de los grandes objetivos de las democracias liberales que encuentran en el reconocimiento de los derechos fundamentales la finalidad de su existencia. Estos principios, inspirados en las más profundas concepciones del Estado de derecho, pretenden impedir la expansión totalitaria, intentando realizar simultáneamente el orden y la libertad.

2326. En ese sentido el control jurisdiccional de la administración pública colombiana se caracteriza por su amplitud y complementariedad. Los instrumentos procesales que el sistema constitucional consagra comprenden los más variados aspectos de la actividad administrativa, lo que hace que el marco de las tradicionales acciones establecidas por el legislador para la jurisdicción contencioso administrativa sean parte importante del engranaje de garantías, y no mecanismos exclusivos. El constituyente ha desarrollado precisos instrumentos procesales, algunos de ellos en cabeza de las autoridades de esta jurisdicción que amplifican el clásico esquema de control sobre la administración pública, procurando que a través de su efectividad se logre la protección y aplicación de los derechos de los asociados.

2327. Lo anterior es así en cuanto que el constituyente de 1991 reconoció que uno de los principales inconvenientes del sistema jurídico emanado de la Carta Política de 1886 consistía esencialmente en la carencia de instrumentos lo suficientemente fuertes para garantizar la debida protección de los derechos fundamentales, lo que lo obligó a consagrar precisas disposiciones tendientes a regular de manera concreta la protección constitucional de los residentes en Colombia.

2328. Se trataba de ubicar en las normas rectoras del ordenamiento positivo mecanismos efectivos para hacer real el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Carta, garantizando de esa forma la total integridad de las personas en un verdadero Estado de Derecho, rompiendo no solo la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes, sino también las formas de “autodefensa” y “autocomposición” generadas por el sistema de 1886. En ese sentido se articularon acciones para la defensa, protección y

aplicación de los derechos fundamentales, que, aunadas a las que por mandato legal existen para ciertos asuntos administrativos, constituyen un marco amplio para la defensa de los intereses ciudadanos, al igual que una forma de participación directa en el control de la actividad pública.

2329. El ejemplo más claro de esas transformaciones lo encontramos en las llamadas acciones constitucionales, establecidas en los artículos 86 a 90 de la Carta Política, que pretenden que aquellos aspectos de los derechos de los asociados que eventualmente quedaban a la deriva jurídica, dentro del clásico sistema contencioso, en cuanto a la insuficiencia de los medios procesales ordinarios instituidos en la ley administrativa para su protección, cuenten con una atención adecuada, oportuna, eficiente y eficaz, que haga realidad la justicia que la persona requiere o el interés general demanda, en el momento que se le exija, y de manera sustancial.

2330. En ese sentido, dentro de ese novedoso sistema de protección constitucional se advierten los más variados objetos: protección inmediata de los derechos fundamentales, protección de los derechos colectivos, el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica, el cumplimiento de las normas constitucionales y administrativas, indemnizaciones por los daños ocasionados a un número plural de personas, protección de los derechos individuales, repetición por detrimento patrimonial, etc. Obsérvese que en cualquiera de esas hipótesis y dentro de los términos establecidos por el legislador la actividad de la administración es objeto de un especial control jurisdiccional que consolida el concepto de Estado de derecho en cuanto proscribire la arbitrariedad y no deja espacios libres a la impunidad personal o institucional en detrimento de los intereses individuales, colectivos y populares, e incluso respecto de los intereses generales. Como se observa, el tradicional contencioso, aquel derivado de los desarrollos del derecho francés al que hicimos especial referencia, resulta ostensiblemente aumentado y reforzado a partir de instrumentos procesales ágiles y adecuados a las nuevas condiciones de nuestra sociedad.

A. ACCIONES CONSTITUCIONALES OBJETIVAS

1. LA ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA (MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA)

2331. La pérdida de investidura, incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la Constitución de 1991^[2063], es una acción pública constitucional de carácter judicial, intemporal, imprescriptible, directa, sancionatoria, de interés público o general, principal y autónoma, a través de la cual cualquier ciudadano, a nombre propio y sin necesidad de apoderado, o la mesa directiva de las cámaras, puede solicitar a las autoridades competentes de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la sanción que lleva su nombre, cuando concurren algunas de las precisas causales señaladas en las normas aplicables al caso, en congresistas, diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales²⁰⁶⁴.

2332. Tiene como finalidad la protección y prevalencia de principios constitucionales, como los de legalidad, democracia, moralidad, transparencia y representación política, con estricta sujeción al debido proceso. Sus bases derivan de los artículos 110, 183 y 291 C.N. y de las leyes 136 y 144 de 1994, al igual que de la Ley 617 de 1998. Se trata de un mecanismo procesal que se caracteriza por la aplicación directa de los principios básicos de nuestra convivencia como organización política democrática, reconducidos a través de la violación o el desconocimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conflicto de intereses y demás hipótesis establecidas en las normas reguladoras

indicadas, por quienes sean elegidos para una corporación de representación popular, como el Congreso, las asambleas o los concejos.

2333. Significa para sus destinatarios, en caso de prosperar, la muerte político-electoral, como sanción disciplinaria impuesta por una autoridad judicial, mas no impide ejercer libremente los demás derechos fundamentales establecidos en el artículo 40 C.N., como los de elegir o acceder al desempeño de otras funciones o cargos públicos, diferentes a los de elección popular, con posterioridad a la imposición de esa sanción. Configura un mecanismo especial de preservación de las normas y principios constitucionales, que genera en la realidad una especie de contencioso objetivo mixto; en efecto, si bien la sanción impuesta tiene directa relación con el restablecimiento general del ordenamiento jurídico, el interés general y la moralidad en el sistema representativo, de todas maneras la decisión disciplinaria que adopte la jurisdicción contencioso administrativa crea indiscutibles situaciones de carácter subjetivo o personal al parlamentario, diputado o concejal correspondiente, el cual de por vida quedará sujeto a los efectos de la misma.

2334. Sin embargo, es preciso hacer énfasis en que los juicios de pérdida de investidura no pueden ser concebidos como escenarios para la discusión de la ética de las actuaciones que se presentan en el sector público, por cuanto las más de las veces es personal, subjetiva, cambiante en tanto que refleja las consideraciones íntimas que los individuos pueden tener sobre determinados tópicos políticos, sociales o culturales. En ese orden de ideas, nada más nefasto para la vigencia del Estado de Derecho que prohiar una postura según la cual se justifique exclusivamente una decisión judicial a partir de razones éticas o morales particulares o subjetivas, ya que algo así, en últimas, socava los principios que fundamentan el Estado social y democrático de derecho.

2335. Ligado a esta idea, también resulta que pugna con el acceso efectivo a un recurso judicial y las garantías judiciales concebir la pérdida de investidura como una suerte de responsabilidad política, pues allí no son las razones del derecho las que gobiernan la decisión²⁰⁶⁵ sino la conveniencia, la oportunidad política y lo que conciba la opinión pública sobre la cosa pública.

2336. En ese orden de ideas, tomando en consideración el ejercicio de la labor judicial, la potencial afectación de los derechos políticos del sujeto pasivo de la acción de pérdida de investidura, y la necesaria lectura de dicha institución a la luz de los principios y normas convencionales y constitucionales, es claro que dicha figura solo puede ser conceptualizada como una de las especies de la responsabilidad jurídica por violación de deberes de conducta de los congresistas. De allí, entonces, que encuentra su justificación como institución sancionatoria especial de ciertos dignatarios elegidos popularmente.

2337. Descomponiendo dicha conceptualización es claro que se trata de a) responsabilidad jurídica (que no ética, política o moral), por cuanto las premisas de análisis de la decisión se desprenden, obligatoriamente, del ordenamiento jurídico de derecho positivo colombiano, y que b) se configura por violación de deberes normativos de conducta de los congresistas, en su calidad de servidores públicos, en tanto y cuanto las causales erigidas por el constituyente para la sanción de desinvestidura están orientadas, estrictamente, a modelar el obrar que deben seguir los miembros del legislativo en su calidad de tal. Por ende, se trata de un juicio de responsabilidad subjetiva²⁰⁶⁶.

2. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO (MEDIO DE CONTROL DE CUMPLIMIENTO)

2338. Conforme a lo dispuesto en el artículo 87 C.N., la acción de cumplimiento es una acción de origen constitucional de carácter judicial, mediante la cual se pretende hacer efectivo el cumplimiento

de una ley o de un acto administrativo. Su invocación busca fundamentalmente obtener de la autoridad judicial una orden suficiente para que quien ejerce funciones públicas y se hubiere situado en posición de renuente (autoridad renuente) cumpla con sus obligaciones y deberes respecto de la ejecución de una ley o un acto administrativo²⁰⁶⁷.

2339. Por sus características, en cuanto mecanismo procesal de garantía de los derechos fundamentales, no solo brinda a las personas residentes en Colombia un medio adecuado para constreñir institucionalmente a las autoridades públicas al cumplimiento de sus competencias y atribuciones, sino que también establece el concepto de operación por vía de mandato judicial como instrumento de ejecución de la ley o del acto administrativo. Significa que el constituyente amplió de manera importante las posibilidades de acceso de las personas a los medios de coacción institucional en procura de garantizar sus derechos fundamentales, consolidando de esta manera nuestro Estado de derecho, al dotar para estos fines a las autoridades judiciales de precisos medios jurídicos, como el de la orden de cumplimiento o ejecución, que no es otra cosa que la impulsión necesaria a las operaciones que deben desarrollar las autoridades para darle cumplimiento a lo dispuesto en una norma jurídica de carácter legal o administrativo.

2340. De lo anterior, y principalmente de la lectura del artículo 87 C.N., se plantea para la adecuada comprensión jurídica de la institución resolver el problema de determinar cuándo una ley o un acto administrativo debe hacerse efectivo; esto es, identificar plenamente las hipótesis en las cuales una autoridad pública se encuentra en situación de renuencia. Como lo ha resaltado la Corte Constitucional, mediante esta acción no se busca otra cosa que “brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización del deber omitido”. Sobre ese presupuesto no resultaría lógico pretender el cumplimiento de cualquier ley o acto administrativo sino, como bien se deduce del texto constitucional, de aquellas leyes que contengan materia exigible, que determinen para las autoridades la necesidad de ejecutarla o, en tratándose de actos administrativos, no solo que contengan materia exigible, si son de carácter general, sino también que sean substancialmente decisorios, esto es, creen una situación jurídica concreta y específica, si son de carácter individual o subjetivo.

2341. Conforme a su redacción constitucional, la acción de cumplimiento se ha diseñado sobre la base de la denominada “teoría de la exigibilidad” o, más precisamente, de la conocida como teoría de la “norma exigible de cumplimiento”, y no sobre la concepción de la “exigibilidad abstracta del ordenamiento jurídico”, que implicaría colocar a las autoridades jurídicas en posición de órganos permanentes de control, involucrándolas peligrosamente en situaciones reprochables de coadministración, perjudiciales para la normalidad institucional.

2342. Del análisis articulado y sistemático del artículo 87 C.N., en concordancia con la Ley 393 del 29 de julio de 1997, que desarrolló la acción de cumplimiento, se puede concluir que son características fundamentales de esa institución garantizadora las siguientes: se trata de una acción de carácter constitucional que comparte naturaleza de acción pública popular con elementos propios de las acciones individuales o particulares de competencia de las autoridades judiciales, de interpretación y aplicación excepcional y restrictiva, intemporal, de trámite preferencial. En ese orden de ideas el artículo 146 de la Ley 1437 de 2011 recoge ese mismo medio de control bajo la denominación de “cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos” que reitera su *ratio*, esto es, el poder de exigibilidad y traducción de efectividad del ordenamiento jurídico a la realidad social, previa constitución de renuencia, esto es, el requerimiento a la autoridad de dar cumplimiento a la preceptiva jurídica del caso.

3. ACCIÓN DE REPETICIÓN (MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN)

2343. La acción de repetición establecida en el inciso 2.º del artículo 90 de la Carta Política de 1991 y en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 tiene como objeto que el Estado recupere o repita contra los servidores (o ex-servidores) públicos, o contra los particulares que cumplan o ejerzan funciones públicas, por las sumas que en moneda de curso legal haya tenido que pagar como consecuencia de las condenas impuestas con ocasión de una sentencia, Auto de aprobación de conciliación, o de cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos. Se trata, pues, de un instrumento consagrado para determinar la responsabilidad que se desprenda de las actuaciones realizadas por personas naturales ligadas o vinculadas al Estado, para proteger el patrimonio público y para estimular el ejercicio legal, transparente y correcto de la función pública, procurando que no se produzca una actuación dolosa o gravemente culposa que esté en contradicción con las normas constitucionales y legales, y los principios de la administración y la función pública²⁰⁶⁸.

2344. La repetición como acción ha tenido aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano: en un primer momento se consagró en los artículos 194 y siguientes del Decreto ley 150 de 1976 la responsabilidad de los “empleados públicos y trabajadores oficiales” cuando desplegaban la actividad contractual. Dicha norma se aproximó a una construcción de carácter civil de la responsabilidad de los agentes estatales, lo que derivó en la adopción de los criterios de dolo y culpa grave para determinar si la actuación o comportamiento de los mismos representaba valorar si cabía fundamentar la responsabilidad que les era endilgable.

2345. Dicha regulación tuvo continuidad, en el ámbito del ejercicio de la actividad contractual por los agentes estatales, en el artículo 290 del Decreto ley 222 de 1983, extendiéndose el juicio de responsabilidad, incluso, a aquellos sujetos que no tenían la calidad de “empleados oficiales”, y se especificaba que cabía afirmarlo por los perjuicios causados a los contratistas o a terceros, al celebrar contratos sin observar las exigencias legales. Se agregó, también, que la repetición procedía cuando la administración pública hubiera pagado alguna suma de dinero imputable al agente (ex-agente) estatal²⁰⁶⁹.

2346. En un tercer momento, y con la expedición del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo vigente), la responsabilidad de los funcionarios se reguló *in extenso*, es decir, sin limitarse al ámbito contractual, de tal manera que en toda actividad administrativa ejercida por un agente estatal la administración pública tiene la posibilidad de repetir contra aquel, teniendo como sustento lo consagrado en los artículos 77 y 78^[2070], siempre que del juicio subjetivo se logre demostrar que el agente obró con dolo o culpa grave²⁰⁷¹.

2347. Después de lo consagrado en el Código Contencioso Administrativo, se reguló en el artículo 235 del Decreto ley 1222 de 1986 la obligación de los departamentos de repetir contra sus agentes, cuando se pagaran indemnizaciones como resultado de “elecciones, nombramientos o remociones ilegales de funcionarios”. Así mismo, en el artículo 102 del Decreto 1333 de 1986 se hizo radicar similar obligación en cabeza de los municipios.

2348. Pero fue con ocasión del artículo 54 de la Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal, que se vino a hablar expresamente de la acción de repetición, pero sin determinar un mecanismo procesal diferente a la acción de reparación²⁰⁷², de ahí que se aplicara como herramienta el llamamiento en garantía, o incluso la denuncia de pleito, para poder determinar la carga de responsabilidad del agente estatal con ocasión del daño antijurídico ocasionado, siempre que hubiera obrado con dolo o culpa grave²⁰⁷³.

2349. En cuanto a los agentes estatales vinculados con la administración de justicia, la Ley 270 de 1996 en sus artículos 71 y 72 estableció la responsabilidad de los mismos cuando el Estado hubiera sido condenado a la reparación del daño antijurídico ocasionado a un particular, como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa.

2350. El anterior proceso de consagración de la repetición como instrumento procesal culminó con la expedición de la Ley 678 de 2001 que desarrolló y concretó el mandato constitucional del inciso 2.º del artículo 90 de la Constitución²⁰⁷⁴. En la norma se consagra la acción de repetición, sus elementos sustantivos y procesales. En ese sentido, la norma de 2001 consideró la repetición como una acción de carácter civil, de manera que tiene un objeto limitado a lo patrimonial, sin perjuicio de adscribirle un rol más profundo y sustancial tratándose de eventos en los que el Estado ha visto comprometida su responsabilidad por violación grave a los Derechos Humanos y/o el Derecho Internacional Humanitario, donde se le ha comprendido como figura que coadyuva a la reparación integral²⁰⁷⁵.

2351. Así mismo, se exigen como requisitos de procedibilidad la existencia de previa condena judicial contra el Estado y la prueba del pago de la indemnización²⁰⁷⁶, de tal manera que no puede comprenderse dicha acción como accesorio o residual a la de reparación, sino como autónoma o independiente²⁰⁷⁷, y que debe surtir su trámite ante la jurisdicción contencioso administrativa²⁰⁷⁸. Lo anterior sin perjuicio de la facultad legal de adelantar, dentro del respectivo proceso contencioso donde sea demandado el Estado, el llamamiento en garantía con fines de repetición contra el (ex) servidor público, según el inciso 2.º del artículo 2.º y el artículo 19 de la Ley 678 de 2001.

2352. De la misma manera, en sus artículos 5.º y 6.º esta ley reconoció causales de presunción de conductas dolosa y gravemente culposa a partir de las cuales la administración puede apoyar su pretensión de repetición contra su (ex) servidor. De ahí, entonces, que la jurisprudencia del Consejo de Estado haya advertido, con acierto, que, honrando las garantías del debido proceso, la aplicación de estas presunciones solo puede tener lugar respecto de aquellas conductas acaecidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 678 del 3 de agosto de 2001, al advertir que constituyen preceptos de índole sustancial, que no meramente adjetivos²⁰⁷⁹.

2353. En la redacción del artículo 142^[2080] de la Ley 1437 de 2011 cabe destacar como características de la acción de repetición que: i) procede siempre que el Estado, en cabeza de cualquiera de sus entidades, haya tenido la obligación de indemnizar con ocasión de una condena, aprobación de conciliación o toda otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos; ii) dicha obligación de indemnizar haya derivado de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex-servidor público, o de un particular en ejercicio de funciones públicas, concepto que incluye a las personas jurídicas²⁰⁸¹; iii) puede intentarse como pretensión la repetición por vía del llamamiento en garantía dentro del procedimiento que curse en ejercicio de la acción de reparación directa; iv) como requisito de procedibilidad de la acción se exige la certificación del pagador, tesorero o servidor público que cumpla similares funciones, en la que conste el pago de la indemnización a la que se vio obligado el Estado.

2354. Ha sido conforme a ese marco normativo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los elementos de i) acreditación de la calidad de agente del Estado, ii) la existencia de una condena judicial, una conciliación, transacción o cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado y iii) el pago²⁰⁸², son elementos objetivos, al tiempo que iv) la cualificación de la conducta del agente como dolosa o gravemente culposa, refiere a un elemento de estricta valoración sustancial y/o material, donde cabe escrutar la acción desplegada por el enjuiciado, su relevancia o entidad jurídica y la constatación sobre si ese

proceder se subsume dentro de las nociones de culpa grave o dolo²⁰⁸³ o las presunciones establecidas en la ley.

4. EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

2355. El control inmediato de legalidad constituye un mecanismo de revisión automático e integral de los actos de la administración ligados a los estados de excepción que, por lo mismo, no exige demanda de parte para su activación, toda vez que desde la Ley 137 de 1994 y el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011^[2084], lo dota de esa peculiar connotación. Conforme a lo dispuesto en la actual normativa procesal se tienen los siguientes rasgos característicos: i) opera sobre las medidas de carácter general dictadas en ejercicio de función administrativa en desarrollo de decretos legislativos durante estados de excepción; ii) el conocimiento de esos asuntos se determina por razón de la autoridad que expidió la medida, así: a) Tribunales administrativos cuando se trate de actos dictados por autoridades departamentales o municipales, a tenor del numeral 14 del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, y b) Consejo de Estado, tratándose de autoridades nacionales; iii) las autoridades deben remitir dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el acto al juez competente y, en caso de no ser así, el juez aprehenderá de oficio su conocimiento.

2356. La revisión del juez administrativo versa, en esencia, sobre aspectos formales (competencia de la autoridad y la observancia de las formas para la expedición del acto) y sustanciales o de fondo (conexidad entre la parte motiva y resolutive del acto revisado y los motivos que condujeron a la declaratoria del estado de excepción y proporcionalidad de las medidas adoptadas), garantizando así una revisión integral del acto en orden a proteger la juridicidad del ordenamiento en circunstancias de estado de excepción.

2357. Previo a esta norma, al regular los estados de excepción la Ley 137 de 1994 consagró en su artículo 20 ese tipo de control inmediato de legalidad²⁰⁸⁵. Siguiendo la jurisprudencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dicho control operaba en los siguientes términos:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción, las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. En el presente caso las Resoluciones Nos. 01035 y 01036 del 19 de marzo de 2010, objeto de control inmediato de legalidad, fueron proferidas por el Ministerio de la Protección Social, autoridad del orden nacional, y por lo tanto, la competencia para conocer del asunto, según la norma en cita es el Consejo de Estado, en concordancia con lo previsto en los artículos 37, numeral 2, de la Ley 270 de 1996, y 97, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo²⁰⁸⁶.

2358. En cuanto al alcance y a las características de dicho control la misma jurisprudencia argumenta:

La Constitución Política al ocuparse de los Estados de Excepción dispuso una serie de controles de orden político y jurídico, a los cuales deben someterse desde la decisión mediante la cual se produce la declaratoria del Estado de Excepción, los decretos legislativos que dicte el Gobierno en uso de las facultades

constitucionalmente conferidas, hasta las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, actos estos últimos respecto de los cuales se ocupó el Legislador Estatutario al establecer en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 la figura del control oficioso e inmediato de legalidad sobre los mismos. La Corte Constitucional en sentencia C-179 de 1994, señaló que el control inmediato de legalidad de los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es una medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales. [...] El control es automático como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado con fundamento en el artículo 20 de la Ley 137, en cuyo tenor se dice que es “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma, el Gobierno debe remitirla a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Se trata de un control oficioso que no opera por vía de acción, es decir, no está sujeto a la presentación de una demanda contenciosa que demarque los límites para el juicio de la legalidad del acto, y por tanto es integral en relación con los decretos legislativos respectivos y el art. 215 de la CP. Es en este orden de ideas, un control automático que constituye garantía para los derechos de los ciudadanos y para el mantenimiento de la legalidad en abstracto frente a los poderes del ejecutivo durante los estados de excepción. La Sala Plena ha tenido oportunidad de referirse a los alcances del control automático de juridicidad practicado por el Consejo de Estado respecto de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional como desarrollo de los decretos legislativos que se dictan durante los estados de excepción. Ha señalado la jurisprudencia, como rasgos característicos del control inmediato de legalidad, entre otros, su carácter jurisdiccional, su integralidad, su autonomía, su inmediatez o automaticidad, su oficiosidad, el tránsito a cosa juzgada relativa, y “su compatibilidad y/o coexistencia con los cauces procesales ordinarios a través de los cuales resulta posible que cualquier ciudadano cuestione la legalidad de los actos administrativos”²⁰⁸⁷.

B. ACCIONES CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN A LOS INTERESES COLECTIVOS

1. LA ACCIÓN POPULAR (MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS)

[2359]. Conforme a lo dispuesto en el inciso 1.º artículo 88 C.N.²⁰⁸⁸, en concordancia con el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011²⁰⁸⁹, las denominadas acciones populares o, en la terminología de la nueva Ley el medio de control de ‘*protección de los derechos e intereses colectivos*’ están referidas al conjunto de pretensiones que por vía de acción cualquier persona en nombre de la comunidad, o institución y funcionario expresamente legitimado por la ley, puede intentar, directamente o a través de apoderado, ante las autoridades judiciales con el propósito de que se profiera una condena, o si es del caso decisión preventiva, protectora, indemnizatoria especial y restauradora de los derechos e intereses colectivos, violados o amenazados de violación por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares y que estén de alguna manera relacionados, entre otras cosas, con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros que puedan predicarse de la naturaleza de estos derechos e intereses. Bajo estas circunstancias la acción se torna especial, indesistible, pública, objetiva, directa, autónoma y principal, y excluye, salvo las situaciones excepcionales expuestas por la Corte Constitucional, la utilización de otros mecanismos procesales para estos propósitos. Esto es, la acción popular es la procedente, en principio, así existan otros mecanismos procesales para atender el conflicto expuesto por esta vía.

2360. Previene expresamente la Ley que se puede ejercer este medio de control inclusive cuando la vulneración provenga de actos administrativos y/o contratos estatales lo que, en principio, supone un reconocimiento y avance garantístico de la protección de los derechos e intereses colectivos respecto

de cualquier ámbito de la acción estatal, sin embargo, tal alcance se ve matizado con el condicionamiento de que trata el inciso segundo del artículo 144 de la Ley que priva al juez de la facultad de declarar la nulidad de uno u otro asunto, limitándose a adoptar cualquiera otra medida que considere necesaria para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos²⁰⁹⁰, será del caso adoptar, en el ámbito de discrecionalidad razonada que otorga la Ley y según las particularidades que plantee cada litigio, una medida idónea, necesaria y proporcional a la situación de amenaza o vulneración que padece el derecho o interés colectivo teniendo presente la proscripción de protección deficiente, por cuanto constituye una justa expectativa del actor popular y del colectivo que el juez adopte las disposiciones del caso para garantizar su efectividad y pleno goce.

2361. Sin perjuicio de esta barrera legal estimamos como forzoso admitir una excepción a ella y es cuando el juez advierta que el vicio en el que está imbuido el acto o contrato lo es de orden constitucional, caso en el cual, siguiendo en sana lógica la preceptiva del artículo 4.º superior, habrá de admitirse que el juez popular deviene empoderado de la facultad (constitucional, eso sí) para anular el acto o contrato, pues sabida es la intangibilidad de los principios, valores y reglas constitucionales para el legislador, de modo que los mismos no pueden verse limitados o cercenados por un dispositivo legal que, *prima facie*, lleve a afirmar conclusión de tal naturaleza.

2362. No obstante lo precario y difícil de un acercamiento conceptual al fenómeno de los derechos e intereses colectivos, es posible, operativamente y a partir de nuestros desarrollos jurídicos, sostener que son derechos colectivos aquellos de los cuales somos todos titulares sin distinción alguna y cuyo disfrute pleno y normal nos corresponde en aras del bienestar, la salubridad, la convivencia, la calidad de vida, en fin, de los propósitos generales que nos involucran como miembros de la colectividad nacional. Son, en consecuencia, intereses de esta naturaleza aquellos que se relacionan con el provecho o beneficios a la colectividad, a la generalidad, al pueblo en sí mismo y no a un sujeto determinado, desbordando de esta manera la concepción eminentemente clásica de derecho subjetivo de corte individualista.

2363. Se trata por lo tanto de un fenómeno colectivo, ligado al concepto de lo público, que nos lleva, desde la perspectiva de la pertenencia, a entenderlo como propio de todos, de cada uno de los miembros de una colectividad, sin distinción alguna, por el solo hecho de estar en comunidad, reconduciéndose por lo tanto por los senderos de una especie de derecho subjetivo común, por lo tanto objeto de protección por vía de acción a iniciativa de cualquiera de sus múltiples titulares de manera directa y objetiva, pretendiendo siempre garantizar su disfrute por igual, frente a contingencias que los pongan en peligro, que los hagan inviables o los afecten en sus propósitos fundamentales.

2364. Son estas las razones que sirven de justificación para explicar la constitucionalización de esta figura adjetiva, como reconocimiento claro y expreso del constituyente de la preocupación, en el contexto de nuevas realidades o situaciones socioeconómicas, por dotar de garantía jurisdiccional un conjunto de posiciones jurídicas justiciables que trascienden a la individualidad, protegen intereses intersubjetivos relevantes, intangibles e inapropiables por sujeto individual alguno, que se sustentan en el principio de solidaridad, reconocen en cada sujeto una legitimación colectiva, propia de la interacción del individuo en sociedad, para acudir en su defensa altruista en beneficio de todos los miembros de la comunidad y cuya satisfacción redundante, de manera directa, en el pleno goce y ejercicio de los demás derechos.

2365. El legislador, previendo la dificultad doctrinal para la conceptualización de los derechos colectivos, problema que ha llevado a múltiples discusiones y metodologías para identificarlos, ha acudido a un método bastante *sui generis*, característicamente abierto, no taxativo, pero

indudablemente indicativo de lo que quiere entender por derechos e intereses colectivos; esto en cuanto que las hipótesis del inciso 1.º artículo 88 C.N. evidentemente no son taxativas, en la medida en que la misma norma defiere al legislador el señalamiento de otros derechos e intereses colectivos que considere deban ser protegidos por medio de este mecanismo procesal, siempre y cuando se entiendan como inherentes a la finalidad pública o colectiva.

2366. En este sentido en el artículo 4.º de la Ley 472 de 1998, al indicar algunas hipótesis de trascendencia para la vida en sociedad, que se consideran como derechos propios de este tipo de relacionamiento colectivo, se deja en claro en su inciso final que se pueden considerar derechos de esta clase muchos otros no definidos legalmente en cuanto desde una perspectiva material compartan elementos característicos de estos y se encuentren definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, incluso, que el contexto indicativo de supuestos contenidos en el artículo 4.º en comento deben ser analizados y entendidos siempre de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales suscritos y ratificados que vinculen a Colombia; esto, indudablemente, sin negar el alcance que la jurisprudencia ha adquirido cada una de estas hipótesis, a través de los trabajos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

2367. Bajo este contexto entendemos entonces que legalmente, y de manera simplemente indicativa, son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con las siguientes materias:

– Medio ambiente: referido al goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; así mismo, a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. También, en lo que hace a la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como a los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.

– Moralidad administrativa: se incluye bajo este concepto todo lo relativo al debido manejo y al cuidado supremo que debe reinar en los asuntos públicos, tales como contratación, presupuesto, inhabilidades, incompatibilidades, restricciones legales, prohibiciones, etc., razón por la cual cualquier aproximación a este concepto debe ser abordado desde el principio de legalidad, en términos sustantivos, que gobierna las actuaciones del Estado, el primado del interés general, la eficacia de la gestión administrativa y el recto manejo de la función pública conforme a los principios del artículo 209 constitucional²⁰⁹¹. Se trata, entonces, de un concepto que debe ser construido por el Juez Administrativo a partir de bases eminentemente objetivas con apoyo en las razones que suministran los valores, principios y reglas del derecho vigente, lo que excluye, de suyo, cualquier apreciación subjetiva, individual o personal de lo que constituye “moralidad” en cuanto a la función estatal.

– Urbanismo: comprende el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; así mismo, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes. Estos derechos e intereses colectivos deben de todas maneras entenderse acordes con los presupuestos del Estado social de derecho, y de ninguna forma como meras exigencias formales ajenas a las responsabilidades propias de la vida en comunidad y la solidaridad de los asociados, sobre todo en sociedades en conflicto como la nuestra. El urbanismo y el goce al espacio público no son problemas estéticos de la sociedad, sino por el contrario responsabilidades materiales tanto de autoridades como de los asociados.

– Defensa del patrimonio público: se retoma bajo este rubro el tema ya histórico de los bienes y demás pertenencias públicas, su debida utilización y cuidado; incluye la defensa del patrimonio cultural de la Nación.

– Seguridad y salubridad: se refiere a la seguridad y salubridad públicas; así mismo, a la prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como a la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; en sentido similar, al derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

– Servicios públicos: este tema incluye el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; así mismo, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. Podríamos ubicar también bajo este título los derechos de los consumidores y usuarios.

– Libre competencia económica, en todos aquellos aspectos que se refieran o tengan algún tipo de incidencia en la ciudadanía y la comunidad, y no en lo relativo a las relaciones meramente subjetivas de una empresa con otras.

C. ACCIONES CONSTITUCIONALES SUBJETIVAS

1. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

2368. En su incorporación al derecho constitucional, el constituyente de 1991 definió la naturaleza y estableció determinadas características para la acción de tutela, las cuales eventualmente la sitúan en una posición excepcional frente a otros mecanismos jurídicos, si tenemos en cuenta, tal y como lo ha definido la Corte Constitucional, que la subsidiariedad, rapidez, inmediatez y efectividad son los elementos distintivos de esta novedosa institución. Este instrumento constituye un mecanismo sencillo, rápido de protección judicial, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contra actos violatorios de derechos fundamentales. No obstante, del estudio detenido del artículo 86 C.N. podemos concluir que estos elementos no son los únicos peculiares de la acción de tutela; hay otros que igualmente inciden en su alcance y aplicación; son estos los siguientes:

i) *Acción constitucional*. La entendemos como acción, no solo en razón de la definición constitucional del artículo 86, sino también porque del contexto de la norma se desprende su naturaleza y su carácter de motor impulsor individual de pretensiones ante una autoridad judicial. Es decir, entraña la posibilidad (capacidad) de toda persona (natural o jurídica) de solicitar del Estado la defensa de sus derechos constitucionales fundamentales, a través de la intervención judicial. En este sentido la podemos identificar como una verdadera acción de origen constitucional a través de la cual se puede pretender (pretensión) la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

ii) *Carácter individual o subjetivo*. Es de carácter individual porque a través de ella solo se puede invocar la protección de derechos subjetivos personales y no colectivos (excepto en el caso de una de las modalidades de tutela contra particulares). La tutela por regla general procede cuando con la violación del derecho constitucional fundamental se atenta contra una persona natural o jurídica. A diferencia de otras acciones que se intentan en protección del orden constitucional o legal o de una comunidad específica, la de tutela, por regla general y salvo la excepción antes anotada, procura la protección y restablecimiento de situaciones jurídicas individuales amparadas o reconocidas en disposición constitucional. La Corte Constitucional, sin embargo y de forma excepcional, la ha

utilizado para la protección de derechos subjetivos sociales como el ambiente, cuando se encuentran involucrados de manera obvia y ostensible derechos fundamentales perfectamente individualizados.

iii) *Carácter judicial*. El elemento judicial de la tutela se desprende sin mayores dificultades del texto mismo del artículo 86 C.N., que le encomienda el conocimiento y decisión de la misma a las autoridades judiciales. Son los jueces de la República las únicas personas habilitadas para resolver este tipo de asuntos. El Decreto 2591 de 1991 lo ordena en este sentido. En diferentes disposiciones regula los mecanismos y procedimientos a través de los cuales cualquier juez de la República puede proferir sus decisiones respecto de la protección a los derechos fundamentales de las personas, sin importar la especialidad ni la jurisdicción a la cual se encuentre asignado. Se pretende a través de este mecanismo no solo lograr la inmediatez de la decisión judicial ante el caso concreto, sino también reiterar el principio según el cual los derechos fundamentales carecen por completo de especialidad.

iv) *Carácter intemporal*. La acción de tutela es intemporal en la medida que no tiene limitaciones en el tiempo para su ejercicio. La pretensión de protección a los derechos fundamentales puede ser interpretada judicialmente a través de la acción de tutela en todo momento, en cualquier día y hora (arts. 86 C.N. y 1.º Dcto. 2591 de 1991), incluso bajo los estados de excepción (art. 1.º Dcto. 2591 de 1991). Constituye este postulado principio rector importante de la figura que nos ocupa, sin normas exceptivas a nivel constitucional. No obstante la claridad del asunto, en el Decreto Reglamentario 2591 de 1991 se establecían algunas excepciones, que por su no consagración constitucional fueron declaradas inexecutable. Tal era el caso del artículo 11, que instituyó la caducidad para la tutela contra sentencias o providencias judiciales que ponen fin a un proceso, frente a las cuales solo se puede accionar por este medio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su ejecutoria; los defensores de esta limitación encontraron sus razones no solo en el principio de cosa juzgada que orienta la actividad jurisdiccional del Estado, sino también en el de la certeza jurídica que el Estado de derecho debe brindar a sus asociados, resolviendo de manera definitiva las controversias y litigios que surjan sin importar su naturaleza o clase²⁰⁹².

v) *Carácter excepcional*. La tutela es una acción excepcional en la medida en que solo procede frente a situaciones perfectamente autorizadas por la Constitución y la ley. No constituye regla general protectora de los derechos fundamentales ciudadanos. Todo lo contrario, está sujeta a precisas reglas de interpretación restrictiva que la tornan en un mecanismo de excepción. Precisamente, en cuanto hace al punto de la procedibilidad de la acción de tutela cuando se acusa a una providencia judicial como violatoria de derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha superado la noción de *vía de hecho* dando paso a la estructuración de sub-reglas concretas a partir de las cuales orienta el estudio de procedibilidad del amparo constitucional²⁰⁹³.

Así, en un primer estadio, la Corte Constitucional ha aglutinado, como requisitos genéricos de procedibilidad, una serie de criterios todos ellos dirigidos a precisar si hay lugar a estudiar el fondo del asunto planteado. Su naturaleza es, principalmente, formal por cuanto pretenden garantizar la vigencia de la acción de tutela como instrumento subsidiario y no sustitutivo o de reemplazo de las vías judiciales ordinarias previstas en el ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, esas pautas refieren a (i) la relevancia constitucional del asunto, (ii) el agotamiento previo de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, (iii) la inmediatez en la proposición de la tutela, (iv) la incidencia directa de la irregularidad procesal en la violación de derechos fundamentales, si de ello se trata, (v) la exposición razonada, por parte del accionante, de los yerros judiciales constitutivos de la violación de los derechos y la demostración de que estos fueron alegados en la actuación judicial, de haber sido posible y (vi) que la decisión que se cuestiona no sea un fallo de tutela. Sólo cuando se han reunidos

favorablemente los anteriores aspectos, hay lugar a abordar los requisitos específicos o lo que es lo mismo, averiguar si, de fondo, la autoridad judicial incurrió en una violación de derechos fundamentales.

Para tal efecto, la jurisprudencia ha elaborado una serie de *defectos* cada uno de los cuales abriría paso próspero al amparo suplicado: (i) *Defecto orgánico*. El cual se estructura cuando se averigua la carencia absoluta de competencia del funcionario que expidió la decisión atacada, lo que supone un desconocimiento a la garantía constitucional del juez natural; el defecto es *orgánico-funcional* cuando la autoridad ha extralimitado las facultades que le ha otorgado el ordenamiento, mientras que lo será *orgánico-temporal* si el vicio ha tenido su génesis en el hecho de haber ejercido el juez atribuciones fuera del término previsto en la Ley²⁰⁹⁴; (ii) *Defecto procedimental*²⁰⁹⁵. Que enfoca su atención en el decurso de las actuaciones surtidas en el proceso judicial, de donde se sabe, entonces, que habrá vicio *procedimental absoluto* cuando se ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido por la Ley, cuestión que dice relación ya con la transgresión a la garantía constitucional de ser juzgado con observancia de las formas propias de cada juicio; de otra parte se estará ante un defecto *procedimental por exceso ritual manifiesto* cuando la autoridad concibe las normas procesales como un obstáculo para el acceso material y efectivo a la administración de justicia, comprende las formas procesales como fines en sí mismo lo que implica, según las circunstancias, una renuncia consciente a la verdad objetiva en el proceso²⁰⁹⁶; de suerte que lo que fustiga este último enfoque es la abierta violación al principio de instrumentalidad de las formas reconocido en el artículo 228 constitucional; (iii) *Defecto fáctico*. Desde el cual se censuran las cuestiones probatorias del juicio y la valoración que de estas hace el juzgador, de ahí que se abra pasado este defecto cuando el juez omite el decreto de pruebas necesarias en el proceso; la apreciación probatoria es caprichosa o arbitraria, no se hizo una valoración integral de la masa probatoria o cuando se ha fundado la decisión en prueba no apta para ello²⁰⁹⁷; (iv) *Defecto material o sustantivo*²⁰⁹⁸. Vicio que contrae su atención a la construcción motivada de las decisiones judiciales. Toda autoridad debe dictar sus resoluciones en derecho lo que significa ajustarlas a los mandatos legales y consultar, en ese desarrollo interpretativo y aplicativo, los principios constitucionales que gobiernan el ejercicio de la judicatura. De ahí que se sepa que este defecto puede ocurrir bien sea por a) decidirse con apoyo en norma que no se encuentra vigente, b) aplicarse una norma que, atendiendo la realidad del caso, resulta manifiestamente inaplicable por carecer de conexión con los presupuestos del asunto; c) de manera injustificada la autoridad ha desatendido un precedente judicial horizontal o vertical, d) carecer de motivación, o que esta sea insuficiente, para motivar la decisión, e) abstenerse de aplicar la excepción de inconstitucionales cuando exista una violación manifiesta a la Constitución y se haya solicitado por una de las partes del proceso, f) existir una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y su decisión, g) cuando se ha dejado de aplicar una norma jurídica exigible y h) cuando, en el escenario interpretativo, la autoridad judicial atribuye a una norma jurídica sentidos irrazonables, contraevidentes o desproporcionados, (v) *Error inducido*. Irregularidad que se configura cuando la autoridad judicial ha sido víctima de un engaño por parte de terceros y es en virtud de ese engaño que adoptó la decisión que afecta derechos fundamentales; en puridad, en este caso no se censura la motivación de la providencia ni de la decisión sino el hecho de haber sido el juez objeto de actuación engañosa con incidencia determinante en las resultas del juicio y la violación de los derechos fundamentales²⁰⁹⁹; (vi) *Violación directa de la Constitución*. Causal que se configura cuando la decisión cuestionada desconoce la Carta Política y ello puede ocurrir ora por dejarse de aplicar una disposición iusfundamental en el caso concreto o por aplicarse una ley al margen de lo dispuesto en la Constitución²¹⁰⁰; finalmente también

se reconocen como causal de la carencia absoluta de motivación y el desconocimiento del precedente judicial, sin embargo, su autonomía no es del todo clara toda vez que en ocasiones la jurisprudencia constitucional ha subsumido estos dos eventos dentro del defecto material o sustantivo²¹⁰¹.

vi) *Carácter inmediato*. La tutela busca el restablecimiento de la normalidad de los derechos fundamentales en peligro de ser violados o desconocidos o cuando se está ante su violación o desconocimiento, luego cesadas estas hipótesis negativas no sería procedente el mecanismo constitucional. Este restablecimiento, una vez confrontadas las violaciones o desconocimientos, debe ser inmediato. Los ciudadanos no están llamados a permanecer en la indefinición jurídica de los derechos constitucionalmente reconocidos. El papel de la tutela es garantizar las normas constitucionales que establezcan derechos allí donde fueron alterados o amenazados. La mejor manera de lograr este cometido es a través de fallos que se apliquen de manera concreta *ipso facto*, dejando, no obstante, el camino abierto para las impugnaciones ante los superiores competentes, pero con efectos devolutivos, no suspensivos.

vii) *Carácter de espacio pleno*. La tutela puede ser interpuesta en cualquier parte del territorio nacional, frente a situaciones acaecidas en cada una de ellas y frente a autoridades judiciales con competencia en dichas circunscripciones territoriales.

2. LA ACCIÓN DE GRUPO (MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO)

2369. Conforme a lo dispuesto en los artículos 88 inciso 2.º y 89 C.N., desarrollados por la Ley 472 de 1998 y el artículo 145 de la Ley 1437 de 2011^[2102], y en contraposición a las acciones populares, las acciones de grupo, de clase o medio de control de “Reparación de los perjuicios causados a un grupo” constituyen el conjunto de pretensiones que por vía de acción impetra, a través de apoderado y en un solo escrito de demanda ante las autoridades judiciales, un número plural de personas determinado por la ley, unidas bajo el común denominador, o condición uniforme, de ser simple y llanamente todas ellas afectadas por daño o daños comunes o colectivos. Acción que se intenta en conjunto con el exclusivo propósito de que se profiera una condena indemnizatoria con ocasión de los daños o perjuicios de que fue objeto el colectivo²¹⁰³, en los derechos e intereses individuales y subjetivos de sus miembros, a partir de la acción u omisión de autoridades o particulares, independientemente de la posibilidad de reclamar los mismos a través de acciones individuales.

2370. Particular referencia merece el que el inciso 2.º del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011 reconozca dentro del ámbito normativo del medio de control en comento el que se pueda accionar contra actos administrativos, bien sea particulares o generales²¹⁰⁴, ampliando de esa manera el espectro de circunstancias fácticas sobre las que recae este mecanismo procesal, para lo cual fija allí la exigencia connatural de que el acto deba suponer una afectación a veinte o más personas individualmente determinadas, caso en el cual puede solicitarse la nulidad de esa decisión cuando sea necesaria para determinar la responsabilidad del Estado.

2371. Bajo esas circunstancias, la acción se torna especial, desistible, subjetiva, directa, sujeta a caducidad, que no atiende intereses o derechos colectivos, sino que, por el contrario, se funda en intereses exclusivamente personales relacionados con los derechos constitucionales o legales de cada uno de los interesados, vulnerados colectivamente por la acción u omisión común, y que originan reclamación conjunta a través de una misma demanda, por razones de economía, prontitud y eficacia, y en consonancia con la vida de relación de las sociedades modernas e industrializadas que reclaman

tratamientos comunes para problemas colectivos. Adicionalmente, la acción se regula en materias complementarias por el Código de Procedimiento Civil o el Código General del Proceso, no obstante que las normas de la Ley 472 de 1998 que la regulan sirven además para tramitar algunas acciones especiales de grupo establecidas por el legislador. De hecho, conviene precisar la especialidad de la Ley 472 de 1998 por sobre los preceptos de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual, en principio, esta última legislación solo constituye una modificación a la pretensión de reparación de los perjuicios causados a un grupo en aspectos apenas expuestos y puntuales (como, entre otros, su pretensión o definición conceptual, el término de caducidad y la competencia funcional) debiendo observarse, en lo demás, las formas y reglas prescritas en la Ley 472 de 1998 al ser normativa especial.

2372. En la realidad de las cosas, la acción de clase parte del supuesto de la ocurrencia de daños individuales, pero acaecidos bajo circunstancias de modo, tiempo y lugar comunes a muchas personas, y en el caso de Colombia a un grupo, a las cuales, por esta circunstancia de ser afectadas colectivamente en sus derechos, se les debe brindar, a la luz de nuestro ordenamiento constitucional, garantías suficientes y adecuadas para obtener las indemnizaciones que correspondan, en claro desarrollo del principio constitucional de solidaridad que identifica la esencia de nuestro Estado social de derecho. En consecuencia, la acción de grupo corresponde a una nueva visión del derecho y de sus instrumentos procesales, que abandona las viejas bases individualistas, para ver a las personas como miembros activos y determinantes de la comunidad, por lo tanto objeto de tratamientos comunes.

2373. Es en esa línea de pensamiento en la que se inscribe el medio de control en comento, al pretender brindar protección judicial, por vía de una acción colectiva, a los derechos o intereses individuales de carácter homogéneo, lo que hace, entonces, que la estructura conceptual y procesal de ese mecanismo deba responder a cuestiones tales como la legitimación activa colectiva para incoar y representar a la totalidad del grupo afectado y, así mismo, los efectos ultra partes de los que está revestido el fallo que dicte el juez, en orden a cumplir el cometido encomendado por el constituyente.

VI. EL CONTROL CAUTELAR EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

[2374]. Los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia²¹⁰⁵⁻²¹⁰⁶; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda “la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”²¹⁰⁷.

[2375]. El anterior aserto se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contencioso administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración. En otras palabras, al decir de Schmidt-Assmann, con la tutela cautelar “se pretende evitar “hechos consumados” y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque solo sea de forma provisional²¹⁰⁸.

[2376]. Avanzando en la tipología desarrollada por el Código, se diferencia entre medidas cautelares *preventivas*, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *conservativas* que buscan mantener o salvaguardar un *statu quo ante*; *anticipativas*, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de *suspensión* que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

[2377]. Es preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “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” y, por último, “impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

2378. Finalmente, vale precisar

... el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código con las que se procura la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde –dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado– se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusive, de manera previa a la notificación del Auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código) [...] lo que constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo, dejando de ser la medida accesoria o subordinada al proceso contencioso administrativo principal.

2379. En cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que cuenta con un espacio de discrecionalidad para adoptarla así como para modular sus efectos en el caso concreto. En ese contexto, debe el juez tener en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, se desprende, además de las exigencias constitucionales y convencionales, de la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela que “el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, *mediante un juicio de ponderación de intereses*, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (art. 231 de la Ley 1437 de 2011) (cursiva fuera de texto).

2380. Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo con la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, por lo que es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares el juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*²¹⁰⁹, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios

integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad²¹¹⁰.

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

*Organización territorial y administrativa en los diferentes niveles para efectos de la acción administrativa**

INTRODUCCIÓN

2381. Colombia de conformidad con el artículo 1.º constitucional es un Estado organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, pero también con importantes grados de desconcentración según lo define el artículo 209 de la misma codificación. Bajo este modelo en el artículo 113 constitucional se adoptó desde el punto de vista organizativo, una especial división de poderes según la cual el poder público se ejerce por tres ramas, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, pero dejando las puertas abiertas para que otros órganos autónomos e independientes, también cumplan especiales funciones públicas, las cuales esencialmente, conforme a los desarrollos del sistema son de estricto carácter administrativo. Esto es, que analizando objetivamente el modelo, se observa que este Estado unitario, dispone de funciones legislativas, judiciales y administrativas a través del poder ejecutivo y de los órganos autónomos e independientes. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

2382. Ahora bien, desde la perspectiva del poder ejecutivo del Estado, que es el que llama la atención para efectos de nuestro estudio, el régimen jurídico constitucional y legal ha determinado, en la práctica, que es el único de los poderes que funciona de manera descentralizada a través de la existencia de entidades territoriales, es decir el nivel territorial o descentralizado territorial a que se refiere el artículo 1.º constitucional, y de entidades descentralizadas por servicios, conservando en todo caso un nivel central de la administración importante para efectos de la articulación de todo el sistema.

2383. Tratándose de las entidades territoriales, según lo definido por el artículo 286 constitucional, estamos frente a organismos de Derecho público con capacidad suficiente dentro de los términos de la Constitución y la Ley para ser depositario de competencias y funciones que deben ser desarrolladas con el grado de autonomía que la misma norma fundamental y el legislador le otorguen, en un ámbito territorial predefinido. La entidad territorial debe ser necesariamente autónoma. En este sentido la mencionada disposición Constitución se interrelaciona indubitablemente con lo dispuesto en el artículo 1.º Constitucional que establece como principio fundamental de la organización del Estado el de la autonomía de las entidades de esta naturaleza.

2384. Así mismo, como conclusión lógica, tratándose de entidades autónomas, gozan de los derechos y prerrogativas que la Constitución le reconoce a todas las entidades territoriales de la República en el artículo 287 constitucional y demás disposiciones concordantes. Siendo entonces en Derecho colombiano el concepto “Entidad territorial”, un término complejo ligado a los fenómenos de capacidad de acción, y de autonomía, implica necesariamente el de ser poseedor de instrumentos legales para su actuación en el mundo jurídico como es la personalidad jurídica. Dentro de este contexto, es decir, el de la Entidad territorial como un órgano capacitado, autónomo y facultado de acción y representación, identificamos a los departamentos, municipios, distritos, regiones, territorios indígenas y las provincias. En la realidad actual de estas entidades tan solo tienen existencia funcional las tres primeras. Las demás están pendientes de los correspondientes desarrollos legales.

2385. La Ley 489 de 1998^[2111], fue promulgada con el fin de reglamentar los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991^[2112], tiene por objeto regular el ejercicio de la función administrativa, determinar la estructura y fijar los principios y reglas básicas de la administración pública²¹¹³, y es aplicable a la Rama Ejecutiva del Poder Público, a la administración pública y a los servidores públicos y particulares que ejerzan funciones administrativas²¹¹⁴.

2386. Lay Ley 489 establece que la función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales de buena fe²¹¹⁵, igualdad²¹¹⁶, moralidad²¹¹⁷, celeridad²¹¹⁸, economía²¹¹⁹, imparcialidad, eficacia y eficiencia²¹²⁰, participación²¹²¹, publicidad²¹²², responsabilidad y transparencia²¹²³, y en virtud de los principios del debido proceso²¹²⁴ y coordinación²¹²⁵.

I. ORDEN TERRITORIAL NACIONAL

A. INTEGRACIÓN DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL

2387. El artículo 38 de la Ley 489 de 1998 establece que la Rama Ejecutiva del Poder Público se encuentra integrada, en el orden nacional, de la siguiente manera:

1. EL SECTOR CENTRAL

a. LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

2388. En relación con la figura de la Presidencia de la República la Ley 489 de 1998 establece en su artículo 56 que estará integrada por el conjunto de servicios auxiliares del Presidente de la República, y su régimen será el mismo de una Departamento Administrativo.

2389. En relación con la figura del Presidente de la República la ley establece que tiene a su cargo la suprema dirección, coordinación y control de los organismos y entidades administrativas²¹²⁶, al tenor de lo establecido en el artículo 189 de la Constitución Política²¹²⁷.

b. LA VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

2390. La misma Ley establece las funciones del Vicepresidente de la República, así dispone que “ejercerá las misiones o encargos especiales que le confíe el Presidente de la República²¹²⁸, conformidad con lo establecido en la Constitución política”²¹²⁹. Además, el mismo artículo dispone la Vicepresidencia estará “integrada por el conjunto de servicios auxiliares que señale el Presidente de la República”²¹³⁰.

c. LOS CONSEJOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN

2391. Pese a estar mencionados en la Ley 489 de 1998, el desarrollo de los Consejos Superiores de la Administración es mínimo, al establecer que se trata de organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, que funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine; en el acto de Constitución se debe indicar el ministerio o departamento administrativo al cual queden adscritos tales organismos.

2392. Por lo anterior han sido definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como

... órganos colegiados creados por el legislador, encargados de asesorar y contribuir en la definición de las políticas públicas asignadas a los distintos sectores administrativos de los cuales hacen parte; en esta medida coordinan y dirigen la acción gubernamental al más alto nivel y, en algunos casos, brindan asesoría al

Presidente de la República, a los Ministros, a los Directores de Departamento Administrativo o, en general al Gobierno Nacional, para la adopción de determinadas decisiones²¹³¹.

Por su parte, la Sala de Servicio Civil y de Consulta conceptuó que se trata de

... organismos que integran el sector central nacional, con los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica; y por formar parte de la estructura de la administración deben ser creados por la ley²¹³².

2393. Los Consejos Superiores de la Administración, consultivos y de primer nivel, actualmente son: a) la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores²¹³³, b) el Consejo Nacional de Planeación²¹³⁴, c) la Comisión de Ordenamiento Territorial²¹³⁵, d) el Consejo Nacional de Ministros²¹³⁶, e) el Consejo Nacional de Política Económica y Social²¹³⁷, f) el Consejo Superior de Comercio Exterior²¹³⁸, g) el Consejo Superior de Seguridad y Defensa Nacional²¹³⁹, h) el Consejo Nacional de Política y Seguridad Ciudadana²¹⁴⁰, i) el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, hoy Consejo asesor de Ciencia, Tecnología e Innovación²¹⁴¹, y j) el Consejo Nacional de Competitividad²¹⁴².

d. LOS MINISTERIOS Y DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS

2394. La Constitución y la ley se refieren a los ministerios y a los departamentos administrativos, y se encargan de establecer su régimen de creación, organización, objetivos y funcionamiento²¹⁴³, pese a lo cual no hay una definición de esas entidades. Así el artículo 150^[2144] de la Carta Política hace referencia a las funciones del Congreso, establece que una de ellas es la de determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios y departamentos administrativos, entre otros; el numeral 16 del artículo 189^[2145] le da al presidente de la República la facultad para modificar su estructura, y el artículo 206 dispone que el número, denominación y orden de precedencia de esas entidades está determinado por la ley²¹⁴⁶, la cual establece, tanto para los ministerios como para los departamentos administrativos, que son objetivos primordiales la formulación y adopción de políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirigen²¹⁴⁷.

2395. Al respecto, ni la ley ni la jurisprudencia se han encargado de establecer un concepto; sin embargo, tenemos que por definición, un ministerio es el “Departamento del Gobierno de un Estado, encabezado por un ministro, que tiene bajo su competencia un conjunto de asuntos determinado”²¹⁴⁸. Lo anterior está estrictamente relacionado con las funciones establecidas en la ley, pues es a partir de ellas se definen los ministerios como entidad administrativa; así en el artículo 59^[2149] de la tan mencionada ley se establecen de manera enunciativa las funciones que corresponden a los ministerios, íntimamente relacionadas con el cumplimiento de sus objetivos. En cuanto a los ministros²¹⁵⁰ y jefes de departamentos administrativos²¹⁵¹, en su artículo 208 la Constitución establece que son los jefes de la administración en sus respectivas dependencias, bajo la dirección del Presidente de la República, quienes tienen la función de formular las políticas de su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley, y son los voceros del gobierno ante el Congreso²¹⁵².

e. LAS SUPERINTENDENCIAS Y LAS UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES SIN PERSONERÍA JURÍDICA

2396. Las superintendencias sin personería jurídica²¹⁵³ hacen parte del sector central; establece la ley que son organismos creados por ley, con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia, y aquellas establecidas en la ley que las crea, o las que le sean delegadas por el Presidente de la República²¹⁵⁴.

2397. Por su parte las unidades administrativas especiales son organismos creados por ley, con la autonomía administrativa y financiera que les señale la ley de creación, sin personería jurídica, y que cumplen funciones administrativas tendientes a desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo²¹⁵⁵.

2. DEL SECTOR DESCENTRALIZADO POR SERVICIOS

2398. Hacen parte del sector descentralizado por servicios las entidades enumeradas por la ley, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; pese a su autonomía administrativa, como órganos del Estado están sujetas al control político y a la dirección del órgano de la administración al cual se encuentran adscritos²¹⁵⁶. Las entidades del sector descentralizado están sujetas al ordenamiento jurídico colombiano, y su régimen es el que establece la ley que las crea²¹⁵⁷.

2399. La creación de las entidades descentralizadas se realiza por ley, acuerdo u ordenanza, dependiendo de si se trata de entidades del orden nacional, departamental o municipal respectivamente, o con su autorización²¹⁵⁸.

a. LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

2400. La ley dispone que los establecimientos públicos²¹⁵⁹ son creados, principalmente, para atender funciones administrativas y prestar servicios públicos, de conformidad con las reglas del derecho público, y se encarga de darles las siguientes características²¹⁶⁰: a) personería jurídica²¹⁶¹, b) autonomía administrativa y financiera, y c) patrimonio independiente.

2401. Se encarga la ley de establecer que la autonomía administrativa y financiera se ejerce conforme a los actos que los rigen; y en el cumplimiento de sus funciones deben ceñirse a la norma que los creó y a sus estatutos internos²¹⁶². Dispone que no podrán desarrollar actividades o actos distintos a los establecidos en la ley de creación o sus estatutos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes a los allí decretados²¹⁶³. Cuentan con un consejo directivo²¹⁶⁴⁻²¹⁶⁵ (y un presidente, gerente o director²¹⁶⁶), que se integrará de conformidad con lo establecido en el acto de creación, y será presidido, salvo disposición legal, por el ministro o director de departamento administrativo²¹⁶⁷ a cuyo despacho se encuentre adscrita la entidad²¹⁶⁸; mientras que el gerente, director o presidente²¹⁶⁹, será designado por el Presidente de la República²¹⁷⁰, y tendrá la calidad de representante legal de la entidad²¹⁷¹.

2402. Los establecimientos públicos gozan de las mismas prerrogativas de la Nación²¹⁷². Los actos que celebren los establecimientos públicos tendrán la naturaleza de administrativos y se sujetarán a las normas del derecho administrativo, mientras que los contratos estarán sujetos a las normas del Estatuto Contractual –Ley 80 de 1993–, sin perjuicio de las normas especiales.

b. LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO

2403. Se trata de organismos²¹⁷³ que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, de conformidad con las reglas del derecho privado, salvo excepciones legales; la ley les otorga las siguientes características: a) personería jurídica²¹⁷⁴, b) autonomía administrativa y financiera²¹⁷⁵, y c) capital independiente²¹⁷⁶.

2404. Las empresas industriales y comerciales del Estado hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo disposición legal en contrario, razón por la cual gozan de los mismos privilegios y prerrogativas de las entidades territoriales, excepto cuando compitan con empresas privadas, pues no podrán ejercer esas prerrogativas y/o privilegios que puedan implicar una vulneración de los principios de igualdad y libre competencia²¹⁷⁷. Su dirección y administración está a cargo²¹⁷⁸ de una junta directiva²¹⁷⁹⁻²¹⁸⁰ y un gerente o presidente, quien será el representante legal de la entidad²¹⁸¹.

2405. Los actos y contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, y al estatuto de la contratación estatal, respectivamente²¹⁸². Además, podrán estas entidades asociarse entre sí o con entidades territoriales, las cuales se regirán por las reglas establecidas en el acto de creación y por el Código de Comercio, salvo excepciones legales²¹⁸³.

c. LAS SUPERINTENDENCIAS²¹⁸⁴ Y LAS UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES CON PERSONERÍA JURÍDICA²¹⁸⁵

2406. Se trata de entidades descentralizadas, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, y su régimen está sujeto al del acto de creación, y en lo no previsto por este, se aplicará el régimen de los establecimientos públicos²¹⁸⁶.

d. LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO Y LAS EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

2407. Las empresas sociales del Estado²¹⁸⁷ pueden ser creadas por la Nación o por las entidades territoriales, para la prestación directa de los servicios de salud; se trata de una nueva categoría, con una naturaleza y especificidades propias²¹⁸⁸, motivo por el cual están sujetas a las leyes 100 de 1993 y 344 de 1996, y en los aspectos no previstos en ellas, se sujetarán a la Ley 489 de 1998^[2189].

2408. Por su parte, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, y en general, las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de esos servicios²¹⁹⁰, se sujetarán a la Ley 142 de 1994, y en los aspectos no previstos por ella, a la Ley 489 de 1998.

e. LOS INSTITUTOS CIENTÍFICOS Y TECNOLÓGICOS

2409. El artículo 38 de la Ley 489 de 1998 nombra estos organismos, sin embargo no los define ni están mencionados en ninguna otra norma de esta ley; un sector de la doctrina ha manifestado que se trata de las personas jurídicas contempladas en el Decreto ley 393 de 1991^[2191] “por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías”, el cual en sus artículos 1.^o^[2192] y 9.^o^[2193] establece que las entidades

descentralizadas podrán asociarse con particulares y otras entidades públicas para llevar a cabo actividades científicas y tecnológicas, de investigación y creación de tecnologías.

f. LAS SOCIEDADES PÚBLICAS Y LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

2410. Se trata de entidades descentralizadas, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, sujetas a control político y a la dirección del órgano de la administración al cual están adscritas²¹⁹⁴.

2411. Las sociedades de economía mixta²¹⁹⁵ son organismos creados por ley, o con su autorización²¹⁹⁶, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, con aportes estatales y privados, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial, de acuerdo con las reglas del derecho privado. Se consideran empresas de economía mixta, con independencia del porcentaje de participación del Estado en los aportes sociales²¹⁹⁷; sin embargo, la ley establece, además, que cuando el Estado posea el 90%²¹⁹⁸ o más de su capital social, su régimen será el previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado²¹⁹⁹.

2412. En lo relativo a la participación del Estado²²⁰⁰ la ley señala que en el acto de constitución de la sociedad de economía mixta deben determinarse las condiciones para ello, si tienen carácter nacional, departamental, distrital o municipal, así como su vinculación a los organismos encargados del control al que se encuentran sujetas²²⁰¹. La representación de las acciones de capital público corresponde al ministro o al director del departamento administrativo a cuyo despacho se halle vinculada la sociedad²²⁰².

g. LAS DEMÁS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS NACIONALES CON PERSONERÍA JURÍDICA QUE CREE, ORGANICE O AUTORICE LA LEY PARA QUE FORMEN PARTE DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO

2413. Se establece una cláusula abierta para que el Congreso de la República pueda crear, organizar o autorizar entidades administrativas, que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público²²⁰³, de conformidad con las necesidades que se presenten en el país.

B. CREACIÓN, FUSIÓN Y SUPRESIÓN DE ORGANISMOS Y ENTIDADES

2414. *Creación.* Los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades administrativas nacionales, las crea la ley, por iniciativa del Gobierno²²⁰⁴. Por su parte, las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas también por la ley, o bien, con autorización de la misma; contrario a lo que sucede con las empresas de economía mixta, cuya creación se da mediante autorización legal²²⁰⁵.

2415. El acto de creación de las entidades administrativas debe contener: i) la determinación de sus objetivos y su estructura orgánica, ii) el soporte presupuestal, iii) la denominación, iv) la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, v) la sede, vi) la integración de su patrimonio, vii) el señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración, viii) la forma de designación de los titulares, ix) y la determinación²²⁰⁶ del ministerio o departamento administrativo al cual estarán adscritas o vinculadas²²⁰⁷.

2416. *Fusión*. El Presidente de la República²²⁰⁸ podrá disponer la fusión de las entidades y organismos de la administración²²⁰⁹, de conformidad con las facultades dadas en el artículo 189, numeral 15 de la Constitución Política, siempre que se presente al menos alguna de las siguientes situaciones²²¹⁰: i) Cuando la institución absorbente cuente con la capacidad jurídica, técnica y operativa para desarrollar los objetivos y las funciones de la fusionada, de acuerdo con las evaluaciones técnicas; ii) Cuando por razones de austeridad fiscal o de eficiencia administrativa sea necesario concentrar funciones complementarias en una sola entidad; iii) Cuando los costos para el cumplimiento de los objetivos y las funciones de la entidad absorbida, de acuerdo con las evaluaciones técnicas, no justifiquen su existencia; iv) Cuando exista duplicidad de funciones con otras entidades del orden nacional; v) Cuando por evaluaciones técnicas se establezca que los objetivos y las funciones de las respectivas entidades u organismos deben ser cumplidas por la entidad absorbente; vi) Cuando la fusión sea aconsejable como medida preventiva para evitar la liquidación de la entidad absorbida. Cuando se trate de entidades financieras públicas, se atenderán los principios establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero²²¹¹. Se establece también que la entidad absorbente cumplirá con el objeto de la entidad absorbida, además del que le es propio²²¹².

2417. *Supresión*. El Presidente de la República puede ordenar la supresión²²¹³, disolución y consecuente liquidación de entidades del orden nacional, siempre que: i) los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser; ii) los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacional o a las entidades del orden nacional; iii) las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad; iv) así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año; y/o v) exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades²²¹⁴.

II. ORDEN TERRITORIAL DEPARTAMENTAL

2418. Los departamentos hacen parte de las entidades territoriales, y de conformidad con el artículo 297 constitucional, el Congreso Nacional puede decretar la creación de nuevos departamentos con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, y el siguiente artículo aclara que tienen autonomía para la administración de sus asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio. Estos entes territoriales ejercen funciones administrativas, de coordinación, y de complementariedad de la administración municipal, actúan como intermediarios entre el orden nacional y el municipal, y prestan los servicios que determine la ley.

2419. De la anterior definición se pueden extraer las características del Departamento, pues bien, se trata de una entidad territorial, su régimen se encuentra en la Constitución y en la Ley, son creados por el Congreso Nacional, previa verificación de requisitos establecidos en la Ley de Ordenamiento Territorial; cuentan con autonomía administrativa, con funciones administrativas, de coordinación y de complementariedad de acción a la administración municipal, sirven de puente de comunicación entre esta y el orden nacional.

2420. Cada departamento cuenta con una entidad de orden político-administrativa, en los términos del artículo 299 de la Constitución Política, esto es la Asamblea Departamental, órgano de elección popular, integrada por “no menos de 11 miembros ni más de 31”, la cual goza de autonomía

administrativa y presupuesto. Su función principal es ejercer control político sobre la administración departamental; sus integrantes cumplirán periodos de 4 años, y están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades definido por la ley, con funciones determinadas en la Constitución y la ley²²¹⁵. De conformidad con la población, recursos económicos y naturales, y circunstancias sociales, culturales y ecológicas, la ley podrá establecer para uno o varios departamentos diferentes capacidades de gestión administrativa y fiscal.

2421. La cabeza del Departamento es el Gobernador, quien será en jefe de la administración seccional y el representante legal del Departamento²²¹⁶, su función²²¹⁷ principal es actuar como agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público, y la ejecución de la política económica general. Así como para los asuntos que, mediante convenios, la Nación acuerde con el Departamento. Cumplen periodos de 4 años, y es un cargo de elección popular; la norma constitucional aclara que no podrán ser elegidos para el periodo inmediatamente siguiente.

III. ORDEN TERRITORIAL MUNICIPAL

2422. El municipio es una división político-administrativa de un Estado, establecida con el fin de ejercer en un determinado territorio y sobre una población, funciones de gobierno local, dentro de los parámetros, limitaciones y autonomía, fijados constitucional o legalmente. En el caso colombiano no existe un concepto integral de municipio. La Constitución lo entiende como la “entidad fundamental (sobre este elemento volveremos más adelante al tratar el municipio como una entidad territorial) de la división política-administrativa del Estado”, prestataria de los servicios y obras que le encomiende la misma norma fundamental y la ley (art. 311 C.P.).

2423. Sin embargo, en algunas otras disposiciones encontramos elementos característicos que nos permiten diseñar operativamente una aproximación conceptual del fenómeno municipal. En este sentido tenemos que se le entiende como entidad territorial de la República (art. 286 C.P.); con personería jurídica (art. 4.º Dcto. 1333 de 1986); creado por norma administrativa departamental de carácter general (art. 300 num. 6 C.P.); que desarrollan las competencias y funciones asignadas por norma superior (arts. 311 C.P., y 11 del Dcto. 1333 del 86); en un territorio y para una población bajo la jurisdicción de un alcalde (art. 8.º Dcto. 1333 del 86); que tiene por finalidad, prestar los servicios, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, todo conforme a los parámetros y disposiciones constitucionales o legales (art. 311 C.P.).

2424. En el caso colombiano, observábamos al analizar el concepto de municipio, que no existe un criterio normativo único para su identificación y ubicación. Tanto el constituyente como el legislador, nos proporcionan una serie de elementos que unidos delimitan la idea de lo que podría ser la institución municipal. No obstante, se han incluido en el nuevo texto dos disposiciones constitucionales que definen perfectamente la naturaleza del municipio: son estos los artículos 286 y 311. Estas normas desde un punto de vista teórico-conceptual, al hablar de municipio, se refieren a una “entidad territorial fundamental”, de la organización política del Estado colombiano: es decir, además de las prerrogativas que le otorga el hecho de compartir el carácter de Entidad territorial, se le pretende destacar dentro del conglomerado de entidades, como la primera entre ellas. Esta situación no es más que el reconocimiento al antiguo postulado municipalista, que pretendía encontrar en la Institución el vínculo directo entre el Estado y los ciudadanos. El punto de encuentro primario, inmediato o más cercano entre la población y sus instituciones. El lugar inevitable de todo ser humano en todos los instantes de

su existencia. No existe persona que no habite un municipio y, por lo tanto, que dicho ente, como institucionalización inmediata del poder público, deba ofrecerle respuestas permanentes a sus necesidades como miembro de dicha comunidad.

2425. La identificación como entidad territorial fundamental, implica necesariamente la interrelación política permanente del hombre con el Estado en procura de resolver problemas básicos de manera solidaria y armoniosa. Sin embargo, por vía constitucional, este pensamiento tiene una clara limitante: la ley. Es esta la que viene, en últimas a medir el mayor o menos alcance autonómico de la Institución; la posibilidad de prestar los servicios públicos, ejercer las competencias, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, proponer la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, depende de los términos en que el legislador, es decir, el poder central del Estado, le imprima al municipio.

2426. El nuevo esquema municipal depende del legislador. Su mayor o menor grado de acción depende de las consideraciones del Estado central. Carece, salvo en aspectos de participación política, de instrumentos propios reconocidos constitucionalmente, como en el caso de los departamentos.

2427. Conforme la estructura constitucional del municipio. El cumplimiento de sus cometidos, la gestión adecuada de sus obligaciones públicas y la plena realización de su desarrollo, se logra mediante la integración de planes que reflejen las necesidades de servicios de la entidad, generen respuestas presupuestales y encuentren en sus autoridades, es decir, el concejo y el alcalde, voluntad política suficiente para alcanzarlas, dentro de los marcos que el legislador le establezca.

A. INTEGRACIÓN DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL

2428. La ley establece que la administración pública se encuentra integrada por todos los organismos y entidades que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público, y en general, por todos los organismos y entidades, que tengan naturaleza pública, siempre y cuando, tengan a cargo de manera permanente el ejercicio de actividades y funciones administrativas, o bien, la prestación de servicios públicos²²¹⁸.

2429. Se establece también que la Presidencia de la República y los Departamentos Administrativos del orden nacional son los organismos principales de la Administración. Destaca, a su vez, que los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias constituyen el sector central²²¹⁹; mientras que los organismos y entidades adscritos o vinculados a estos conforman el sector central, siempre que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente, y cumplan con sus funciones en los términos señalados en la ley²²²⁰.

2430. Y en lo relacionado con el sector territorial, se establece que son las Gobernaciones, Alcaldías, Secretarías de despacho y los Departamentos Administrativos, los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Todos los demás, que se encuentren adscritos o vinculados, deben cumplir las funciones establecidas por la ley, ordenanzas y acuerdos, respectivamente; bajo la orientación, coordinación y control de los organismos principales. Por último, señala que las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales son corporaciones administrativas de elección popular²²²¹.

IV. ORDEN TERRITORIAL DISTRITAL

2431. Desde la Constitución anterior se planteó la necesidad de establecer unos regímenes especiales para ciertos municipios en cuanto a su manejo y administración, debido a su importancia²²²². La norma Constitucional establece un régimen especial dentro del título de la organización territorial, y determina que Bogotá es la capital de la República y del Departamento de Cundinamarca, y su organización es de Distrito Capital²²²³. Cuenta con un régimen político, fiscal y administrativo especial, determinado por la Constitución y la ley; cuyo territorio se encuentra dividido en localidades de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y establece el artículo 322 de la Constitución Política que a las autoridades distritales les corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del distrito.

2432. Además, mediante el Acto Legislativo 02 de 2007, se estableció a las ciudades de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta, como Distrito Turístico y Cultural la primera, y Turístico, Cultural e histórico las últimas. Y mediante el mismo Acto se dispuso que la ciudad de Buenaventura pasaría a ser Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecológico²²²⁴.

2433. El artículo 356 constitucional establece el Sistema Nacional de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios, concretamente, de los distritos dispuso que tienen las mismas competencias que los departamentos y municipios para efectos de su distribución.

V. ORDEN TERRITORIAL PROVINCIAL

2434. Las provincias son organizaciones de municipios o territorios indígenas circunvecinos, pertenecientes a un mismo departamento²²²⁵, y establece que estas se crearán por ordenanza a iniciativa del gobernador, de los alcaldes de los respectivos municipios, o del número de ciudadanos que determine la ley.

2435. Es la ley la encargada de establecer el estatuto básico y fijar el régimen administrativo de las provincias que podrán organizarse para el cumplimiento de las funciones que les deleguen las entidades nacionales o departamentales, y que sean asignados por la ley o por los municipios que las integran²²²⁶.

VI. ORDEN TERRITORIAL REGIONAL

2436. En relación con las regiones la Constitución de 1991 también reguló ese tipo de entidad territorial, así en su artículo 306 dispuso que dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación. Entre sus características se destacan que cuentan con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio, y su finalidad es el desarrollo económico y social de este territorio.

2437. Su régimen de creación establece que previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, una ley orgánica establecerá las condiciones para solicitar la conversión de esos territorios a región; posteriormente, el Congreso de la República emitirá una decisión mediante ley, cuyo sentido será refrendado por los ciudadanos de los territorios interesados. Dicha ley, establecerá también, las atribuciones, los órganos de administración y los recursos que serán destinados a las regiones, así como su participación en el Sistema Nacional de Regalías. Además, se allí definirán los principios para la expedición del estatuto especial de cada región²²²⁷.

VII. ORDEN TERRITORIAL INDÍGENA

2438. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial dispondrá lo relativo a la conformación de las entidades territoriales indígenas, cuya delimitación se encuentra en cabeza del Gobierno Nacional, con la participación de los representantes de esas comunidades, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos indígenas tienen carácter de propiedad colectiva y no son enajenables²²²⁸.

2439. Los territorios indígenas están gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, con las funciones determinadas en la Constitución y la ley²²²⁹. Por su parte el artículo 356 de la Carta Política, establece que serán beneficiarios del Sistema Nacional de Participaciones.

VIII. OTRAS DIVISIONES TERRITORIALES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS COMETIDOS ESTATALES Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

A. ÁREAS METROPOLITANAS

2440. En la actualidad, debido al avance industrial y comercial, entre otros, se prevé esta figura para los eventos en los cuales dos o más municipios tengan relaciones económicas, sociales y físicas que los doten de las características de área metropolitana, de manera que puedan organizarse como una entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado de todo el territorio bajo su autoridad.

2441. Además, bajo esa figura se cumplen los fines esenciales del Estado al racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de quienes la integran, y en virtud del principio de colaboración pueden incluso prestar en común algunos de dicho servicios; adicionalmente, puede existir colaboración para ejecutar obras del interés metropolitano. Establece la Constitución que será la Ley de Ordenamiento Territorial la encargada de establecer el régimen administrativo y fiscal de carácter especial para dichas entidades²²³⁰.

2442. Ahora bien, ordena la Carta Política que se garantice que los órganos de administración de las áreas metropolitanas tengan la adecuada participación de las respectivas autoridades municipales, y dispone que la misma ley debe señalar la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios al área metropolitana. Cumplida la consulta popular, y aprobada, por supuesto, los alcaldes y consejos municipales de los respectivos municipios que integran el nuevo ente territorial, protocolizarán la conformación del área y definirán, sin sujeción a la ley, sus atribuciones, financiación y autoridades.

B. ASOCIACIONES DE MUNICIPIOS

2443. El Decreto 1390 de 1976 definió las asociaciones de municipios como entidades administrativas de derecho público del orden intermunicipal que cuentan con personería jurídica y patrimonio propio e independiente del de los municipios que lo integran²²³¹; establece esta ley que una de sus características es que se rigen por sus estatutos propios. Ahora bien, se dispone que gozan de los mismos derechos, prerrogativas, exenciones y privilegios acordados por ley a los municipios, para el desarrollo de su objeto²²³².

2444. Entre sus finalidades están realizar proyectos de planeación, financiación y ejecución de obras para la prestación de servicios públicos, y su creación está sujeta al cumplimiento de unas condiciones

determinadas por ley²²³³. Cabe resaltar que esta figura es una de las tantas que se sustentan en la garantía constitucional de libertad de asociación.

C. CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES

2445. Reguladas en la Ley 99 de 1993²²³⁴, las corporaciones autónomas regionales tienen el objetivo de ejecutar las políticas, planes, programas y proyectos²²³⁵ relacionados con los recursos renovables así como dar, de manera cumplida y oportuna, aplicación a las disposiciones legales vigentes en lo relativo a su disposición, administración, manejo y aprovechamiento, en consonancia con las directrices del Ministerio del Medio Ambiente²²³⁶.

IX. SISTEMA NACIONAL DE CONTROL INTERNO

2446. El control administrativo de los organismos o entidades que conforman la administración es ejercido por el Presidente de la República²²³⁷; sin embargo, la ley establece que existe un control interno en cabeza de los ministros y directores de departamentos administrativos, el cual debe orientarse a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran su respectivo sector, se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, bajo el cumplimiento de los principios ya mencionados en este capítulo, y de conformidad con los planes y programas adoptados²²³⁸. Ahora bien, aclara la ley que este control no versa sobre los actos específicos que, en virtud de la naturaleza de las entidades conforme a la ley, le compete expedir a sus órganos internos, salvo en el caso del presupuesto anual, el cual debe ser sometido a los trámites y aprobaciones señalados en la Ley Orgánica de Presupuesto²²³⁹.

X. FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES

2447. El ejercicio de auditoría realizado por las autoridades administrativas, en especial las superintendencias, es parte integral de las atribuciones de poder público administrativo que les han sido asignadas para el cumplimiento de los cometidos públicos y el debido ejercicio de las funciones control, vigilancia y supervisión; dicho ejercicio está vinculado con el de atribuciones públicas, su delegación o asignación en terceras personas; si estas son privadas implica, en los términos del artículo 210 constitucional, un pronunciamiento legal previo que, en parte, se entiende dado por los artículos 110 y siguientes de la Ley 489 de 1998, los cuales fueron objeto de revisión constitucional por la Corte Constitucional por vía de la acción de inconstitucionalidad, delimitando el alcance de esa asignación excepcional de atribuciones administrativas a particulares mediante las Sentencias C-866 y C-702 de 1999.

2448. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 la atribución de funciones administrativas a particulares debe estar sujeta a las siguientes reglas y condiciones:

– La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal, a la autoridad o entidad pública titular de la función la cual, en consecuencia, debe impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.

– Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones debe ejercer directamente control en el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

– Por motivos de interés público o social, y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.

– La atribución de las funciones administrativas debe estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenios previo agotamiento del procedimiento y conforme a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 489 de 1998.

– La celebración del convenio y el consiguiente ejercicio de funciones administrativas no modifica la naturaleza ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que reciba el encargo de ejercer funciones administrativas. No obstante, los actos unilaterales están sujetos en cuanto a su expedición y requisitos externos e internos, a los procedimientos de comunicación e impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos. Igualmente, si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, los mismos se sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales.

– Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas, están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

– Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.

– Sin perjuicio de los contratos pertinentes y por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular²²⁴⁰.

2449. Conforme a lo expuesto, el ejercicio de funciones públicas administrativas por terceros particulares está sujeto al trámite y procedimiento indicado y claramente definido por la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Obsérvese cómo de este procedimiento está excluido el concepto de contrato de prestación de servicios profesionales, que de por sí no constituye la vía legal adecuada para asignar funciones a particulares. Si lo que espera del particular la administración no es que este la reemplace en el cumplimiento de sus funciones, sino que la acompañe, no de manera permanente, con carácter de independencia funcional y jerárquica, sin configurar ni reunir los elementos de una relación laboral, y simplemente asesorándola en la ejecución de sus atribuciones, entonces la vía adecuada es la del contrato de prestación de servicios profesionales.

*La función pública**

INTRODUCCIÓN. FUNDAMENTOS DE LA ACTIVIDAD LABORAL DEL ESTADO

2450. El Estado desarrolla sus actividades con sumisión al sistema del ordenamiento jurídico, esto es, con sujeción al ámbito superior de principios, valores y normas derivados del ámbito convencional y constitucional. En esta dinámica, inevitablemente se apoya para su acción en un amplio y complejo esquema de medios que incluyen a los sujetos, personas naturales, en los cuales se soporta para el cumplimiento de la voluntad administrativa derivada del sistema jurídico, y con los cuales genera relaciones laborales o de trabajo, con normas propias y especiales. El ámbito de la función pública configura, a no dudarlo, el medio viviente de la administración pública. Quien lee, interpreta y aplica de manera concreta el ordenamiento jurídico de la administración, no son otras que personas naturales vinculadas con el Estado mediante una relación laboral, protegida convencional y constitucionalmente.

A. FUNDAMENTO CONVENCIONAL

2451. El concepto de convencionalidad, como se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, es un elemento amplificador del ordenamiento jurídico vigente en Colombia, no solo por el hecho de pertenecer a la comunidad internacional, sino por la diversidad de tratados, convenios, y en general, acuerdos de carácter internacional vinculantes²²⁴¹, entre los cuales se cuentan de manera imperativa los relativos al tema laboral. Así, el artículo 1.º de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación, en cabeza de los Estados parte, de respetar los derechos y libertades de todas las personas, sin discriminación alguna²²⁴²; pero la función del Estado frente al cumplimiento de esa obligación no se agota en su simple enunciación, sino que en el artículo 2.º de la CADH establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para el cumplimiento del mandato ya mencionado²²⁴³.

2452. Así las cosas, la base fundamental de la protección de los derechos de los trabajadores, incluidos los servidores públicos, está en la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, creada en 1919 por el Tratado de Versalles, y que luego, en 1946, pasó a ser un organismo especializado de la Organización de Naciones Unidas. Su objetivo principal es la promoción de la justicia social, de los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente, persiguiendo su misión fundadora: la justicia social es esencial para la paz universal y permanente. Tiene 187 miembros, entre ellos Colombia que hace parte de esta organización desde su fundación²²⁴⁴, puesto que ratificó la Constitución de la OIT de 1919 con la Ley 49 de 1919^[2245]. Posee una particularidad que la diferencia de las otras agencias u organizaciones internacionales: es la única agencia “tripartita” de la ONU; todo esto con el fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres²²⁴⁶.

2453. De conformidad con, y en cumplimiento del artículo 2.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, su función principal es legislativa²²⁴⁷, ya que es la encargada de adoptar regulaciones en materia laboral a través de los convenios y las recomendaciones; lo hace por medio de la Conferencia Internacional del Trabajo en los primeros, y las recomendaciones las hace el Comité de Libertad Sindical. En el caso de los convenios, los más relevantes para Colombia son: (i) el 29 de 1930^[2248] sobre el trabajo forzoso; (ii) el 87 de 1948^[2249] sobre la libertad sindical y la protección al derecho de sindicalización; (iii) el 98 de 1949 relativo a los principios del derecho de sindicalización y de negociación colectiva²²⁵⁰; (iv) el 100 de 1951^[2251] sobre la igualdad de remuneración; (v) el 105 de 1957 relativo a la abolición del trabajo forzoso; (vi) el 111 de 1958^[2252] relativo a la discriminación en

materia de empleo y ocupación; (vii) el 138 de 1973 sobre la edad mínima; (viii) el 182 de 1999 relativo a las peores formas de trabajo infantil; (ix) el 151 de 1978^[2253] sobre la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública²²⁵⁴, y (x) el 154 de 1981^[2255] sobre el fomento de la negociación colectiva.

2454. En este orden de ideas, resulta pertinente aclarar la incorporación en el derecho interno y la jerarquía dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Antes de la Constitución Política de 1991, soportado en la teoría dualista, se necesitaba la ratificación de los convenios y además una ley que lo desarrollara para incorporarlos, en la legislación interna. Luego de la Carta Política de 1991, se cambia a la teoría monista por la posición del Consejo de Estado, y se dice que los convenios con la simple ratificación ya forman parte del derecho interno²²⁵⁶; todo esto soportado en los artículos 53^[2257] y 93^[2258] de la Constitución. Para la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, se ha explicado que los convenios internacionales del trabajo ratificados que, al mismo tiempo, se ocupen de reconocer o regular derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad²²⁵⁹; pero se debe aclarar que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados hacen parte de la legislación interna²²⁶⁰.

2455. Por otro lado, están los convenios no ratificados por Colombia, la OIT ha producido un total de 189 convenios donde el Estado colombiano solo ha ratificado 61^[2261], por lo cual se acude al artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo que les da una aplicación supletoria, otra posición²²⁶² utiliza el principio del *pacta sunt servanda* y el de buena fe consagrado en la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados de 1969.

2456. En el caso de las recomendaciones adoptadas por el Comité de Libertad Sindical, no hay un panorama claro sobre su vinculatoriedad e incorporación al derecho interno colombiano. En el caso de la Corte Constitucional, hay diversas posiciones, la primera que dicen que no son obligatorias por ser simples recomendaciones. Otra que especifica que son obligatorias en el derecho interno las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical aprobadas por el Consejo de la Administración²²⁶³ y además, aclara que la sustracción de su cumplimiento implica la violación de derechos fundamentales alegados y el desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Luego en otras sentencias de esta Corporación, se especificó que no obstante que sean obligatorias, los Estados conservan un margen de apreciación a la hora de implementarlas y ejecutarlas, específicamente las autoridades públicas conservan un margen de apreciación para analizar su compatibilidad con nuestro ordenamiento constitucional²²⁶⁴. Por otro lado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dijo que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, tienen un carácter orientativo o interpretativo y además el órgano que las emite es un órgano de control que no cuenta con la facultad de imponer obligaciones a los Estados, por lo que no son reglas vinculantes²²⁶⁵.

2457. No obstante, no se pueden dejar a un lado otras fuentes dentro de la convencionalidad que tienen referencias al derecho laboral entre ellas: la declaración universal de los derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas de 1948^[2266], el pacto internacional de los derechos económicos, sociales, y culturales²²⁶⁷, el pacto internacional de los derechos civiles y políticos²²⁶⁸, la declaración americana de los derechos y deberes del hombre²²⁶⁹, la convención americana sobre derechos humanos o el pacto de San José, y la Carta Internacional de Garantías Sociales²²⁷⁰. En todas ellas se hace referencia a garantías mínimas y normas de protección de los trabajadores, sin hacer diferenciación sobre si son del sector público o privado, como por ejemplo: el trabajo como un derecho humano, el derecho a la libertad de asociación sindical, la remuneración de salario igual por trabajo igual, a una remuneración equitativa, al descanso y vacaciones, la seguridad e higiene en el trabajo, fundar

sindicatos, a la seguridad social, entre otras. Toda esta normativa aunque no se consagra de manera expresa para el servidor público, igual debe dársele aplicación para regular sus relaciones laborales por el control de convencionalidad.

B. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

2458. De conformidad con el orden convencional, y cumpliendo sus estándares, la Constitución Política de 1991 se ocupa de la definición del trabajo²²⁷¹, que es considerado como toda actividad humana libre, consciente y noble, necesaria para la vida y generadora de capital²²⁷². Desde la Constitución Política de 1991, se ha constitucionalizado el trabajo, primero como un derecho fundamental de las personas en el artículo 25 de la Constitución²²⁷³, y segundo como un principio o elemento fundante del Estado colombiano en el preámbulo y artículo 1.º de la Constitución²²⁷⁴. Asimismo, en la Carta Política en el artículo 53 se consagran los principios mínimos fundamentales que rigen en material laboral, son: (i) igualdad de oportunidades para los trabajadores; (ii) remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; (iii) estabilidad en el empleo; (iv) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; (v) facultades para conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; (vi) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; (vii) primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, y (viii) la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana, ni los derechos de los trabajadores. Es necesario recalcar, que estos dos artículos constitucionales, el 25 y 53^[2275], conforman un solo cuerpo normativo y son interdependientes²²⁷⁶ por lo cual la violación de uno conlleva la infracción del otro, los cuales configuran la base constitucional de la función pública.

2459. La Constitución Política de 1991 establece las bases para la función pública en el Estado colombiano, incorporando al trabajador del Estado dentro de la categoría general de servidor público. En este sentido se maneja dos conceptos básicos, que son²²⁷⁷: (i) el amplio, referido al conjunto de actividades que realiza el Estado a través de los órganos de las ramas del poder público y de los órganos autónomos; (ii) el estricto o restringido, referido al conjunto de normas y principios aplicables a las personas que tienen un vínculo laboral subordinado con algún órgano del Estado²²⁷⁸.

2460. En este sentido la Constitución Política, en su artículo 123, establece que la categoría de servidor público se encuentra compuesta por los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios²²⁷⁹. Todos ellos se encuentran al servicio del Estado y de la comunidad, deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento. Adicional a esto, se consagran unas prohibiciones constitucionales para los servidores públicos, que son: (i) no pueden nombrar como empleados a personas con las que posean parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión libre permanente²²⁸⁰, y (ii) no podrán celebrar, por sí mismos ni por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales²²⁸¹. Además, se estableció que la ley debe regular la responsabilidad de los servidores públicos y la manera en hacerla efectiva²²⁸², la cual se puede resumir de la siguiente forma:

TABLA 1

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

TIPO DE RESPONSABILIDAD	DE RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD	DE GENERALIDADES	NORMATIVA APLICABLE
Punitiva sancionatoria	o Penal	<ul style="list-style-type: none"> – Como servidores públicos, se deben mirar principalmente los delitos contra la administración pública y los que son contra la administración de justicia. – Se exige que la conducta sea típica, antijurídica y culpable. – Estos procesos judiciales son de competencia de la jurisdicción ordinaria, especialidad penal. 	Ley 599 de 2000 (Código Penal), Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004 (Códigos de Procedimiento Penal).
Punitiva sancionatoria	o Disciplinaria	<ul style="list-style-type: none"> – Es un proceso de carácter administrativo, salvo norma legal que establece su carácter disciplinario. – Investigado principalmente por la Procuraduría General de la Nación, o por las oficinas de control interno de las entidades y funcionarios con potestad sancionatoria. – Se debe verificar que la conducta sea típica, que genere ilicitud sustancial y culpable. 	Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) y Ley 1474 de 2011. Ley 270 de 1996, artículo 111 ^{a/} .
Patrimonial resarcitoria	o Fiscal	<ul style="list-style-type: none"> – Es un proceso administrativo, de carácter subjetivo; que recae sobre los servidores públicos que son gestores presupuestales o de patrimonio del Estado. – Se adelanta ante la Contraloría General de la República. – Se debe verificar el dolo o la culpa grave en la conducta del servidor. 	Ley 610 de 2000 y Ley 1474 de 2011.
Patrimonial resarcitoria	o Acción repetición	<ul style="list-style-type: none"> – Esta la tiene el Estado en contra del servidor público, en los casos donde la entidad haya sido condenada. – Se requiere: (i) sentencia condenatoria para el Estado, (ii) pago de la condena, (iii) condena se haya dado por dolo o culpa grave del servidor público, y (iv) nexo causal. 	Artículo 90 de la Constitución, Ley 678 de 2001 y Ley 1437 de 2011 (CPACA).

– Es un proceso judicial y es conocido por la
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

a/ Ley 270 de 1996. “Artículo 111. Mediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria se resuelven los procesos que por infracción a sus regímenes disciplinarios, se adelanten contra los funcionarios de la Rama Judicial, salvo sobre aquellos que gocen de fuero especial según la Constitución Política, los abogados y aquellas personas que ejerzan función jurisdiccional de manera transitoria u ocasional. Dicha función la ejerce el Consejo Superior de la Judicatura a través de sus Salas Disciplinarias. Las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios judiciales son actos jurisdiccionales no susceptibles de acción contencioso-administrativa. Toda decisión disciplinaria de mérito, contra la cual no proceda ningún recurso, adquiere la fuerza de cosa juzgada”.

b/ Ley 734 de 2002. “Artículo 2.º: “Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias. // El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria. // La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta”.

Fuente: elaborado por Laurita Botero Botero.

2461. Por otro lado se ha dispuesto, que la regla general en el ingreso al empleo en órganos y entidades del Estado es la carrera administrativa²²⁸³, la cual es administrada por la Comisión Nacional del Servicio Civil²²⁸⁴. Sin embargo también se establecen excepciones a la regla de la carrera, para los funcionarios de: elección popular, de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los otros que determine la ley²²⁸⁵. Y de manera subsidiaria dispone que si no existe un sistema de nombramiento para el funcionario, consagrado en la Constitución o la ley, se sigue la regla de concurso público.

2462. Los principios que rigen la función pública, de manera expresa para la especie de empleados públicos dentro de la categoría de servidor público, en virtud del artículo 2.º numeral 1 de la Ley 909 de 2004, son los consagrados en el artículo 209 de la Carta Política que son los principios de: igualdad²²⁸⁶, mérito, moralidad²²⁸⁷, eficacia²²⁸⁸, economía²²⁸⁹, imparcialidad²²⁹⁰, transparencia, celeridad²²⁹¹ y publicidad²²⁹². La Corte Constitucional también ha aclarado este asunto en su jurisprudencia, sentando la posición de que “todos los regímenes de ingreso al empleo público constituyen un desarrollo de la función pública y por ello les son aplicables los principios de la misma consagrados en el artículo 209 de la Constitución”²²⁹³.

I. LA VINCULACION LABORAL CON EL ESTADO

A. SERVIDORES PÚBLICOS

2463. A nivel constitucional en Colombia ha existido de tiempo atrás la distinción entre las categorías de trabajadores que laboran con el Estado²²⁹⁴, elaborada en razón de la naturaleza política, o la atribución de autoridad, o la jurisdicción, o por la subordinación. Actualmente, con la Constitución Política de 1991, se instituyó la categoría general de servidor público²²⁹⁵ que es definida como toda persona que ejerce a cualquier título una función pública²²⁹⁶. Esta categoría se encuentra integrada por: miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios²²⁹⁷. Hay que precisar, que los particulares pueden prestar función pública de manera temporal o permanente, y en ese caso se pueden contar como servidores públicos quedando sujetos a lo dispuesto en las leyes y en la Constitución²²⁹⁸.

1. MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS

2464. Estos son los que pertenecen a los órganos colegiados que se encargan de funciones deliberativas y de toma de decisión, por lo que dentro de esta categoría se incluyen a: (i) los senadores, (ii) los representantes a la Cámara, (iii) los concejales, (iv) los diputados y (v) los ediles. La vinculación con el Estado está fundada en el principio de representación política, es decir, basada en la democracia, puesto que ocupan cargos dentro de corporaciones como el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales o Distritales, y las Juntas Administradoras Locales, y son elegidos por los ciudadanos colombianos en los sufragios. Propiamente no se habla de la existencia de una vinculación laboral, ya que, por ejemplo, el artículo 312 de la Constitución Política establece que los concejales no son empleados públicos²²⁹⁹; asimismo el artículo 299 consagra que los diputados tendrán derecho al pago de unos honorarios por la asistencia a las sesiones correspondientes, es decir, por cumplir su función pública pero ellos no reciben un salario. Sin embargo, la ley puede extender los beneficios consagrados en normas laborales a los miembros de las corporaciones públicas.

2465. La regulación de estos servidores públicos no se cuenta propiamente dentro de la función pública, sino que está en normas especiales como: (i) la Constitución Política, el Código de Régimen Municipal (Dcto. 1333 de 1986), el Código de Régimen Departamental (Dcto. 1222 de 1986), la Ley 5 de 1992, la Ley 136 de 1994, entre otras. Adicional a esto, es necesario mencionar que tienen la obligación de estar afiliados al sistema de seguridad social, posteriormente se explicará la manera²³⁰⁰.

2. EMPLEADOS PÚBLICOS

a. CATEGORÍAS Y RELACIÓN JURÍDICA

2466. Los antecedentes del empleo público se ubican en el artículo 2.º del Decreto 2400 de 1968 y en el inciso 1.º del artículo 2.º del Decreto 1042 de 1978. El artículo 19 de la Ley 909 de 2004 define el empleo público como el núcleo básico de la estructura de la función pública, compuesto por el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado. De esa definición se extraen los elementos que componen el concepto: (i) debe ser atendido por una persona natural, algo característico de la relación laboral; (ii) sirve para satisfacer necesidades permanentes de la administración, y (iii) tiene carácter remunerado²³⁰¹. Asimismo, los empleados públicos son por regla general las personas que prestan sus servicios en ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos. Y por excepción son empleados públicos quienes presten labores de dirección, manejo o confianza en las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta²³⁰², así se establece en los respectivos estatutos de tales entidades.

2467. La relación jurídica de los empleados públicos con la administración pública es de carácter estatutaria o legal reglamentaria, tomada del derecho francés, que hace referencia a que los derechos y las obligaciones de esa relación jurídica laboral están regulados en la ley y los reglamentos de manera previa²³⁰³; tal como lo señala el artículo 122 inciso 1.º de la Carta Política y el artículo 1.º de la Ley 909 de 2004. Por consiguiente, se tienen las siguientes consecuencias: (i) No existe la posibilidad de discutir las condiciones de trabajo, pues están fijadas previamente por el ordenamiento jurídico, y (ii) toda la relación jurídica se encuentra en un estatuto, un cuerpo normativo, que contiene deberes propios del cargo y las garantías que tiene el empleado público²³⁰⁴.

2468. Adicionalmente, la relación jurídico laboral nace mediante un acto condición, pero no basta con él, sino que debe haber aceptación o una expresión del consentimiento de la posesión, con la que se logra la eficacia de ese acto condición. Como consecuencia de lo anterior, cualquier conflicto derivado del acto condición o de la ejecución del cargo será competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como se consagra en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011. A su vez, la Ley 909 de 2004 señala en el artículo 1.º que hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: (i) de carrera, (ii) de libre nombramiento y remoción, (iii) de periodo fijo, y (iv) temporales. Para explicar cada uno de ellos, se seguirán los siguientes criterios diferenciadores: (i) forma de ingreso al empleo público, (ii) estabilidad, y (iii) forma de retiro del empleo público.

TABLA 2

CATEGORÍAS DE EMPLEADOS PÚBLICOS

CRITERIO	EMPLEADOS DE ADMINISTRATIVA	EMPLEADOS DE CARRERA LIBRE	EMPLEADOS DE PERIODO INDIVIDUAL Y PERSONAL	EMPLEADOS DE PERIODO INSTITUCIONAL O ELECTORAL	DE O
Ingreso	<p>Para esto siguen la carrera administrativa, que se rige por dos principios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Capacidad</i>: hace referencia a que los requisitos de idoneidad para el cargo y experiencia, se establecen en el manual específico de requisitos y funciones. 2. <i>Mérito</i>: quiere decir que la competencia es en igualdad de condiciones. <p>La forma de ingresar es resultado de un proceso de selección objetivo y es por el procedimiento de <i>concurso de méritos</i>, solo se ingresa a través de ese procedimiento, quien obtenga la máxima puntuación. Todo esto es reglado, y la administración no tiene competencia discrecional, sino que escoge para el cargo a quien tiene el mayor puntaje.</p>	<p>Son la excepción a la carrera administrativa y deben ser determinados por ley de manera que ese cargo requiere expresa.</p> <p>El artículo 5.º de la Ley 909 de 2004 establece tres criterios:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Cargos de dirección. – Cargos de confianza. – Cargos de manejo. <p>Estos se rigen por dos principios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Capacidad</i>: los requisitos están en el manual específico de requisitos y funciones, se exigen antes del nombramiento. 	<p>Son empleados que se encuentran en la administración, en los que ese cargo requiere de independencia e imparcialidad, como lo son: los órganos de control o administran justicia.</p> <p>Tienen diferentes formas de ingreso al cargo:</p> <ul style="list-style-type: none"> – <i>Concurso</i>: se parecen un poco a los de carrera administrativa, ingresando a través de los requisitos y Comisión Nacional de Servicio Civil. – <i>Libre designación</i>: similar en este caso a los de libre 	<p>Estos son los cargos de elección popular y cumplen una función decisoria. Además es un cargo unipersonal. Son: el presidente de la república, los gobernadores y los alcaldes.</p> <p>En estos cargos no se exige una capacidad técnica o académica, los requisitos son muy pocos y establecidos en su mayoría en la Constitución y en leyes especiales.</p> <p>Su razón de ser es el principio de representación universal. Se eligen por sufragio universal por periodos de 4 años.</p>	

CRITERIO	EMPLEADOS DE ADMINISTRATIVA	CARRERA LIBRE	<p><i>Confianza:</i> facultad de nombramiento y remoción discrecional puede escoger libremente. Esta confianza puede ser elemento político o de su valía profesional.</p>	<p><i>Confianza:</i> DE EMPLEADOS DE PERIODO INDIVIDUAL PERSONAL</p>	<p>DE EMPLEADOS DE PERIODO O INSTITUCIONAL ELECTORAL</p>	DE EMPLEADOS DE O
			<p>discrecional puede escoger libremente. Esta confianza puede ser elemento político o de su valía profesional.</p>	<p>nombramiento y remoción, competencia discrecional en nombramiento, como por ejemplo los miembros de la junta directiva del banco de la república.</p> <p>– <i>Lógica de pesos y contrapesos:</i> en su nombramiento participan varias ramas de poder público, por ejemplo: el Fiscal General de la Nación, los magistrados de la corte constitucional, Procurador General de la Nación y Contralor General de la República.</p> <p>– <i>Semicooptación:</i> antes era cooptación pura, ahora es semicooptación la lista que elabora el Consejo Superior de la Judicatura y luego de esa lista el Consejo de Estado o la Corte suprema eligen quién llena la vacante (sigue siendo cooptación</p>	<p>y hay</p>	

CRITERIO	EMPLEADOS DE CARRERA LIBRE	EMPLEADOS DE PERIODO INDIVIDUAL PERSONAL	EMPLEADOS DE PERIODO INSTITUCIONAL ELECTORAL
	EMPLEADOS DE ADMINISTRATIVA	NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	O

pura por quedar solo en la rama judicial).

Estabilidad Laboral	Es de carácter <i>pleno</i> , no absoluto, Es dado que si se presenta un proceso de reestructuración de la entidad se puede perder ese cargo. Cuando ellos son desvinculados de manera ilegal, hay violación o afectación a su derecho de estabilidad, por regla general se ordena el reintegro que sería el restablecimiento <i>in natura</i> ; y de manera excepcional se sigue con la indemnización de salario- prestaciones. En general se está en empleo hasta edad de retiro forzoso.	Es de carácter <i>precario</i> , o incluso hay autores que dicen que se predica el derecho de estabilidad imparcialidad, no se aplica en este tipo de empleo público. Salvo casos de Polítca. constitucional como la mujer embarazada, que para su despido no se necesita autorización de inspector de trabajo (como en sector privado), sino se requiere un acto administrativo motivado, donde se exprese la causal de desvinculación y los motivos que la sustentan.	Es de <i>periodo</i> , mientras dura el periodo del cargo. Pues su periodo es fundado por la imparcialidad, no se aplica el parágrafo del artículo 125 de la Carta de 2003, con ello se dijo que estos cargos de periodo electoral tienen el carácter de institucional, por lo que si destituyen a alguno se designa a otro que lo reemplace pero por el tiempo restante para completar el periodo.
---------------------	---	---	---

CRITERIO	EMPLEADOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA	EMPLEADOS DE CARRERA LIBRE NOMBAMIENTO Y REMOCIÓN	DE EMPLEADOS DE PERIODO INDIVIDUAL PERSONAL	DE EMPLEADOS DE PERIODO INSTITUCIONAL O ELECTORAL
Retiro	<p>El retiro también esta reglado en la ley, se debe reunir los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Una justa causal establecida expresamente en la ley. – Que se adelante procedimiento administrativo previo, que varía según la causal. – Se tiene que asegurar derecho de defensa y contradicción en procedimiento administrativo. – Se debe expedir acto administrativo motivado. <p>Ellos pueden volver al empleo público, por regla general.</p>	<p>En este caso no se requiere de un acto administrativo motivado ni de un procedimiento previo, pues la facultad es discrecional nominador.</p>	<p>El retiro es regulado por la ley. Por regla general cuando finaliza el periodo se retiran de su cargo. Pero hay ocasiones que durante el periodo que son electos pueden ser retirados, para esto se deben cumplir los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Justa causal establecida expresamente en la ley. – Que se adelante un procedimiento administrativo previo. – Se tiene que asegurar el derecho de defensa y contradicción en procedimiento administrativo. – Se debe expedir acto administrativo motivado. <p>Pero en general, si no se cumplen los requisitos y son retirados, no vuelven al empleo, lo que se hace es indemnizar con el pago de salarios y prestaciones, dado que son procesos lentos.</p>	<p>El retiro es regulado por la ley. Por regla general cuando finaliza el periodo se retiran de su cargo. Pero hay ocasiones que durante el periodo que son electos pueden ser retirados, para esto se deben cumplir los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Justa causal establecida expresamente en la ley. – Que se adelante un procedimiento administrativo previo. – Se tiene que asegurar el derecho de defensa y contradicción en procedimiento administrativo. – Se debe expedir acto administrativo motivado. <p>Pero en general, si no se cumplen los requisitos y son retirados, no vuelven al empleo, lo que se hace es indemnizar con el pago de salarios y prestaciones, dado que son procesos lentos.</p>

2469. De igual forma, para cualquiera de los empleos públicos los dos requisitos principales según el Decreto ley 770 de 2005, son, en un primer lugar la educación en la que se exige un grado de estudios dependiendo de los niveles del empleo público. Y en segundo lugar se tiene la experiencia, que debe ser entendida como los conocimientos y habilidades adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión u oficio; dentro de esta categoría encontramos la experiencia laboral y la experiencia docente²³⁰⁵. Por último la norma permite que cuando falta un requisito entre educación y experiencia, se pueda homologar con la otra o viceversa, pero esta equivalencia entre estos requisitos debe estar determinada en el Manual de Funciones Públicas y no opera en todos los casos.

2470. Por otro lado, la ley consagró unos niveles dentro del empleo público, que son el conjunto de empleos públicos, afines por la naturaleza de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño²³⁰⁶. Dentro del orden nacional se tienen los siguientes niveles: (i) directivo, (ii) asesor (iii) profesional²³⁰⁷, (iv) técnico²³⁰⁸ y (v) asistencial²³⁰⁹. Para el orden territorial es la misma clasificación en los niveles del empleo. Ahora bien dentro de cada uno de los niveles se maneja una escala de remuneración, para saber cual corresponde se tienen los grados, que son los números de orden que indican la asignación mensual del empleo público dentro de una escala progresiva²³¹⁰.

b. CARRERA ADMINISTRATIVA

2471. Es el mecanismo general para acceder al empleo público en Colombia²³¹¹, con ella se busca obtener servidores públicos más calificados y eficientes, y así cumplir los fines del Estado²³¹². También se ha dicho que es un principio constitucional, que tiene diversas funciones: (i) materializar el derecho a la igualdad de los ciudadanos que aspiran al ejercicio de un cargo público²³¹³; (ii) garantizar el respeto por la disposición constitucional, artículo 40 numeral 7 de la Carta Política, en la cual todo ciudadano tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; (iii) proporcionar estabilidad laboral a los servidores públicos que cumplen sus funciones con sujeción a la Constitución y a la ley²³¹⁴; (iv) servir de fórmula interpretativa de las reglas que versan sobre el acceso a los cargos del Estado²³¹⁵.

2472. El elemento estructural de la carrera administrativa, es el mérito, que busca la elección de servidores públicos entre los ciudadanos que muestren las mayores habilidades, conocimientos y destrezas en el campo laboral correspondiente²³¹⁶. En otras palabras, permite el reclutamiento de personal óptimo y capacitado para el ejercicio de la función pública. La Corte Constitucional ha entendido que la selección de los ciudadanos más idóneos en este ámbito garantiza la satisfacción de los fines de transparencia, eficiencia y eficacia de la función administrativa, del artículo 123 de la Carta²³¹⁷.

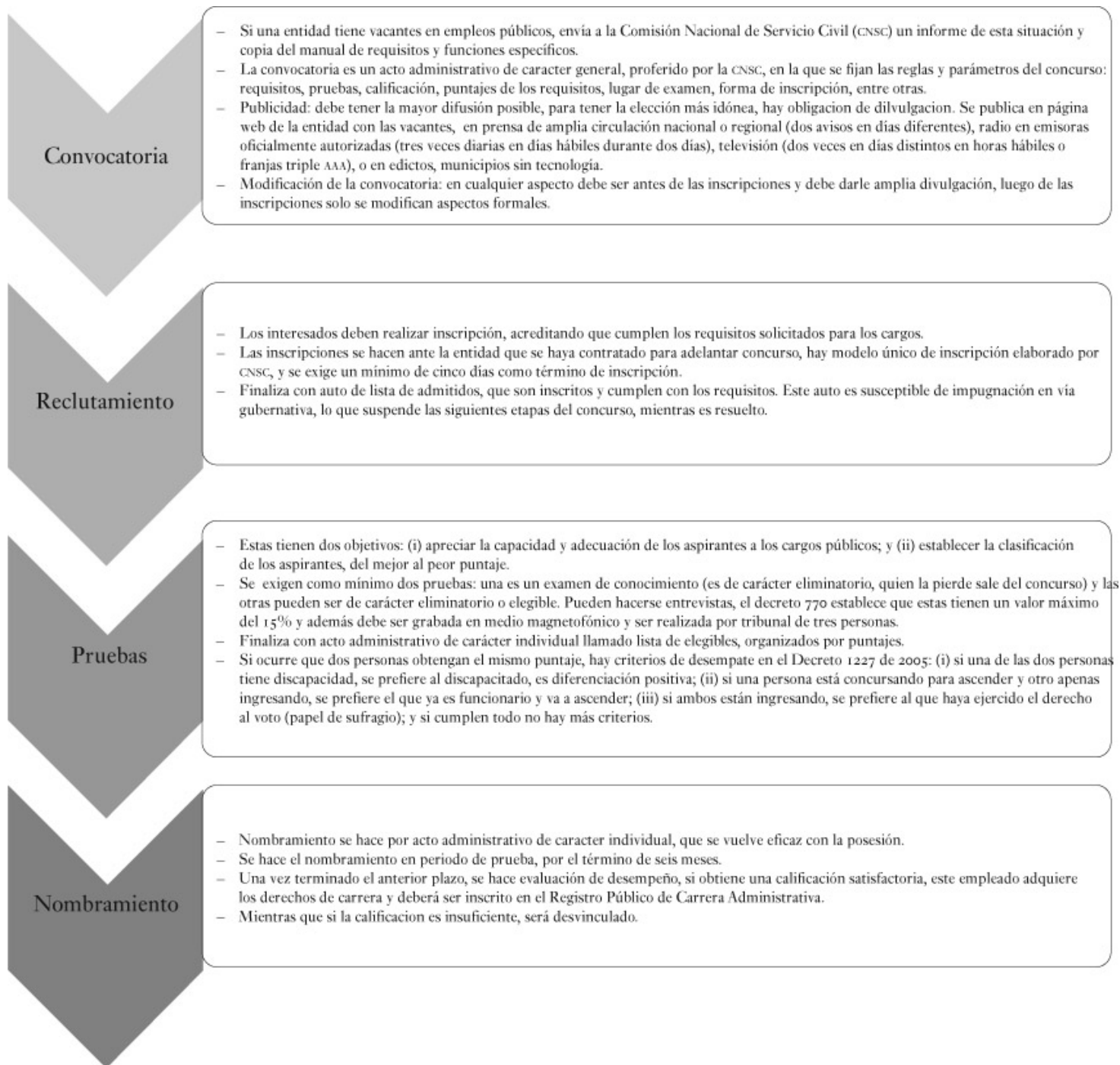
2473. Asimismo existe una clasificación para la carrera administrativa, primero se tiene la *carrera administrativa general*, consagrada en la Ley 909 de 2004, administrada y vigilada por la Comisión Nacional del Servicio. Segundo, se tienen las *carreras administrativas especiales*, en las que se regula el ingreso, el retiro y la permanencia de manera distinta a la Ley 909, y la carrera administrativa no se administra por la Comisión Nacional de Servicio Civil sino por otra entidad a nivel interno, y además son reconocidas por la Constitución Nacional; como por ejemplo: la Ley 270 de 1996 en materia de administración de justicia²³¹⁸, los Entes Universitarios Autónomos²³¹⁹, la fuerza pública²³²⁰ (Policía Nacional y Ejército Nacional), la Procuraduría General de la Nación²³²¹, la Contraloría General de la

República²³²², la Registraduría Nacional del Estado Civil²³²³, la Fiscalía General de la Nación²³²⁴ y la carrera diplomática-consular²³²⁵ manejada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Y por último la *carrera administrativa específica* cuando tiene regulación distinta al régimen general en materia de ingreso o retiro o permanencia, pero esta carrera se encuentra sujeta a la administración y vigilancia de la Comisión Nacional de Servicio Civil, asimismo se crean por ley, por ejemplo: los docentes²³²⁶, las superintendencias²³²⁷, la DIAN²³²⁸, el INPEC²³²⁹, la Aeronáutica Civil²³³⁰, entre otras. El artículo 3.º numeral 2 de la Ley 909 de 2004, dispone que se aplica de manera supletiva el régimen general de carrera administrativa, en lo no regulado en las carreras administrativas especiales²³³¹.

2474. Solo se estudiará el modelo de la carrera administrativa general, para ingresar a ella la regla general es el concurso de méritos²³³². Este proceso de selección lo adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil, y en caso de que no pueda la ley le permite autorizar a una institución de educación superior o una universidad donde acrediten experiencia en temas de selección de personal. Las notificaciones se hacen por regla general por correo electrónico y en página web de la entidad, si se quiere hacer notificación personal debe pedirse expresamente indicando una justificación razonada. Este proceso tiene diversas etapas que son:

ESQUEMA 1

ETAPAS DEL CONCURSO DE MÉRITOS



Fuente: elaborado por Laurita Botero Botero.

C. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

2475. La Comisión Nacional del Servicio Civil es un órgano independiente dentro de la estructura del Estado, cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica²³³³. La Constitución Política en el artículo 130 consagró que es la responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, a excepción de los que tengan carrera administrativa especial. Está regulada en la Ley 909 de 2004, está integrada por tres comisionados electos para un periodo institucional de cuatro años, ellos son elegidos por el sistema de carrera administrativa general. Los comisionados tienen la categoría de empleados públicos, reconocido de manera expresa en el artículo 10.º de la Ley 909 de 2004.

2476. Tiene dos funciones genéricas: (i) administrar el sistema de carrera administrativa, comprendida en varias competencias: a) realizar los concursos; b) fijar los criterios de evaluación del desempeño para empleados de carrera administrativa, c) llevar el registro de la carrera administrativa, y d) acopiar el registro de los empleados de carrera administrativa a los que se les suprime el empleo, cuando son afectados por reestructuración de la entidad; (ii) vigilar el sistema de carrera administrativa, cuyas competencias son: a) estudiar que en el concurso prevalezca la igualdad, la libre concurrencia y la selección objetiva, por lo que pueden suspender el concurso o la etapa, declarar nulidad de una etapa e, incluso, desierto el concurso; b) sancionar a las entidades por no cumplir normas de carrera administrativa, y c) sirve de segunda instancia en varios temas como en la evaluación del desempeño.

d. DESVINCULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

2477. Hace referencia a los eventos en los que se declara el retiro del servicio del empleado público que, como ya se dijo, es una institución reglada tanto en la Constitución como en la ley, toda vez que el artículo 125 de la carta consagra como causales de retiro: (i) la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; (ii) la violación del régimen disciplinario, y (iii) las demás previstas en la Constitución o la ley. Hay otras causales contempladas en la ley como, por ejemplo, la renuncia aceptada, la supresión del empleo, el retiro por derecho de pensión o jubilación, la invalidez absoluta, la declaratoria de insubsistencia del cargo, el cumplimiento de edad de retiro forzoso, la destitución y el abandono del cargo.

2478. La *destitución* es una sanción derivada de la infracción del régimen disciplinario ante una falta a título de dolo o culpa gravísima²³³⁴ por el servidor público, es decir del derecho disciplinario que hace parte del régimen sancionatorio donde el Estado ejerce su *ius puniendi*²³³⁵, y está regulado principalmente en la Ley 734 de 2002. Las faltas gravísimas están consagradas de manera taxativa en el artículo 48 del Código Disciplinario Único, proceso que es de competencia preferente y principal de la Procuraduría General de la Nación, aunque también puede ser conocido por las oficinas de control interno de la entidad a la cual se encuentre vinculado el servidor público. Este proceso es de doble instancia y puede ser ordinario o verbal. Para aplicar la sanción se requiere que la conducta constituya una falta a título de dolo o culpa gravísima, es decir, debe ser típica²³³⁶, con ilicitud sustancial²³³⁷ y culpable²³³⁸.

2479. La *declaratoria de insubsistencia reglada* es una causal que se aplica exclusivamente para los empleados de carrera administrativa, dado que el mérito y la capacidad deben mantenerse durante todo el ejercicio de la función pública, por lo cual, cuando el empleado obtiene una calificación insuficiente en la evaluación del desempeño es retirado del empleo público mediante una medida de carácter administrativo llamada declaratoria de insubsistencia, que no es una sanción. En la *evaluación de desempeño*²³³⁹ puede ocurrir que sea: (i) insuficiente, en la que opera de forma automática la declaración de insubsistencia; (ii) suficiente, por estabilidad en el empleo no se despide y se llama a que le indiquen las fallas; (iii) sobresaliente, tiene derecho a la estabilidad laboral y a ciertos beneficios²³⁴⁰. El procedimiento en este caso, es que una vez se notifica la calificación debe oírse previamente el concepto de la comisión de personal, que no es vinculante; luego el nominador declarara la insubsistencia mediante acto administrativo motivado, que es susceptible de ser impugnado por los recursos de ley. En el caso de que la administración no contesta el recurso en el término de 45 días, se configura el silencio administrativo positivo, lo que quiere decir que es revocado el acto de insubsistencia recurrido²³⁴¹.

2480. También tenemos la *declaratoria de insubsistencia discrecional*, que a diferencia de la anterior solo opera para empleados públicos de libre nombramiento y remoción, y por esto mismo en esta causal no se requiere un procedimiento previo ni acto administrativo motivado puesto que el derecho de estabilidad de estos funcionarios es de carácter precario²³⁴². Aunque existen ciertas excepciones, en el caso de las mujeres embarazadas y los discapacitados, que son sujetos que tienen una protección constitucional y un derecho a la estabilidad laboral reforzado, se requiere que exista un acto administrativo motivado so pena de presumir que el motivo de la declaratoria es el embarazo o la discapacidad.

2481. Otra causal es la *edad de retiro forzoso*, en la que cuando el empleado público alcanza los 70 años de edad es retirado del servicio y no puede ser reintegrado²³⁴³. Esa causal fue consagrada para que hubiera una renovación generacional dentro de la planta de personal. Además, cuando se configura esta causal se vuelve acreedor de una pensión de retiro por vejez (figura no contemplada en la Ley 100 de 1993), cuando no reúna los requisitos de la pensión de vejez o de invalidez.

2482. Por otro lado está la *renuncia*, que le da la facultad al empleado público de terminar unilateralmente la relación jurídica, no exige motivación por su parte; esta es de carácter recepticio es decir que se debe aceptar expresa o tácitamente por medio de un acto administrativo de la entidad. Esta decisión debe ser espontánea y debe manifestarse de forma inequívoca, no puede ser provocada por la administración. Una vez se presenta la renuncia, la entidad dispone de un término de 30 días para pronunciarse sobre los siguientes eventos: (i) aceptación por parte de la entidad para que el empleado público se pueda retirar sin incurrir en el abandono del cargo, y (ii) al vencimiento del término sin aceptación para que pueda continuar con el empleo, se entiende por no presentada. Cuando la administración comunica la aceptación de la renuncia esta se torna irrevocable²³⁴⁴.

2483. Seguidamente, en cuanto al *abandono del cargo*²³⁴⁵, esta causal se configura en varios supuestos: (i) cuando el empleado público deja de asistir por 3 o más días consecutivos sin justificación alguna; (ii) cuando no reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o comisión, o dentro de los 30 días al vencimiento de la prestación del servicio militar; (iii) no concurre al trabajo antes de vencerse el plazo de los 30 días de la administración para aceptar la renuncia, y (iv) se abstiene a prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo²³⁴⁶. En cuanto al procedimiento a seguir, no hay regulación específica, por lo que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para garantizar el derecho de defensa y contradicción del empleado, dicen que debe aplicarse el procedimiento administrativo general de la Ley 1437 de 2011²³⁴⁷. Por otro lado, aunque no es una sanción propiamente sino una causal de desvinculación, dentro del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 es considerado como una falta gravísima. La declaratoria de vacancia por abandono del cargo puede traer consecuencias en materia de responsabilidad civil, penal, disciplinaria, la pérdida de los derechos inherentes a la carrera administrativa²³⁴⁸ y la pérdida del empleo público.

2484. Por último, se analizara los *procesos de reestructuración de las entidades administrativas*, como causal de desvinculación de los servidores públicos, conocida también como supresión del empleo público por otros doctrinantes. Para esto, es necesario estudiar la potestad de auto-organización de las entidades públicas, que es la facultad de las entidades públicas para ajustar su estructura y servicios, normalmente esta se hace por motivos de utilidad pública, además también obedece a las nuevas realidades sociales y al dinamismo de la actividad administrativa.

2485. En el curso de estos procesos de reestructuración se pueden dar cambios que afecten realmente el empleo público y otros que no, por ejemplo si hay un cambio en la naturaleza jurídica de la entidad se puede afectar a sus trabajadores, ya que la naturaleza de la entidad es la que define el tipo

de relación jurídica laboral pero esto opera por ministerio de la ley. También puede ocurrir que el trabajador oficial se transforma en empleado público, lo que genera que deba ingresar a la carrera administrativa por medio del concurso de méritos para ganar la estabilidad laboral. Asimismo puede ocurrir lo contrario, es decir que el empleado público adquiere la calidad de trabajador oficial, en este caso se le aplica la estabilidad laboral por haber ganado su cargo previamente en concurso público²³⁴⁹. Seguidamente se analizarán las siguientes hipótesis²³⁵⁰:

– *Reclasificación*. Es un cambio de carácter sustancial en la organización jerárquica, los requisitos de ingreso o en las funciones del empleo público. Cuando solo modifican los requisitos sin alterar las funciones, se protege al empleado público y no se puede afectar la estabilidad, por lo cual los nuevos requisitos se aplican para quienes ingresen con posterioridad a la reforma. Y se tomara cuando hay cambio radical de funciones del cargo, se afectará la estabilidad en el empleo aunque sea de carrera administrativa, art. 45 de Ley 909 de 2004.

– *Supresión del empleo público*. Es la que afecta con mayor incidencia la planta de personal, entonces hay una reducción de las plazas dentro de la estructura de la entidad, altera totalmente la estabilidad en el empleo público. Cuando son empleados de carrera administrativa y están inscritos, obtienen el derecho preferencial, por lo que pueden optar por: reincorporación en empleo similar o equivalente, o en vacante o provisionalidad, en la misma entidad o en otra, dentro de los seis meses siguientes, y si no el pago de una indemnización legal²³⁵¹.

3. TRABAJADORES OFICIALES

2486. Son todas las personas que tienen una relación laboral con la administración pública mediante un contrato de trabajo²³⁵². Este último es definido en la legislación laboral como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada subordinación de la segunda, a cambio de una remuneración²³⁵³. Esta modalidad por regla general es excepcional²³⁵⁴, se vinculan para cumplir tareas instrumentales dentro de las entidades públicas, que no implican el ejercicio de prerrogativas administrativas, sino en su mayoría servicios auxiliares o ejecución de oficios manuales. Asimismo, como ocurre con los trabajadores particulares, lo que define la existencia de un contrato de trabajo es el elemento de la subordinación, sin importar el nomen iuris que se le dé al contrato, por lo que se puede aplicar para ellos el principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Y la regulación del contrato de trabajo, sus elementos y causas de terminación, se regula por lo mismo del código sustantivo del trabajo²³⁵⁵.

2487. Para establecer el vínculo laboral aplicable, debe mirarse la naturaleza de la entidad administrativa, lo que hace que prime el criterio orgánico²³⁵⁶, que según el Decreto 3135 de 1968, si se habla de empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta²³⁵⁷, la regla general es que la vinculación sea por la categoría de trabajadores oficiales ya que estas prestan actividades de contenido económico y deben competir en el plano de igualdad con los particulares. Mientras que si son ministerios, establecimientos públicos, superintendencias y departamentos administrativos, la regla general es que sean empleados públicos. Ahora bien, cuando se trata de cumplir con la función de la construcción y sostenimiento de las obras públicas en la administración central nacional²³⁵⁸ y territorial²³⁵⁹, se vinculan como trabajadores oficiales por excepción.

2488. A nivel prestacional y del régimen individual se sigue lo establecido en la legislación laboral para los particulares, pero existen ciertas normas que contienen regulación especial como son la Ley 6 de 1945, el Decreto Reglamentario 2127 de 1945, la Ley 64 de 1946, el Decreto Reglamentario 797 de

1949, el Decreto ley 3135 de 1968, el Decreto ley 1045 de 1968, entre otros. Adicional a lo anterior, en la regulación del régimen colectivo, también se aplica lo consagrado en el código sustantivo del trabajo²³⁶⁰ y en las normas que lo complementan.

TABLA 3

CUADRO COMPARATIVO ENTRE EL EMPLEADO PÚBLICO Y EL TRABAJADOR OFICIAL

CRITERIOS DIFERENCIADORES	EMPLEADOS PÚBLICOS	TRABAJADORES OFICIALES
¿Quiénes son?	<p><i>Criterio orgánico:</i> si son entidades típicamente administrativas o entidad que realiza función típicamente administrativa, la regla general es que son empleados públicos, art. 5 Decreto ley 3135 de 1968</p> <p><i>Criterio funcional (excepción):</i> (i) si son cargos de dirección y confianza en empresas comerciales de la empresa lo ponga como empleado público.</p>	<p><i>Criterio orgánico:</i> son aquellas entidades que son propias de la administración pero desempeñan actividad económica; por ejemplo en las empresas industriales y comerciales del Estado en Ley 489 de 1998.</p> <p><i>Criterio funcional (excepción):</i> salvo que funcionario de entidad pública o administrativa se dedica a la construcción y mantenimiento de obras públicas, son trabajadores oficiales.</p>
¿Cuál es la naturaleza jurídica de la relación laboral?	<p><i>Relación de carácter estatutaria con la administración:</i> porque su contenido con derechos y obligaciones, están definidos todos a través de la autonomía de la voluntad o un acuerdo de voluntad, la ley o reglamento no fijan previa. El artículo 1.º de Ley 909 de 2004 señala que la relación es legal y reglamentaria, por eso es estatutario.</p>	<p><i>Relación de carácter negocial con la administración:</i> el contenido de la relación se fija a través de la autonomía de la voluntad, la ley o reglamento no fijan condiciones de trabajo.</p>
¿Cómo nace la relación laboral?	<p>La relación jurídica laboral nace a través de un <i>acto condición</i>, es por nombramiento y para que haya aceptación o exprese su consentimiento, es por medio de la <i>posesión</i>. La eficacia del acto condición es por la posesión.</p>	<p>La relación jurídica laboral nace por medio del <i>contrato de trabajo</i>.</p>
Derecho aplicable	<p>En general norma de derecho administrativo, el problema es que en este caso existe una gran dispersión normativa.</p>	<p>Las normas de derecho laboral especial y convenciones legalmente celebradas, y en algunos aspectos el Código Sustantivo del Trabajo.</p>

CRITERIOS DIFERENCIADORES	EMPLEADOS PÚBLICOS	TRABAJADORES OFICIALES
Derechos colectivos	<p>Tienen derecho de asociación sindical, frente a la negociación colectiva en un primer momento el Código Sustantivo del Trabajo permitía elevar petición respetuosa a la administración pero la Constitución ya facultaba al legislador para regular la negociación colectiva. Luego se regulo por Decreto 535 de 2009, pero como había reserva de ley para regular dicha materia es derogado, lo que realmente había era una concertación, que implica que la administración recibe las opiniones y luego toma la decisión; realmente solo se reglamentó un procedimiento para peticiones respetuosas. Posteriormente se expide Decreto 1092 de 2012, que consagra algo que no es negociación ni concertación, sin embargo este también es derogad.</p> <p>Finalmente en Decreto 160 de 2014, ya se acerca un poco más a la negociación pues hay negociador y no mediador, eleva acuerdo y tiene 20 días para llevarlo a reglamento; sino se puede acudir a acción de cumplimiento, pero se limita las materias a negociar, no se puede en temas de: salarios, prestaciones, ascensos, competencias de entidad, forma de vinculación. Se puede negociar becas y capacitaciones.</p> <p>Teóricamente no tienen derecho a huelga.</p>	<p>Tienen derecho de asociación sindical, negociación colectiva, y la huelga. Sin embargo no hay derecho a huelga en servicios públicos esenciales: actividad financiera, servicios públicos, domiciliarios.</p>
Derecho a la estabilidad laboral	<p>Es variable, según la subcategoría, esto es:</p> <ul style="list-style-type: none"> – <i>De carrera administrativa</i>: la estabilidad es de carácter pleno (no absoluto, por los procesos de reestructuración). – <i>De libre nombramiento y remoción</i>: la estabilidad es carácter precario. – <i>De periodo personal o individual</i>: la estabilidad es de periodo, mientras dura el periodo del cargo. – <i>De periodo electoral o institucional</i>: la estabilidad es de periodo, mientras dura el periodo del cargo. 	<p>Tienen derecho a estabilidad impropia, es impropio porque lo que se obtiene es compensación económica y no el reintegro, por medio de la indemnización por despido sin justa causa.</p>

CRITERIOS DIFERENCIADORES	EMPLEADOS PÚBLICOS	TRABAJADORES OFICIALES
¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de los conflictos de la relación laboral?	Es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.	Es la Jurisdicción Ordinaria, especialidad laboral.
Responsabilidad	Tienen los mismos regímenes de responsabilidad	

Fuente: elaborada por Laurita Botero Botero.

B. OTRAS MODALIDADES DE SERVIDORES

1. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

2489. El contrato de prestación de servicios²³⁶¹ es un contrato típico regulado en la Ley 80 de 1993 en el artículo 32 numeral 3, en el que se define como el contrato con el que se puede desarrollar cualquier actividad relacionada con la administración y funcionamiento de la entidad, los cuales solo podrán celebrarse con personas naturales, siempre que las actividades en cuestión no puedan realizarse con el personal de planta o requieran conocimientos especializados²³⁶². Asimismo la parte final de la norma en mención establece que la celebración de esta clase de contratos no generará relación laboral²³⁶³.

2490. El Decreto 1510 de 2013, definió el “contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales” como aquel que se celebra con la persona natural o jurídica que se tenga la capacidad para ejecutar el objeto del contrato, siempre que se verifiquen, en la entidad estatal, la idoneidad o experiencia requerida. Se trata de contratos de naturaleza intelectual, diferentes a los de consultoría, que se derivan del cumplimiento de las funciones de la misma²³⁶⁴.

2491. Resulta pertinente destacar la posición de la jurisprudencia, establecida en sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado²³⁶⁵, en relación con el contrato de prestación de servicios propiamente dicho, el cual puede ser de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión, o el de ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

2492. Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo que en relación con el contrato de prestación de servicios regulado en la Ley 80 de 1993, no es otro que aquel que tiene por objeto apoyar la gestión de la entidad requirente en relación con su funcionamiento o el desarrollo de actividades relacionadas con la administración de la misma²³⁶⁶, que en esencia no implican en manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas²³⁶⁸.

2493. Pues bien, definido el género, contrato de prestación de servicios²³⁶⁸, es pertinente ocuparse de sus especies, como se indicó, así, por contrato de prestación de servicios profesionales, la jurisprudencia de esta Corporación, en sentencia de unificación, entendió que se trata de aquellos contratos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a la satisfacción de las necesidades administrativas o de funcionamiento de la entidad²³⁶⁹; en últimas, lo característico de este

tipo de contratos es el despliegue de actividades que demandan cierto conocimiento y competencias propias de una formación especializada o profesional de una persona natural o jurídica, esto es, un saber intelectual cualificado²³⁷⁰.

2494. En cuanto al contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión, debe entenderse que son todos aquellos otros contratos de prestación de servicios, que comparten la definición anterior, pero cuya ejecución no requiere, de manera alguna, de la presencia de personas naturales o jurídicas, o con conocimientos especializados²³⁷¹; así, se enmarcan dentro de la definición genérica del contrato de prestación de servicios²³⁷³.

2495. Por último, es necesario precisar el concepto del contrato de prestación de servicios referido a la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a personas naturales. Pues bien, su objeto se refiere a la generación de patrimonio artístico para la entidad estatal o beneficiaria de manifestaciones artísticas, para lo cual se encomienda su producción a una persona natural, que por sus características, capacidades o aptitudes, resultan ser únicas o especiales en el arte correspondiente, y en virtud de lo cual se individualizan como verdaderos y únicos en las técnicas y artes que desarrollan²³⁷³. Este tipo de contrato se encuentra determinado por dos variantes, a saber, que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos²³⁷⁴, y que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales²³⁷⁵.

2496. Por su parte, la jurisprudencia constitucional²³⁷⁶ ha establecido una serie de características o elementos del contrato de prestación de servicios²³⁷⁷, así: (i) la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional del prestador; (ii) la autonomía e independencia en materia técnica y científica es indispensable para ejecutar el contrato, y (iii) el contrato es de vigencia temporal, aunque recaiga sobre funciones permanentes.

2497. Ahora bien, abordados los aspectos conceptuales básicos, vale la pena abordar uno de los problemas de mayor trascendencia de la contratación de prestación de servicios en el derecho nacional, y es el relativo a la preservación y respeto del contrato estatal, sin que el mismo pueda implicar generación de relación laboral. Se debe destacar que este asunto ha adquirido relevancia, en la medida en que esta modalidad contractual se ha posicionado como un instrumento alternativo frente a la política neoliberal de disminuir el tamaño de la administración pública, básicamente a partir de la reducción de las plantas de personal y su reemplazo con contratos de prestación de servicios, lo cual ha generado diversas posiciones tanto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, al igual que en el poder legislativo, el cual se ha pronunciado proscribiendo este tipo de conductas lesivas a la realidad contractual²³⁷⁸. En síntesis, el asunto ha sido abordado de la siguiente manera: la tesis que podríamos calificar como clásica en nuestra legislación y jurisprudencia que reacciona de manera abierta contra los despropósitos de la teoría neoliberal sostiene que la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales y de simple prestación de servicios no puede de ninguna manera, a partir del tratamiento de subordinación y dependencia que sobre los contratistas efectúe la administración, configurar relación laboral.

2498. Para el efecto, se sostiene, que la celebración de los contratos de prestación de servicios, en sentido amplio, es de carácter restrictivo, pues los mismos se celebran con el fin de atender situaciones especiales de la administración, por lo cual respecto de estos no puede surgir ninguna relación de carácter laboral²³⁷⁹; de lo contrario se supondría que estamos ante una relación de esta clase, lo cual

desvirtúa por completo la naturaleza de los contratos estatales y produce una relación laboral irregular que compromete fiscal y disciplinariamente a la administración²³⁸⁰.

2499. Sobre lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional²³⁸¹ ha entendido que estos contratos constituyen formas excepcionales de vinculación de una persona natural para suplir actividades o labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad o para desarrollar actividades especializadas que no pueda asumir el personal de planta²³⁸², y destacó que no pueden utilizarse para desconfigurar el régimen ordinario de vinculación con la administración²³⁸³.

2500. El Consejo de Estado, tanto en Sala de Consulta y Servicio Civil como en los fallos de la sección segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, venía sosteniendo de manera reiterada a propósito del contrato de trabajo y sus diferencias con el de prestación de servicios profesionales o el de prestación de servicios que no podían estos últimos constituirse en instrumentos para evadir la relación laboral en detrimento de los derechos de los trabajadores²³⁸⁴. Igualmente sostenía que el contrato de prestación de servicios no podía constituirse en un instrumento para suplir las plantas de personal cuando la administración contara con los recursos e instrumentos necesarios para su creación, determinación y conformación²³⁸⁵.

2501. En los eventos en que la administración actuaba de manera desviada y arbitraria sustituyendo en la realidad de las cosas a un servidor por un contratista, y esto se lograba demostrar, se sostenía por la corporación la existencia de una relación laboral de derecho público, en razón a que debía primar la realidad sobre las formalidades, y ordenaba en estos casos a título de indemnización para restablecer el derecho el pago del equivalente a las prestaciones sociales que percibían funcionarios similares de planta por sus servicios, tomando como base el valor pactado en el contrato; lo anterior bajo la consideración de que lo pactado en el contrato de prestación de servicios resultaba a todas luces inexistente, ineficaz e inoponible, pues solo se oculta la verdadera relación laboral en contravención de lo previsto en el artículo 53 de la C.N., que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, y se va en contra del trabajador, a quien se le despoja de los derechos laborales que legalmente le corresponden. Señala la jurisprudencia de la sección segunda, repitiendo el contenido del párrafo 3.º del artículo 1518 del C.C., "... que es moralmente imposible el objeto de los contratos cuando se encuentra prohibido por las leyes, es contrario a las buenas costumbres o al orden público"²³⁸⁶.

2502. En una posición defensora de la realidad del contenido legal del contrato de prestación de servicios²³⁸⁷, la Sala Plena del Consejo de Estado al conocer de un litigio suscitado a propósito de la ejecución de un contrato de prestación de servicios que tenía como objeto el apoyo a la realización de actividades administrativas de una entidad pública, sostuvo tesis contraria a la expuesta en anteriores oportunidades por la sección segunda de la corporación e incluso por la misma Corte Constitucional, fundándose para el efecto en el concepto de contrato de prestación de servicio real, y sobre todo acudiendo a la definición legal de este contrato, que permite este tipo de actividades en consideración de la Sala Plena, incluso con algún grado de dependencia, en cuanto es imposible ejecutarlos de otra forma, existiendo por lo tanto simple correspondencia estrictamente formal con una relación laboral, pero no llegando de ninguna manera a constituir esta, en la medida en que la legalidad del contrato permite este tipo de situaciones.

2503. Se destaca en el fallo que de conformidad con el contenido del artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993^[2388] el legislador permitió esta modalidad contractual con el claro e inobjetable propósito de colaborar en asuntos técnicamente administrativos de las entidades estatales, lo cual no puede resultar, después de celebrado un contrato de esta naturaleza, como un reproche válido para alegar derechos laborales.

2504. Destaca el Consejo de Estado, que la disposición señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa, y además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no es suficiente para ello o cuando la actividad por desarrollar requiera de conocimientos especializados. Resulta, por consiguiente, inadmisibles las tesis según las cuales tal vínculo contractual es contrario al orden legal, pues como se ha visto, este lo autoriza de manera expresa; luego no se desconoce por una parte el principio de legalidad, y por la otra la misma ley está creando una alternativa respecto de la relación laboral, remplazándola por la relación contractual de prestación de servicios cuando se den los presupuestos y sobre todo se configuren las necesidades de este tipo de personal para la debida prestación del servicio encomendado a la entidad estatal²³⁸⁹.

2505. Agrega la Sala Plena, por otra parte, que lo anterior no significa que se desconozca la posibilidad de que la administración pueda cometer irregularidades con los contratos de prestación de servicios, pero que estas se reducen a los eventos en que por ejemplo, existiendo la vacante en la planta de personal, se contrate por prestación de servicios para ejercer las funciones de dicho cargo, o que por medio de un contrato de prestación de servicios se pretenda desnaturalizar un contrato de trabajo referente a la construcción y sostenimiento de obras públicas, únicos que pueden darse bajo esta forma contractual con la administración. De llegar a presentarse un caso extremo de deformación de este contrato en detrimento de los derechos del contratista se podría configurar ante todo un caso de nulidad del contrato y no una hipótesis de inexistencia como tradicionalmente se venía tratando el tema en la sección segunda del Consejo de Estado²³⁹⁰.

2. PROVISIONALIDAD

2506. Es una forma de provisión de puestos de trabajo para cuando quedan empleos públicos vacantes de manera transitoria, donde el funcionario sigue siendo titular del cargo pero por una situación administrativa no puede desempeñar sus funciones por un tiempo determinado; o también cuando hay vacancia definitiva de ese cargo, donde no hay un titular bien sea porque el cargo es nuevo o cuando el cargo tenía titular pero este funcionario fue desvinculado de manera objetiva de la administración²³⁹¹. Esta institución tiene por finalidad el asegurar la continuación de la actividad administrativa, cuando hay faltas en los empleos públicos, así se trata de un régimen excepcional, el cual tiene aplicación cuando no se ha provisto el empleo, de conformidad con la regla general²³⁹².

2507. El provisional solo será nombrado mientras se realiza el concurso de méritos respectivos para llenar la vacante, para cuando hay vacancia definitiva. Se revisa que el provisional cumpla con los requisitos del cargo, se trata de un nombramiento de carácter transitorio y excepcional²³⁹³.

2508. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha variado constantemente, así, en un momento se afirmó que quien es nombrado en provisionalidad tiene una estabilidad restringida²³⁹⁴, por cual si son desvinculados durante el tiempo en que se realiza el concurso debe ser mediante acto administrativo motivado. Por otro lado, se sostuvo, en otra subsección de la misma Corporación, que los provisionales no tienen estabilidad por lo que pueden ser desvinculados en cualquier tiempo sin que el acto de retiro sea motivado²³⁹⁵.

2509. La jurisprudencia Constitucional, en la Sentencia SU-250 de 1998, dispuso que los provisionales gozan de una estabilidad laboral restringida, y que, por la misma razón, no pueden

asimilarse a un empleado de libre nombramiento y remoción²³⁹⁶. Adicionalmente, sostuvo que siempre que sean desvinculados debe ser mediante acto administrativo motivado para evitar una vulneración al debido proceso.

3. ENCARGO

2510. Se trata de una de las modalidades de provisión de empleo público, y constituye un verdadero supuesto de movimiento de personal, con naturaleza de situación administrativa, que a su vez, se erige como un derecho del funcionario de carrera que ha demostrado un desempeño sobresaliente en el desempeño de su cargo²³⁹⁷. La Ley establece que el encargo es procedente siempre que se de en el marco de un proceso de selección para proveer empleos de carrera, y bajo el cumplimiento de los requisitos para su ejercicio. Su duración no será mayor a seis meses, pese a lo cual la ley establece que para los empleos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia definitiva, el encargo se prolongará hasta por tres meses²³⁹⁸.

2511. Pues bien, la ley regula a su vez la forma de realizar el encargo, así, señala que deberá recaer en cabeza de un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior²³⁹⁹, situación esta que ratifica la naturaleza de derecho para el empleado público que implica esta figura.

II. SEGURIDAD SOCIAL

2512. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, y la Ley 100 de 1993, se presentó un cambio paradigmático en el tema de la seguridad social, en primer lugar, el artículo 48 constitucional, consagró la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio²⁴⁰⁰ toda vez que se trata de una actividad necesaria para la comunidad y la calidad de vida de los habitantes, cuyo desarrollo y prestación debe ejecutarse con especial sujeción a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad²⁴⁰¹. Pues bien, la seguridad social debe ser entendida como un sistema que pretende solucionar aspectos diarios del ser humano, como la salud, la educación, el empleo, entre otros²⁴⁰².

2513. En lo relativo al tema de pensiones, la pensión de vejez, a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se compone de dos regímenes pensionales, el primero es el de prima media con prestación definida el cual es administrado por Colpensiones²⁴⁰³ y el segundo es el de ahorro individual con solidaridad administrado por las Administradoras de Fondos de pensiones²⁴⁰⁴; en nuestro ordenamiento, cada afiliado tiene plena libertad para elegir a cuál de los dos regímenes afiliarse. También la ley dispone que existen unos afiliados obligatorios, entre los que se cuentan a todas las personas vinculadas como servidores públicos²⁴⁰⁵, por lo cual se cuentan a los empleados públicos, los trabajadores oficiales y a los miembros de las corporaciones públicas.

2514. Adicionalmente, se estableció tanto en la Ley 100 de 1993 como en el acto legislativo 1 de 2005, un régimen de transición para que las personas cotizantes que cumplieran ciertos requisitos se pudieran pensionar con los regímenes anteriores como el acuerdo 049 de 1990, Ley 33 de 1985 y Ley 71 de 1988. Por otro lado, en un inicio, los trabajadores oficiales, tenían afiliación forzosa a la Caja Nacional de Previsión cuando trabajaban en entidad administrativa del orden nacional y a las cajas similares en el nivel territorial²⁴⁰⁶.

2515. Asimismo dentro del sistema de pensiones, se tiene la pensión de invalidez²⁴⁰⁷, con la que se cubre la contingencia de la pérdida definitiva de la capacidad laboral, los requisitos²⁴⁰⁸ son: (i) calificación de invalidez del 50% o más por parte de las Juntas de Calificación de Invalidez, y (ii)

acreditar cincuenta semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez o a la del hecho causante. También, existe la pensión de sobreviviente, que busca proteger al grupo familiar de la contingencia consistente en la muerte del afiliado o pensionado; para ella se requiere: (i) la muerte del afiliado o pensionado, (ii) tener la calidad de beneficiario consagrada en la ley, y (iii) haber acreditado un mínimo de cincuenta semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento del afiliado.

2516. Ahora bien, en el sistema de salud²⁴⁰⁹ hay dos subsistemas, el subsidiado y el contributivo²⁴¹⁰, en este último se encuentran unos regímenes excepcionales o especiales entre los que se encuentran: la Fuerza Pública, el del Magisterio, las Universidades Públicas y Ecopetrol. De otra parte se encuentra el régimen contributivo, en el que ingresan las personas que sin hacer parte del régimen especial, tienen la capacidad para pagar su salud, tienen un plan de beneficios asistenciales y otro plan de beneficios económicos. Están obligados a cotizar todos los trabajadores dependientes del sector público, en un porcentaje, por regla general, del 12,5% del salario base de cotización, donde el 75% de este aporte lo asume el empleador y el 25% está a cargo del trabajador.

2517. Por último, en el tema de riesgos laborales²⁴¹¹, las cotizaciones se hacen de acuerdo a la clasificación de riesgo de la actividad y luego mira el porcentaje a cotizar según la clase de riesgo de la actividad. En virtud del artículo 2.º de la Ley 1562 de 2012, son afiliados obligatorios los servidores públicos. Los porcentajes de cotización oscilan entre el 0,348% al 8,7% del ingreso base de cotización, el pago de este aporte está en cabeza del empleador. Se debe precisar que para concejales al ser considerados como independientes y el hecho de que se les remunere por sesión, hace que la obligación de cotización recaiga en ellos mismos y no en el Concejo Municipal o Distrital.

El patrimonio y los bienes públicos *

INTRODUCCIÓN

2518. Se pretende con el presente escrito responder al interrogante, ¿de si bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho²⁴¹², dentro de los cuales se incorporó conceptualmente al Estado colombiano, en los términos de los artículos 1 y 2 constitucionales, los imperativos emanados de la prevalencia del interés público o general, responsabilidad, respeto a los derechos subjetivos de la comunidad, solidaridad social y sobre todo el del control, han logrado su consolidación en el derecho positivo, desarrollando mecanismos efectivos de protección y defensa de los intereses colectivos y derechos difusos de la comunidad, en especial en lo relacionado con la defensa del rico y abundante patrimonio público del cual se beneficia la sociedad nacional?

2519. Para estos efectos se busca encontrar en el ordenamiento jurídico las bases sustanciales y procesales adecuadas y necesarias, no solo administrativas, sino también judiciales para hacer efectivos los postulados inherentes a la garantía de convivencia pacífica y de utilización adecuada y proporcional de nuestros recursos naturales, bienes públicos, fiscales y demás, en beneficio de la totalidad²⁴¹³, y en consecuencia la identificación de los indispensables contrapesos para estos fundamentales e inevitables propósitos.

2520. Al respecto no se quiere perder de vista que como consecuencia directa del carácter material del concepto del Estado Social de Derecho, y en estrecha relación con su carácter finalístico, encontramos como presupuesto básico y determinante del ejercicio de las funciones públicas, en especial la administrativa el llamado principio de la prevalencia del interés general²⁴¹⁴. En cuanto concepto básico, su incorporación al ordenamiento jurídico corresponde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de Derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular del poder, que considera como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual; el cual no desaparece sino que debe, en todo momento en que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que este sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema, tal como ha sido asumido en el texto constitucional colombiano de 1991.

2521. En esta perspectiva, el principio se vincula directamente con las finalidades estatales, y debe acudir necesariamente, para su concreción, a todos aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo torna en un concepto abierto e indeterminado que vincula a la administración para su determinación y aproximación a las realidades específicas de la comunidad, lo cual tratándose de la protección constitucional al medio ambiente²⁴¹⁵, con todos los elementos patrimoniales públicas que allí reposan, constituye un imperativo administrativo indudable.

2522. Desde el punto de vista de su carácter finalístico y expresivo de los intereses comunes, en el caso colombiano, gramaticalmente, el constituyente ha utilizado términos con ideas similares en las regulaciones pertinentes. Por esta razón consideramos que en nuestro medio resulta indistinto hablar de interés general, público o de la comunidad. Igualmente, sus propósitos podemos encontrarlos en muchas de las expresiones que el constituyente emplea en el texto constitucional para referirse a las finalidades o compromisos teleológicos del Estado. Al fin y al cabo la prevalencia del interés general constituye el sendero para la satisfacción final de los grandes propósitos que justifican la existencia del Estado, que no son otros que los de servir a la comunidad, para cual el ordenamiento jurídico debe

desarrollar los instrumentos y mecanismos adecuados a estos propósitos, entre ellos, los indispensables para ejercer los controles necesarios, tanto al interior de la administración, como respecto de los asociados, en aras de mantener los balances indispensables, en la preservación, uso y manejo de los bienes públicos ubicados en las áreas litorales de la república²⁴¹⁶.

I. EL PATRIMONIO PÚBLICO Y SU INTEGRACIÓN

2523. El patrimonio, en el concepto clásico del derecho civil, incluye todos los derechos patrimoniales de que es titular una persona²⁴¹⁷, concepto del cual se excluyen por sustracción de materia, los derechos de carácter familiar, políticos, y todos aquellos cuyo contenido no sea de orden económico o patrimonial²⁴¹⁸. Ahora bien, ello no siempre ha sido así, pues en el Derecho romano el patrimonio esencialmente estaba compuesto por los activos de contenido económico²⁴¹⁹.

2524. En el derecho civil moderno el patrimonio “es una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva”²⁴²⁰. Tradicionalmente en el derecho civil se forjaron dos teorías en torno al concepto de patrimonio y sus características, que podemos denominar clásica y moderna, pues bien, la primera de ellas propende por un concepto que implica sostener que: i) toda persona tiene un patrimonio, ii) el mismo no es transferible, pero sí transmisible por causa de muerte, iii) solo las personas son susceptibles de tener un patrimonio, iv) y una misma persona no puede tener sino un patrimonio en cabeza suya²⁴²¹. Por su parte, la teoría moderna, considera que i) el patrimonio es una masa de bienes, que no se encuentra indisolublemente unido a la persona natural o jurídica, ii) es el fin que se le da al conjunto de bienes lo que le da las características de unidad y cohesión, de donde iii) es posible la existencia de un patrimonio sin titular, autónomo, iv) y por supuesto, que una persona puede ser titular de uno o más patrimonios²⁴²².

2525. La importancia práctica del concepto de patrimonio radica, en primer, lugar en que este sirve de prenda general de los acreedores²⁴²³, para el cumplimiento de las obligaciones en cabeza del deudor, pues bien aquellos podrán perseguir el patrimonio de este²⁴²⁴; conforma una universalidad que es transmitida a los herederos del titular del mismo al momento de su muerte, lo cual permite un reparto de los bienes, más simple²⁴²⁵. Y, puede protegerse, incluso, mediante acción de tutela, pues es considerado como un derecho fundamental²⁴²⁶.

A. DOMINIO EMINENTE

2526. La noción de dominio eminente o *dominium eminens* suele atribuirse a Grocio²⁴²⁷ quien contraponiéndola al dominio particular lo entiende como un derecho superior al ordinario “puesto que compete a la comunidad sobre las partes o sobre las cosas de las partes, por causa del bien común”²⁴²⁸, inclusive Bello la entendió como “la facultad de disponer, en caso necesario, de cualquier cosa contenida en el Estado”²⁴²⁹, lo que habilita al soberano no solo a disponer sobre los bienes públicos sino también respecto de los particulares, según la necesidad²⁴³⁰⁻²⁴³¹ y Barrientos Grandón concluye, de una revisión histórica, que la noción se asoció en un comienzo a la facultad del soberano para expropiar, en el siglo XVIII se vinculó como la facultad para imponer tributos y en el siglo XIX sirvió para explicar el dominio minero del Estado, como un derecho de dominio del Estado sobre todo el territorio, en virtud de la patrimonialización de la noción²⁴³².

2527. La jurisprudencia ha recurrido, sin mayor claridad, al dominio eminente sosteniendo, por caso, que respecto de los elementos constitutivos del territorio el Estado “tiene un dominio eminente

que le permite el ejercicio de actos de soberanía”²⁴³³, que el artículo 102 superior expresa una dimensión bajo la cual puede ser leído como reconocimiento del dominio eminente “como expresión de la soberanía del Estado y de su capacidad para regular el derecho de propiedad –público y privado– e imponer cargas y restricciones”²⁴³⁴ y como idea que precisa que el Estado ejerce soberanía sobre los bienes que conforman el territorio mejor que como dueño de estos²⁴³⁵⁻²⁴³⁶.

2528. Ahora bien, si de lo que se trata de responder con el rudimento teórico del “dominio eminente” es la justificación de la titularidad que ejerce el Estado sobre los denominados bienes de uso público, lo verdaderamente cierto y relevante es que, de una parte, tal idea es redundante cuando se advierte que el texto constitucional reconoce el derecho de propiedad privada circunscrito a la satisfacción de funciones sociales y ecológicas (art. 58), habilita la competencia de expropiación por motivos de utilidad pública o interés social (art. 58 constitucional)²⁴³⁷ y expresamente pregona los elementos que conforman el territorio y admite su titularidad en cabeza de la Nación (arts. 101 y 102).

2529. El Dominio Eminente pretende ser una proyección jurídica en el ámbito interno, y en materia de bienes, de la soberanía de la que es titular el Estado. Así, se tiene dominio eminente por ser soberano y no por otra razón diferente.

2530. Sabido es el impacto que sobre la filosofía política y el derecho público ha ejercido el concepto de soberanía especialmente bajo la acepción Bodiniana²⁴³⁸ (secundada, entre otros por Schmitt²⁴³⁹) que ha deslumbrado a juristas para atribuir, a partir de esa concepción metafísica y etérea, prerrogativas especiales y excepcionales que se imponen a los súbditos al amparo de ser portador de un poder omnímodo, unilateral y superior al de aquellos.

2531. Esta idea responde a una concepción política y jurídica arcaica²⁴⁴⁰ que no se aviene a los profundos desarrollos humanistas y liberales que ha experimentado de manera evolutiva el Estado configurado a partir de sus cláusulas Social, Democrática y de Derecho, donde la noción de soberanía se diluye de manera dúctil a través de las cartas de derechos y libertades civiles y el ejercicio de las competencias estatales se justifican, de una parte, y deben responder, por otra, a la concreción de esos profundos valores, principios y reglas formales y axiológicos que inspiran la organización política. Dígase, brevemente: observancia de los principios de legalidad, interés general y proporcionalidad en un marco jurídico y político democrático.

2532. Estas reflexiones brevemente esbozadas permiten dejar estipulada una tesis funcional y finalística en cuya virtud se dice que el estatuto jurídico especial que gobierna a los bienes públicos se justifica en razón a la finalidad constitucional a la que están afectos y las competencias (que no prerrogativas o potestades) del Estado sobre aquellos responden precisamente a la necesidad de organización y disposición ordenada de estos para la satisfacción de tales compromisos convencionales y constitucionales, de ahí que sea esa finalidad de principios lo que justifique la existencia de un régimen especial que explique la relación jurídica que se traba entre el Estado y los bienes, noción funcional, más que otra cosa.

B. EL TERRITORIO ESTATAL

2533. Conforme lo establecido en el artículo 101 de la Constitución Política, el territorio de la república²⁴⁴¹ es el comprendido dentro de los límites establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación, el cual comprende no solo el territorio continental en la esquina noroccidental de América del Sur, en una extensión de 1.141.748 km², sino también, el

territorio insular y marítimo que comprende, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, configurando un área adicional en extensión aproximada de 928.660 km², para un total territorial de 2.070.408 km²[2442].

2534. Además de los anteriores, son elementos integrantes del territorio estatal el subsuelo, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales. Determina el artículo 102 constitucional que el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.

1. TERRITORIO CONTINENTAL

2535. Como se dijo, el territorio continental de Colombia comprende el área que históricamente y conforme al ordenamiento jurídico nacional e internacional le ha sido reconocida y aceptada conforme a los tratados internacionales (principios de buena fe objetiva internacional, *pacta sunt servanda*), en la esquina noroccidental de América del Sur, en una extensión de 1.141.748 km², que comprende cordilleras de los Andes y demás formaciones, selvas, y llanos. Territorios que van desde las riberas del río Amazonas a lo más profundo del desierto de La Guajira; desde las selvas del Chocó a las riberas del Orinoco; desde la frontera con Ecuador hasta el golfo de Coquivacoa en los límites con Venezuela en el Caribe. Amazonia, Orinoquia, territorios costeros Caribeño y Pacífico²⁴⁴³. Haciendo frontera con Venezuela en 2.219 km²⁴⁴⁴; Brasil en 1.645 km²⁴⁴⁵; Perú en 1.626 km²⁴⁴⁷; Ecuador en 586 km²⁴⁴⁸; Panamá en 266 km²⁴⁴⁹.

2536. El litoral. Territorio insular y marítimo (El archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva)

2537. Colombia ejerce soberanía sobre los mares Caribe y Pacífico y sus correspondientes territorios insulares y demás zonas y plataformas reconocidas en el derecho internacional en una extensión anunciada de 928.660 km², configurando por lo tanto un extenso y profundo litoral nacional, haciendo frontera marítima con Ecuador²⁴⁴⁹, Panamá²⁴⁵¹, y Costa Rica²⁴⁵², Nicaragua²⁴⁵³, Haití, Honduras²⁴⁵⁴, Jamaica²⁴⁵⁴, y República Dominicana²⁴⁵⁵. El punto de partida del litoral colombiano son 2.900 km de línea de costas.

2538. Sin embargo, es de advertir, que en derecho, el concepto de litoral no guarda correspondencia, con un específico contenido normativo que lo defina y le otorgue un determinado contexto jurídico²⁴⁵⁶. Ante la ausencia de un referente jurídico definido y claramente determinado sobre el litoral²⁴⁵⁷, resulta invaluable rescatar el alcance del mismo desde la óptica estrictamente gramatical conforme a lo determinado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en donde litoral se entiende como perteneciente o relativo a la orilla o costa del mar; costa de un mar, país o territorio (Argentina, Paraguay; Uruguay); orilla o franja de tierra al lado de los ríos. Por otra parte, en el diccionario Houaiss de la lengua portuguesa, se retoma idea similar al identificarlo como la faja de tierra que emerge al lado del mar o costa.

2539. Del análisis de estas acepciones se concluye que la idea central del concepto gira entonces al señalamiento de un punto de confluencia de elementos territoriales relativos a la integración entre el mar, océano y la que podríamos considerar como propiamente tierra firme aledaña, que en su conjunto invitan a la construcción de un concepto de litoral, comprensivo de fenómenos diversos y de múltiples características, lo cual, ya de por sí, implica, para efectos de las respuestas que se puedan brindar en el presente escrito al problema jurídico planteado, dificultades evidentes en aras de determinar sustancialmente, dentro del contexto del Estado social de derecho, cuales son los instrumentos y mecanismos adecuados para su protección y defensa.

2540. Así las cosas, se puede sostener, sin lugar a equívocos, que más que un concepto jurídico, el de litoral, es ante todo, un fenómeno estrictamente geográfico, en el contexto y términos de su sentido gramatical, comprensivo de multiplicidad de accidentes atinentes al territorio y otros elementos naturales adyacentes como son, el mar, el océano, las playas, costas, islas, islotes, cayos, morros, bancos, terrenos de bajamar, acantilados, etc.,

2541. Concepto geográfico que adicionalmente conlleva claras implicaciones políticas, por lo menos, frente al derecho internacional del mar y a las prescripciones constitucionales de las naciones con intereses y fronteras marítimas, cuando al definir los marcos contentivos de su territorio²⁴⁵⁸, y en consecuencia determinar el alcance máximo de sus jurisdicciones soberanas, incorporan los elementos característicos y sustanciales de litoral antes indicados.

2542. Es decir, en esta perspectiva el litoral atañe de manera significativa con el concepto del territorio nacional, dentro del cual se incluyen, por lo menos en el derecho colombiano, el mar territorial²⁴⁵⁹, y sus límites máximos dentro de los cuales se encuentra determinado e identificado el territorio nacional²⁴⁶⁰, las zonas de exploración y explotación económica exclusiva²⁴⁶¹, y necesariamente la plataforma continental correspondiente²⁴⁶².

2543. Conforme a las anteriores consideraciones, no resulta difícil sostener, para efectos de enfrentar el problema jurídico planteado, que no obstante, no existir una clara y directa referencia al concepto de litoral en nuestro régimen constitucional, ni en la legislación nacional, de todas maneras, por vía de interpretación y de extensión de los conceptos que integran materialmente el de litoral, se puede concluir que jurídicamente que esta idea, por lo menos en el derecho colombiano, esta latente y puede materializarse jurídicamente en dos claros sentidos, el primero evidentemente específico y restrictivo, vinculado de manera exclusiva a todo aquello relativo a la línea fronteriza entre el mar y la tierra firme con todos los elementos geográficos que puedan coexistir en este restricto espacio; y la segunda genérica, amplia, comprensiva de todos los elementos geográficos que puedan coexistir entre la tierra firme y los límites máximos que la constitución o la ley hubieren establecido para el territorio nacional en sus extensiones territoriales marinas, para el caso los regulados imperativamente en la Ley 10 de 1978^[2463] y que para todos los efectos jurídicos corresponden a unos referentes objetivos vitales para el ejercicio de los la soberanía en todos sus aspectos, por lo tanto, objeto de la protección y defensa necesaria por parte de las autoridades públicas nacionales²⁴⁶⁴.

2544. En esta dirección y de manera operativa, dadas las dificultades advertidas, podríamos sostener, abandonado el sentido estrecho de litoral, y de por sí una visión estrictamente geográfica y gramatical, y sin desconocer el grado de discusión que la tesis admite, que el concepto de litoral, para efectos jurídicos, en su acepción amplia, con fundamento en nuestra legislación, comprendería no solo la tierra firme aledaña a la línea de bajamar, sino también, todo el mar u océano definido como mar territorial de la de la nación colombiana sobre el cual ejerce plena soberanía, que se extiende, más allá de su territorio continental e insular y de sus aguas interiores hasta una anchura de 12 millas náuticas o

de 22 kilómetros 224 metros y que adicionalmente comprende el espacio situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de este mar y la plataforma continental (Ley 9.^a de 1961, Decreto ley 2811 de 1974 y Ley 10 de 1978).

2545. Agregaría, para efectos de la discusión jurídica, que la anterior visión amplia de litoral no puede dejar por fuera de su alcance y contenido las denominadas zonas económicas exclusivas adyacentes al mar territorial cuyo límite exterior, en el derecho colombiano, es de hasta de 200 millas náuticas medidas desde las líneas de base desde donde se mide la anchura del mar territorial. En esta zona la nación colombiana ejerce derechos de soberanía para efectos de la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales vivos y no vivos del lecho y del subsuelo y de las aguas suprayacentes; así mismo, ejerce jurisdicción exclusiva para la investigación científica y para la preservación del medio marino²⁴⁶⁵.

2546. Se ratifica esta idea central de la exposición con algunas manifestaciones legislativas, por ejemplo, en el artículo 3.^o numeral 8 del Decreto 2324 de 1984 al atribuir a la Dirección General Portuaria y Marítima²⁴⁶⁶, como una de sus funciones básicas en materia marítima, dentro del ámbito territorial que hemos demarcado operativamente como del litoral, precisamente la de "... La utilización, protección y preservación de los litorales... lo cual nos señala, que el camino propuesto, no está lejos, de lo que en el entendimiento ordinario administrativo y legislativo, se considera como el fenómeno del litoral, y sobre todo, la amplitud de su comprensión y el carácter complejo de su estructura, que abarca multiplicidad de accidentes geográficos, elementos territoriales y sobre todo, bienes de carácter patrimonial no solo de interés directo de la comunidad, sino también y eventualmente de titularidad privada que deben ser debidamente articulados en aras de su protección y defensa armónica sin incursionar por ámbitos de arbitrariedad administrativa o de excesos en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los titulares privados.

2547. Dada la complejidad del concepto de litoral expuesto, que implica reconocer la articulación de elementos y bienes de naturaleza diversa, es dable admitir que los intereses involucrados dentro del mismo, no son solo, y de manera exclusiva, intereses públicos, es posible e irremediable a la luz de nuestro ordenamiento constitucional, respetuoso de la propiedad privada²⁴⁶⁷ y de la libertad de empresa²⁴⁶⁸, que coexistan en consecuencia respecto de los bienes del litoral, intereses privados, propiedad privada, con bienes propiamente de dominio público, como lo son los bienes de interés y explotación económica pública (fiscales), bienes de uso público, casos estos últimos de todas maneras circunscritos por vía del artículo 58 constitucional al cumplimiento de una función restrictiva a favor de la función social y ecológica que esos bienes deben soportar en beneficio y favor de la comunidad.

2548. Lo anterior resulta aun más claro desde el punto de vista jurídico, si se tiene en cuenta que, conforme a la estructura propuesta para el concepto de litoral, hace parte del mismo el concepto de costa, el cual en la legislación colombiana no solo comprende una estrecha porción de territorio aledaño propiamente al mar, sino que conforme a lo dispuesto en el Decreto 2324 de 1984 comprende una zona considerable de terreno, denominada costa nacional que abarca dos kilómetros de ancho en paralelo a la línea de la más alta marea, en donde no todo el terreno correspondiente es considerado por el artículo 166 del mencionado decreto como bien de uso público, lo que desde el punto de vista jurídico implica entonces admitir la posibilidad de que en esa zona coexista el dominio público con el dominio propiamente privado. Igual situación se puede dar en relación en zonas de islas como San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y demás islas de los mares y océanos de la patria, en donde los particulares tengan títulos respecto de bienes que no estén por mandato constitucional o legal incorporados en el catálogo de bienes propios del dominio público²⁴⁶⁹.

2549. Para estos efectos resulta importante destacar el contenido de los artículos 166 del Decreto 2324 de 1984; 80 y 83 del Decreto ley 2811 de 1974 (Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables), y 7.^o[2470] y 9.^o[2471] del Decreto 1541 de 1978. En los términos de la primera disposición son bienes que hacen parte del dominio público a título de bienes de uso público, las playas²⁴⁷², los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares²⁴⁷³, quienes solo podrán ser titulares respecto de estos bienes de concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley, situaciones estas jurídicas que de ninguna manera les confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo²⁴⁷⁴.

2550. Por su parte las disposiciones citadas del Código Nacional de los Recursos Naturales renovables agregan que, sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas, sin distinción alguna, esto comprende las marinas también, son de dominio público, inalienables e imprescriptibles y adicionalmente que cuando en el código se hable de aguas sin otra calificación, se deberán entender las de dominio público (art. 80). Se agrega de manera clara y contundente en el código que entre otros y salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescindibles del Estado: Las playas marítimas, fluviales y lacustres, al igual que una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho²⁴⁷⁵ obviamente definidos de manera discrecional por las autoridades administrativas competentes de manera ponderada y proporcional atendiendo las circunstancias de cada caso (art. 83), en estos aspectos ceñidos a los preceptos claros y protectores del texto constitucional respecto de la los bienes de esta naturaleza²⁴⁷⁶.

2551. Como lo advertimos, es posible la coexistencia entre bienes de uso público y los de propiedad privada en algunos precisos espacios del litoral, respecto de los cuales, no se hubiere excluido su presencia en consolidación del principio de que en su mayoría los mencionados bienes involucran esencias mismas de lo público y del uso público. De darse la hipótesis de la propiedad privada, la misma se sujetará a las específicas limitaciones y restricciones que la condicionan a lo social y ecológico (función ecológica²⁴⁷⁷) en los términos del artículo 58 constitucional y por lo tanto, que la sujeta a las precisas normas de intervención económica y urbanística desarrolladas en nuestro ordenamiento para estos propósitos siempre por razones de interés público y general²⁴⁷⁸.

3. EL SUBSUELO

2552. Reconoce el artículo 102 de la Constitución el subsuelo como uno de los elementos que integran el territorio nacional y con ello da continuidad a la tradición constitucional centenaria que ha rodeado la materia toda vez que también bajo la vigencia del anterior ordenamiento superior se dijo tal cuestión en el artículo 202 lo que también contó con precepto legal expreso sobre el particular²⁴⁷⁹⁻²⁴⁸⁰.

2553. En este orden de ideas, el subsuelo, entendido como la porción de terreno que se ubica debajo de la extensión superficial de la tierra y que cuenta con materiales minerales apreciados en el tráfico económico, comercial y/o para el desarrollo de diversas industrias, es de exclusiva titularidad estatal, como lo preconiza el artículo 332 superior “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables”²⁴⁸¹, sin embargo, respetuoso de la fórmula jurídica de los derechos adquiridos y del derecho de propiedad también a nivel constitucional se ha reconocido en ese mismo precepto y en armonía plena con el artículo 58 del mismo orden²⁴⁸² que tal mandato imperativo debe ser entendido sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados de acuerdo a las leyes preexistentes, pues

también es verdad sabida que antigua legislación reconocía válidamente la posibilidad de la apropiación privada del subsuelo²⁴⁸³⁻²⁴⁸⁴.

2554. Es por tal razón que la Ley 685 de 2001 instituye como único mecanismo habilitante para la exploración y explotación el contrato de concesión minera debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional²⁴⁸⁵, siendo definida la concesión minera, por el artículo 45 de la misma ley, como el contrato que se suscribe entre el Estado y un particular para

... efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código.

Sin embargo, también se sabe que por vía de tal concesión no adquiere el beneficiario derecho de propiedad o dominio sobre el subsuelo, pues tal titularidad estatal deviene en inalienable e imprescriptible²⁴⁸⁶, esto es, “el contrato de concesión no le otorga al concesionario particular la titularidad sobre los bienes del subsuelo, que siguen siendo de propiedad estatal”²⁴⁸⁷, de allí su necesaria característica de temporalidad, pues las prerrogativas que adquiere el beneficiario solo se extienden por el periodo máximo prefijado en la ley y establecido en el contrato²⁴⁸⁸.

4. EL ESPACIO AÉREO

2555. El espacio aéreo comprende la franja o porción de la atmósfera ubicada sobre la tierra y en la que se desarrollan, entre otras, actividades de carácter aeronáutico, de ahí que la importancia de su regulación se deba al surgimiento del avance tecnológico de este medio de transporte. Precisamente los artículos 1.º de los Convenios para la Reglamentación de la Navegación Aérea Internacional (Convenio de París de 1919) y sobre Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago de 1944)²⁴⁸⁹ formulan el principio de soberanía estatal sobre el espacio aéreo así “Las Altas Partes contratantes reconocen que toda potencia tiene la soberanía completa y exclusiva sobre el espacio atmosférico de encima de su territorio. A los fines de la presente Convención se entenderá por territorio de un Estado el territorio metropolitano y colonial y las aguas territoriales adyacentes a ese territorio”, el primero de los citados instrumentos y, de manera similar, el segundo instrumento reitera esta línea en los siguientes términos: “Los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio”, comprendiendo por tal las áreas terrestres y aguas territoriales adyacentes. En razón a lo anterior y en ejercicio de las prerrogativas soberanas el Estado adquiere competencias de regulación, inspección, vigilancia y control sobre tal segmento, principalmente para la garantía de la seguridad del tráfico aéreo, sin perjuicios de la creciente regulación jurídica internacional sobre la materia²⁴⁹⁰.

2556. En todo caso, conviene apenas señalar que no existe una claridad sobre las fronteras del espacio aéreo pues si bien es verdad que su límite horizontal lo constituye el suelo terrestre y/o las aguas marítimas no se puede predicar tal claridad respecto de la delimitación vertical o superior, pues aún no existe un consenso jurídico internacional sobre el particular y la cuestión no es de menor importancia pues la delimitación del espacio aéreo del espacio ultraterrestre²⁴⁹¹ marca el límite entre el ejercicio de soberanía respecto del primero y la vigencia del llamado principio de no apropiación que se predica del segundo.

5. EL SEGMENTO DE LA ÓRBITA GEOESTACIONARIA

2557. Corresponde a un bien escaso del que gozan solo aquellos territorios que se ubican en zona ecuatorial del planeta, siendo en Latinoamérica los ubicados en Colombia, Ecuador y Brasil, pues esta es una órbita circular que se encuentra en el plano ecuatorial a unos 35.786 kilómetros de la tierra. La importancia trascendental de este bien reside en el hecho de servir de medio idóneo y de excepción para facilitar la comunicación a nivel satelital toda vez que se sabe que aquellos artefactos ubicados en esa zona observan una rotación similar a la del globo terráqueo lo que facilita la interconexión entre satélites ubicados de manera estratégica en orden a extender la comunicación en la mayor medida posible a diversos puntos de la tierra, ello al margen de ulteriores desarrollos tecnológicos o científicos en los ámbitos de navegación y tráfico aéreo²⁴⁹².

2558. Sobre el particular el artículo 44 de la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (enmendado)²⁴⁹³ prescribe que respecto de la utilización de la órbita de los satélites geoestacionarios y las bandas de frecuencia se tendrá en cuenta que

... son recursos naturales limitados que deben utilizarse de forma racional, eficaz y económica, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Radiocomunicaciones, para permitir el acceso equitativo a esas órbitas y a esas frecuencias a los diferentes países o grupos de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países.

2559. En el caso colombiano importa destacar la tensión entre los Estados ecuatoriales, esto es, los que tienen territorios ubicados en zona ecuatorial y la comunidad internacional en torno a las reclamaciones sobre titularidad de derechos, por parte de los primeros, en contraposición al principio de no apropiación del espacio ultraterrestre. De lo primero da cuenta, principalmente, la así llamada Declaración de Bogotá suscrita en 1976 por Brasil, Congo, Ecuador, Indonesia, Kenia, Uganda, Zaire (hoy República Democrática del Congo) y Colombia donde reclaman soberanía nacional sobre los respectivos segmentos de órbita al asociarlos bajo la noción de territorio nacional; en sentido opuesto se encuentra el ‘Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes’²⁴⁹⁴, que en su artículo segundo fija como principio el que unos y otros “no podrán ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera”²⁴⁹⁵.

2560. Conteste con esa problemática la jurisprudencia constitucional ha dispuesto la realización de declaraciones interpretativas a instrumentos internacionales²⁴⁹⁶ del siguiente tenor:

El Estado colombiano reafirma que el segmento de la órbita geoestacionaria que le corresponde forma parte del territorio colombiano según lo establecido en los artículos 101 y 102 de la Constitución, y entiende que ninguna norma de estas enmiendas es contraria a los derechos reclamados por los Estados ecuatoriales al respecto ni podrá ser interpretada en contra de tales derechos.

6. EL ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO

2561. El espectro electromagnético corresponde a un conjunto de ondas que registran variadas radiaciones electromagnéticas. La jurisprudencia constitucional lo ha definido como “una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan

diversos mensajes sonoros o visuales”²⁴⁹⁷. La importancia de este bien se encuentra en que es útil para el transporte de información e imágenes.

2562. Por tal razón es que algunos medios de comunicación necesariamente requieren servirse del espectro electromagnético como vehículo de recepción, emisión y difusión de su información, razón por la cual conviene verificar los criterios convencionales y constitucionales relacionados con la competencia de intervención del Estado en dicho bien público a través de la Ley.

2563. Así, se verifica que el artículo 75 de la Constitución Política establece que

El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que *fije la ley*. // Para garantizar el pluralismo y la competencia, el Estado intervendrá por *mandato de la ley* para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético (cursiva fuera de texto).

2564. Sobre ello, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, ha considerado que el acceso al espectro electromagnético “debe darse por medios no discriminatorios, sustancialmente ligados a la concurrencia, por lo tanto la participación amplia de interesados para su acceso, pero también, a la competencia entre los agentes del mercado interesados en su utilización”²⁴⁹⁸, lo que encuentra plena justificación por cuanto en el marco jurídico de la libertad de expresión se impone al Estado el deber de promover el pluralismo informativo y la no concentración o monopolización de los medios de comunicación²⁴⁹⁹⁻²⁵⁰⁰, en aras de garantizar la diversidad y el equilibrio informativo y expresivo, todo dentro del marco establecido por el legislador y no por la administración unilateralmente.

2565. Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las finalidades de la intervención del Estado, a través de la Ley, en el espectro electromagnético hacen relación con la preservación de la finalidad social de los medios de comunicación audiovisuales, el uso técnicamente adecuado del espectro, la igualdad de oportunidades en su acceso y evitar la conformación de monopolios²⁵⁰¹.

2566. En similar sentido, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n.º 34 precisó que “Los Estados partes no deben imponer regímenes de licencia y derechos onerosos a los medios de la radiodifusión y la televisión [...]. Los criterios para la aplicación de esos regímenes o el cobro de esas licencias deben ser razonables y objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios”²⁵⁰²; del mismo modo, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado en que “los requisitos administrativos, económicos y técnicos que se exijan para el uso de licencias sean los estrictamente necesarios para garantizar su funcionamiento, que estén previstos en la regulación de modo claro y preciso, y que no puedan ser modificados de manera injustificada mientras dura la licencia”²⁵⁰³, criterio este que se ajusta a la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al elemento de necesidad estricta en el marco una sociedad democrática.

2567. El espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.

2568. Este precepto constitucional no identifica un elemento del territorio a partir de una denominación jurídica precisa y/o característica física; el enunciado recoge escenarios, presentes o futuros, en los cuales el sistema jurídico reconoce como posibilidad válida el ejercicio de competencias imputables al Estado colombiano en otros medios diferentes a los descritos en el artículo en cita; de consiguiente, el enunciado va más allá al admitir la jurisdicción del Estado en contextos que exceden la base territorial tradicional y físicamente considerada.

2569. De ahí, entonces, que la preceptiva admita ser diseccionada en dos partes complementarias, así: *i) el espacio donde actúa*, referencia esta que remite al ejercicio de jurisdicción, funciones o el despliegue de manifestaciones cuya titularidad cabe atribuir al Estado y *ii) de conformidad al Derecho Internacional o con las leyes, a falta de normas internacionales*, de donde se puede afirmar que el precepto es una referencia normativa en blanco toda vez que remite a otros ordenamientos a los fines de lograr la concretización del espacio donde se ejerce esas competencias; de una parte, remite el ordenamiento jurídico al derecho internacional²⁵⁰⁴⁻²⁵⁰⁵ y, en su defecto, a falta de estas, a las leyes nacionales.

2570. Sobre este punto debe dejarse apenas anotado que este pasaje del artículo 102 admite una lectura en cuya virtud se puede fundamentar la extraterritorialidad de la ley nacional (o, mejor aún, la extraterritorialidad de la jurisdicción soberana del Estado) la cual se determina, según la doctrina²⁵⁰⁶, con arreglo a los principios de personalidad activa, pasiva, protección y de jurisdicción universal.

C. LAS POTENCIALES AFECTACIONES DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 2012, “DIFERENDO TERRITORIAL Y MARÍTIMO (NICARAGUA C. COLOMBIA)”

1. DELIMITACIÓN DE LAS REGLAS PLANTEADAS POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN LA SENTENCIA²⁵⁰⁷

2571. La República de Colombia se vio enfrentada a la decisión de la Corte Internacional de Justicia adoptada mediante la Sentencia del 19 de noviembre de 2012 (teniendo en cuenta también la decisión de la Corte Internacional de Justicia del 13 de diciembre de 2007 en la que se definió la competencia²⁵⁰⁸), con la que se resolvió un largo diferendo territorial marítimo (que lleva casi cuatro décadas, pero que se proyecta al período de la Colonia), en el cual la alta instancia jurisprudencial vertió una serie de elementos que constitucional y legalmente pueden tener efecto en la regulación del litoral caribe colombiano, ya que afecta tanto la Ley 9.^a de 1961, como la Ley 10 de 1978, así como la Carta Política de 1991 (en especial el artículo 101^[2509]), razón que me lleva a reseñar los aspectos más relevantes de esa decisión que deben ser objeto de un mayor análisis en su oportunidad²⁵¹⁰.

2572. En cuanto a la apropiación de las islas, se da continuidad a la regla de derecho internacional según la cual por pequeñas que sean serán susceptibles de apropiación²⁵¹¹. Sin perjuicio de lo anterior, dicha regla de derecho internacional no es aplicable a las denominadas “elevaciones de bajamar”, respecto de las cuales solo se podrá invocar su apropiación en la medida en que ellas se encuentren dentro del mar territorial de un Estado.

2573. Con respecto a esos criterios la sentencia de la Corte Internacional de Justicia señaló (i) las islas, independientemente de su superficie, son susceptibles de apropiación; (ii) de acuerdo con el derecho internacional público se define como isla aquella que está formada naturalmente y se encuentra por encima de las aguas en mareas altas, sin que sea comprensiva su formación geológica²⁵¹²; (iii) no obstante, las elevaciones de bajamar no son objeto de apropiación; (iv) en todo caso un “Estado costero tiene soberanía sobre las elevaciones de bajamar que se encuentran en su mar territorial en tanto es soberano sobre su mar territorial”, y (v) las elevaciones de bajamar que hacen

parte del mar territorial se consideran para la delimitación del denominado “punto de arranque del mar territorial”²⁵¹³.

2. IMPLICACIONES DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ORDENAMIENTO INTERNO COLOMBIANO

2574. Ahora bien, la legislación interna colombiana, en especial las leyes 9.^a de 1961 y 10.^a de 1978, los Decretos ley 2811 de 1974 y 2324 de 1984; los Decretos 1946 de 2013 y 1119 de 2014, y las demás normas en materia de áreas de litoral pueden haber resultado afectadas con la interpretación dada por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia por varias razones: (i) según la regla de derecho internacional establecida en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia “hasta la isla más pequeña genera 12 millas náuticas de mar territorial”²⁵¹⁴; (ii) el *uti possidetis juris* no es adecuado para la determinación de elementos marítimos sobre los que se ejerce soberanía para el caso en concreto²⁵¹⁵; (iii) los actos de soberanía no se limitan a la legislación, o a los actos administrativos de control, sino que se pueden ofrecer a partir del ejercicio de poderes o potestades de Estado tanto en términos de calidad, como de cantidad²⁵¹⁶; (iv) la Corte considera que “para que una costa se considere relevante para los efectos de la delimitación, debe generar proyecciones que se superpongan con las proyecciones de la costa de la otra Parte”; (v) en caso de operar las reglas consagradas en la Convención de las Naciones Unidas la Corte Internacional de Justicia señala: (a) los derechos marítimos reconocidos a una isla en los parágrafos 2.^o y 3.^o del artículo 121 de la mencionada Convención están limitados; (b) se niega que las rocas o formaciones de ese tipo puedan hacer parte de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, en tanto no son aptas para permitir que esté habitada por personas y para su desarrollo productivo o económico, sin perjuicio del principio de derecho internacional público según el cual “las islas generan los mismos derechos marítimos que cualquier otra porción de territorio”. Por lo tanto, según lo consagrado en el artículo 121, el régimen jurídico de la Convención de las Naciones Unidas para el Mar es indivisible y opera como costumbre internacionalmente aceptada²⁵¹⁷; (vi) para la delimitación de sus costas se deben tener en cuenta las “proyecciones que se superpongan con las proyecciones de la costa de la otra parte”, por lo que cuando la extensión submarina de una de las costas no se superpone debe ser excluida en todo caso²⁵¹⁸; (vii) de acuerdo con la anterior regla, la Corte se pronuncia solo “sobre los derechos colombianos que se superponen con las 200 millas náuticas de la plataforma continental y la zona exclusiva de Nicaragua, de modo que se determina que la costa de Colombia no genera derecho alguno, deduciendo “que no puede considerarse parte de la costa relevante para nuestro propósito”, por lo que los efectos jurídicos se limitan a las costas sobre las que se acepta la soberanía de nuestro país, y en este caso la costa de las Islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, sin que pueda operarse dicho reconocimiento a los cayos, quedando reducida a 58 km²⁵¹⁹.

2575. Analizadas las anteriores reglas con base en la legislación colombiana pre-constitucional (anterior a la Carta Política de 1991), y en el marco de la Constitución vigente, surgen los siguientes impactos.

2576. En primer lugar, según la Ley 9.^a del 15 de marzo de 1961 (con la que se aprobó la Convención sobre la Plataforma Continental, suscrita en Ginebra el 29 de abril de 1958), la plataforma continental comprende

[...] a) El lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas pero situadas fuera de la zona del mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros o, más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas adyacentes permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas; b) El lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas análogas, adyacentes a las costas de islas.

En su primer literal esta norma se sustenta en el *uti possidetis juris*, considerado por la Corte Internacional en la sentencia como inadecuado para la determinación de los elementos marítimos, que al no tener respaldo más que en el criterio fijado en la Convención sobre la Plataforma Continental, con otros tratados o convenciones, no sería útil para establecer la soberanía.

2577. Al haber variado la extensión de las áreas marítimas reconocidas como delimitación entre Colombia y Nicaragua, que se representan en los más de 75 Km² que se entienden por fuera de la soberanía de la República de Colombia, se pone en cuestión lo consagrado en el artículo 3.º de la mencionada ley, ya que variaría el régimen de las “aguas suprayacentes como alta mar, no al del espacio aéreo situado sobre dichas aguas”, así como lo relacionado con la decisión de permitir la conservación de cables o tuberías submarinas en la plataforma continental (art. 4.º), ya que al no tener reconocida la soberanía por la sentencia, esta regla, aunque invariable y para el servicio de nuestro país no puede imponer renegociación alguna con la República de Nicaragua por los sujetos interesados.

2578. Si bien aún no se ha definido lo relacionado con la zona económica exclusiva, sino que solo se ha agotado lo relativo a la delimitación marítima de las costas y la soberanía sobre las islas y el archipiélago de San Andrés, está en curso una demanda (del 26 de noviembre de 2013) que la República de Nicaragua presentó contra Colombia, destinada a resolver lo relacionado con la “Zona contigua de los territorios insulares”, específicamente por la expedición y entrada en vigencia del Decreto 1946 del 9 de septiembre de 2013, pero que se sujeta a las reglas fijadas por la Corte Internacional de Justicia en la decisión de 2012. Esto puede entrar en contradicción con lo consagrado en el artículo 5.º^[2520] de la Ley 9.ª de 1961 ya que el área de delimitación reconocida a la República de Nicaragua está siendo objeto de autorización para la explotación de recursos hidrocarburíferos, norma que no se corresponde con las normas y principios internacionales, ya que parte de la misma fue declarada por la Unesco Reserva de Biosfera el 10 de noviembre de 2000.

2579. Asimismo, puede haber quedado sin sustento lo consagrado en el artículo 6.º por las siguientes razones: (i) la regla según la cual cuando “una misma Plataforma Continental sea adyacente al territorio de dos o más Estados cuyas costas estén situadas una frente a la otra, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos”, y en caso de no lograr el acuerdo, la delimitación se fijará “por la línea media cuyos puntos sean todos equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado”, siguiendo la regla de la equidistancia razonable, no es operativa aplicando el test de desproporcionalidad y aquello de los efectos derivados de las proyecciones superpuestas de la costa de Colombia con Nicaragua; (ii) el principio de equidistancia afirmado en el numeral 2 del artículo 6.º^[2521] de la Ley 9.ª de 1961 debe ajustarse a la interpretación de la Corte Internacional de Justicia, que se hace vinculante al Estado no solo por virtud del Pacto de Bogotá de 1948, sino también por la aplicación de normas de derecho internacional público según lo contenido en el artículo 38 del Estatuto de la misma Corte, y (iii) finalmente, los criterios del inciso 3.º del mismo artículo 6.º dejan de ser aplicables ya que la delimitación no obrará ni conforme a las cartas marítimas, ni a las características geográficas, ni teniendo en cuenta puntos fijos permanentes o identificables en tierra firme, ya que las rocas o

formaciones de ese tipo no permiten afirmar la soberanía, y según la Corte Internacional, no generan áreas a delimitar como sí ocurre con las costas.

2580. Ahora bien, en cuanto a la Ley 10.^a del 4 de agosto de 1978^[2522] los impactos que la sentencia del 19 de noviembre de 2012 de la Corte Internacional de Justicia tiene son los siguientes: (i) el mar territorial definido por el artículo 1.^o^[2523] debe ser redefinido, especialmente por la configuración dada a los territorios insulares, y el reconocimiento de 58 km, a partir de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina solamente; y, de acuerdo con la demanda presentada por la República de Nicaragua en el 2013, queda en cuestión la extensión de la soberanía que el inciso 2.^o del artículo 1.^o afirma respecto de su extensión en el lecho y subsuelo del mar²⁵²⁴; (ii) asimismo, queda sin efecto el límite exterior del mar territorial fijado en el artículo 3.^o^[2525], respecto del mar Caribe, en los términos de la decisión de la Corte Internacional de Justicia. En similares condiciones de inaplicación están los criterios fijados por el artículo 4.^o^[2526], al entenderse que la línea de bajamar se cuenta desde las costas de las islas, y no desde rocas o formaciones rocosas existentes en el mar Caribe; (iii) está en cuestión la delimitación de la zona económica exclusiva según la demanda presentada por la República de Nicaragua en 2013, y se reduce en los 75.000 Km² aproximadamente, que fueron objeto de reconocimiento como soberanía de dicho país, llevando a la inaplicación del artículo 7.^o de la legislación en comento, con lo que se afectan y podrán restringirse los derechos que afirma ejercer Colombia bajo su soberanía según el artículo 8.^o ; (iv) los criterios anteriores, que se debían aplicar al archipiélago de San Andrés según el artículo 9.^o^[2527] deben ceder a lo determinado por la Corte Internacional de Justicia, y (v) operan las restricciones sobre el territorio según las cuales ya no se puede ejercer soberanía, y el que sigue en discusión relacionado con la plataforma continental en los términos del artículo 10.^o .

2581. En cuanto al Decreto ley 2811 de 1974, se advierte que en lo consagrado en los artículos 10.^o y 11 puede tener impacto la sentencia de la Corte Internacional de Justicia que determina que una superficie no puede estar bajo la soberanía de la República de Colombia; además, si la República de Nicaragua pretende desarrollar dicha zona y explotar los recursos hidrocarburíferos y de otro tipo presentes en ella (*v.gr.*, la construcción de un canal interoceánico), tales actos tienen implicaciones para las aguas marítimas nacionales y los elementos que contienen por tratarse de una reserva de biosfera, y por las singulares características de los bienes ambientales, recursos naturales y ecosistemas, pueden dar lugar a la necesaria cooperación, concertación y acuerdo para su uso sin afectarlos, o sin generar vulneraciones a las comunidades afrodescendientes o raizales de la zona, lo que ha sido planteado en la Opinión Consultiva formulada por Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se planteó:

... ¿de qué forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de que las nuevas grandes obras de infraestructuras afecten de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe y, en consecuencia, el hábitat humano esencial para el pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos?

Asimismo, se busca determinar cómo se debe interpretar el Pacto de San José en relación con otros tratados en materia ambiental que buscan proteger zonas específicas, como es el caso del Convenio para la Protección y el Desarrollo del medio marino en la Región del Gran Caribe en relación con la construcción de grandes obras de infraestructura en Estados parte de esos tratados y las respectivas obligaciones internacionales en materia de

prevención, precaución, mitigación del daño y de cooperación entre los Estados que se pueden ver afectados²⁵²⁸.

Tal es el planteamiento de Colombia por las serias implicaciones que se derivan de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 19 de noviembre de 2012 y que están siendo proyectadas o llevadas a efecto por la República de Nicaragua, poniendo en cuestión la tutela de los derechos humanos de las comunidades, y en especial el derecho al ambiente sano consagrado en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos de San Salvador de 1977.

2582. Una vez entrada en vigencia la Carta Política de 1991 son varios los preceptos constitucionales en los que se establecen las reglas para la defensa de la soberanía del territorio, especialmente de las áreas marítimas, y para su definición como bienes en cabeza del Estado o bajo su tutela. En ese sentido (i) el artículo 2.º establece como fin esencial del Estado el mantenimiento de la integridad territorial; (ii) a su vez, el artículo 101 fija las reglas constitucionales para afirmar los límites de Colombia: (a) que son los consagrados en tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República, así como aquellos definidos por laudos arbitrales; (b) su modificación se debe dar por tratados en las mismas condiciones anteriores; (c) se reconoce expresamente que incluye “el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen”; (d) como parte del país se entienden, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, y dichos bienes se consideran públicos, esto es, que pertenecen a la Nación.

2583. La definición del mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva y las islas, islotes, cayos, morros y bancos, así como el archipiélago de San Andrés y Santa Catalina, sufren serias implicaciones como consecuencia de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 19 de noviembre de 2012.

2584. En primer lugar, la consecuencia afirmada por el constituyente de entender que los islotes, cayos, morros y bancos son áreas sobre las que ejerce soberanía el Estado de Colombia, y por tanto, le pertenecen como bienes públicos, cede ante la interpretación de la Corte para la que solo de las islas se desprende el ejercicio de soberanía, y no es factible emplear el *uti possidetis juris* para determinar bienes marítimos sobre los que se ejerce soberanía, de manera que la zona económica exclusiva y la plataforma continental no pueden definirse, ni los bienes a su interior, con base en límites fijados por rocas o formaciones rocosas como los cayos, islotes, morros o bancos, categorías que quedan bajo la cobertura de las normas de derecho internacional público (como el art. 121 de la Convención de las Naciones Unidas del mar) y la interpretación que a la misma ha dado la Corte Internacional en el caso bajo estudio.

2585. En segundo lugar, la consagración de los límites con base en tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República entra en seria contradicción, ya que la sentencia del 19 de noviembre de 2012 no hace parte de modalidad alguna consagrada por el constituyente de 1991, pues el Tratado Esguerra-Bárceñas (1928), que era el que regía la delimitación limítrofe entre Colombia y Nicaragua, y que fue desechado por la Corte Internacional, sería la norma que encuadraría en lo consagrado en el artículo 101 de la Constitución, de manera que el cambio que se vaya a operar con ocasión de la mencionada decisión judicial debe elevarse a tratado internacional para que de esa forma se surta la exigencia y trámite constitucionalmente amparado.

2586. De acuerdo con la Sentencia C-269 del 2 de mayo de 2014, el territorio como presupuesto de existencia del Estado, su protección como fin esencial, las funciones del Presidente de la República

para asegurar la inviolabilidad del territorio y las reglas de conformación y configuración del mismo según el artículo 101 “ostentan una fuerza normativa especial que se traduce (i) en su primacía general frente a cualquier disposición, nacional o internacional y (ii) en la presunción de inconstitucionalidad de cualquier medida que pueda afectar sus prescripciones”. Bajo tales presupuestos la Corte Constitucional plantea una seria contradicción con la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, ya que al dotar de prevalencia a las reglas constitucionales por sobre mandatos del orden internacional²⁵²⁹, puede que deje sin reconocimiento lo decidido en la misma, planteando la tensión con el respecto a la Convención de Viena de 1969 (Derecho de los Tratados), y a los artículos 26 (respeto al *pacta sunt servanda*²⁵³⁰) y 27 (no invocación del derecho interno para incumplir tratados), salvo que se entienda que esta interpretación busca acoger el supuesto del artículo 46.1 según el cual este podría invocar el derecho interno cuando la disposición internacional pueda comprender una violación manifiesta y “afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”, entendida tal violación según el artículo 46.2 como aquella que “resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe” (cfr., en ese sentido, Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 3 de febrero de 2012, caso “Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania vs. Italia)”, sin perjuicio del reconocimiento que la jurisprudencia constitucional ha dado a ciertos principios de derecho internacional²⁵³¹).

2587. Ahora bien, en la citada Sentencia C-269 de 2014 la Corte Constitucional fijó una serie de reglas de armonización para la aplicación de los artículos 4.º y 101 de la Carta Política y el cumplimiento de la buena fe de los tratados perfeccionados. En ese evento se trata de contrastar lo regulado en el Pacto de Bogotá de 1948, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la Convención de las Naciones Unidas del Mar, así como la costumbre internacionalmente reconocida, bajo presupuestos tales como: (i) la tensión entre la afirmación del principio básico del *pacta sunt servanda*, y los mandatos constitucionales la resuelve sosteniendo que “la regla de supremacía constitucional respecto de los tratados no es una norma novedosa para el ordenamiento jurídico colombiano, ni para los órganos, entidades o dependencias del Estado, quienes siempre han conocido los términos de aceptación del aludido principio y, por ende, se han encontrado vinculados al ineludible deber de armonizar las obligaciones internacionales con la Constitución Política”; (ii) en todo caso la “maximización de los intereses constitucionales que se encuentran en conflicto, debe evitar el establecimiento de un predominio absoluto de las normas constitucionales en tensión. Por ello, la obligación de armonizar el deber de aplicar las disposiciones constitucionales y el deber de cumplir de buena fe los compromisos internacionales, no puede traducirse en la fijación de una regla que tenga como efecto privar de contenido a alguno de ellos. La armonización exige reconocer que del artículo 101 se deriva un deber de incorporación de las decisiones referidas a asuntos limítrofes, por medio de la celebración, aprobación y ratificación de un tratado”, y (iii) la armonización como obligación “permite, en esta oportunidad, hacer compatible la cometido de cumplir las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano, expresión de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, con el mandato de respetar los contenidos mínimos de una disposición que, como el artículo 101, define uno de los asuntos más significativos desde la perspectiva de la organización constitucional”.

2588. Está claro que la Corte Constitucional de Colombia invoca una serie de fundamentos constitucionales con los que pretende salvaguardar la integridad del artículo 101, que entran en colisión con lo decidido por la Corte Internacional de Justicia en la sentencia del 19 de noviembre de 2012, lo que implica que de momento las áreas que el fallo último determina que deben redelimitarse no tengan

una plena certeza de su situación jurídica: ¿dejaron de ser bienes públicos de la Nación colombiana?, ¿mantienen esta naturaleza?, ¿al entrar en cabeza de otro Estado, pueden afectar los entornos en los que quedaron enclavadas las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina?, y ¿ello puede en el fondo afectar los derechos humanos de las comunidades que al encontrar que ciertos bienes han dejado de estar definidos como bienes públicos de la Nación colombiana, pueden tener otra naturaleza jurídica bajo otro ordenamiento jurídico, como el de Nicaragua, permitiendo su explotación y aprovechamiento contrariando normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional de protección del ambiente? Se trata de cuestionamientos que no han sido resueltos, y que estarán aún en discusión con el proceso que cursa desde 2013 ante la misma Corte Internacional de Justicia con relación a la definición de la zona económica exclusiva.

2589. Con relación a este último aspecto, se debe tenerse en cuenta que mediante el Decreto 1946 del 18 de febrero de 2013 el Gobierno colombiano: (i) reglamentó la determinación de los territorios insulares de Colombia en el mar Caribe occidental, comprendiendo incluso las islas, islotes, cayos, morros, bancos, elevaciones de bajamar, bajos y arrecifes adyacentes a cada isla, que configuran el Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia²⁵³²; (ii) reafirmó que la soberanía de Colombia se ejerce sobre todas las áreas anteriores “y ejerce jurisdicción y derechos soberanos sobre los espacios marítimos que ellos generan”, según lo prescrito en la Carta Política, la Ley 10.^a de 1978, el Decreto 1946 de 2013 y el Decreto nacional 1119 de 2014^[2533]; (iii) determinó que según el artículo 101 constitucional, el derecho internacional consuetudinario, las leyes 10.^a de 1978 y 47 de 1993, se entienden como integrantes de Colombia al “mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva que generen sus territorios insulares en el mar Caribe occidental”. Agregando que la plataforma continental y la zona económica exclusiva hacia el oriente “se superponen con la plataforma continental y la zona exclusiva generadas hacia el noroccidente por la costa Atlántica colombiana”; (iv) reglamentó la delimitación limítrofe en los términos y condiciones señaladas en la Ley 10.^a de 1978^[2534]; (v) fijó la extensión del mar territorial de los territorios insulares de la República de Colombia en el mar Caribe occidental²⁵³⁵; (vi) definió la zona contigua de los mismos territorios, determinando que se extiende “hasta una distancia de 24 millas náuticas”, las que generan zona ininterrumpida en todo el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina²⁵³⁶, y (vi) afirmó que los derechos de terceros Estados no se ven afectados por lo consagrado en esta reglamentación²⁵³⁷.

2590. Lo anterior exige del Estado colombiano revisar si la decisión de la Corte Internacional de Justicia afecta leyes preconstitucionales (vigentes), y la Carta Política de 1991 respecto de la delimitación, regulación y alcance del ejercicio de la soberanía y competencias del Estado en áreas del litoral caribe colombiano, ya que pueden haber quedado profundamente modificadas.

D. BIENES PÚBLICOS

2591. El régimen constitucional distingue claramente tres tipos de propiedad, todas protegidas y garantizadas no solo en la misma constitución sino también en los términos de las leyes civiles, y en las cuales se involucran diversas clases de bienes, son estas la propiedad privada, la propiamente estatal y la pública²⁵³⁸. Al respecto la Corte Constitucional ha delineado el alcance y contenido de cada una de estas modalidades determinando que de una lectura sistemática de la Constitución Política, se distinguen tres clases de propiedad: privada, estatal y pública:

2592. La propiedad privada puede ser individual o colectiva (CP art. 58 en concordancia con los art. 329 y 55 transitorio) ²⁵³⁹; la propiedad estatal también está determinada en los artículos 58 y 332 de la Constitución que se refiere en forma global al subsuelo y a los recursos naturales renovables como pertenecientes no ya a la República, sino al Estado²⁵⁴⁰; la propiedad pública²⁵⁴¹ se establece en los artículos 63, 82 y 102 de la Constitución y comprende una pluralidad de bienes caracterizados precisamente por su titularidad en la nación y demás entidades públicas²⁵⁴². Para efectos del presente trabajo nos ocuparemos de los principales, entre ellos los que, en términos del artículo 102 de la Constitución Política, siendo públicos le pertenecen a la Nación.

2593. En relación con los bienes de propiedad pública, y no obstante las múltiples críticas que la doctrina nacional, en especial la civilista, ha hecho en el sentido de la falta de técnica legislativa en cuanto al tratamiento de estos bienes en el Código Civil, lo cierto es que este ordenamiento continúa en la hora actual de nuestra evolución constituyendo el punto básico o piedra angular de cualquier referencia que se haga en torno a los bienes del común y de los diferentes entes públicos. Herencia proveniente del Código Civil francés y más directamente del chileno, que es la fuente inmediata del nuestro²⁵⁴³, sin negar algunas otras tipologías surgidas de la normativa legal especial en materia de bienes del Estado, como los bienes ejidos y los baldíos, y el espacio público, entre otros.

2594. La legislación civil enseña que “los bienes consisten en cosas corporales o incorporales²⁵⁴⁴⁻²⁵⁴⁵, de donde se deriva una suerte de clasificación y subclasificación. Así, por ejemplo, las cosas corporales se dividen en muebles²⁵⁴⁶ e inmuebles²⁵⁴⁷⁻²⁵⁴⁸ y, a su vez, están son subclasificadas, en razón a la titularidad del derecho de dominio, en donde se encuentran los bienes de los particulares, en personas naturales o jurídicas²⁵⁴⁹, y aquellos que pertenecen a la Nación, denominados bienes de uso público y fiscales. Veamos cada uno de ellos:

1. BIENES DE USO PÚBLICO

2595. Ahora, a las voces del artículo 674 del Código Civil “[s]e llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República”, los cuales, en consonancia con el inciso segundo de la misma disposición, si “... su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio...”²⁵⁵⁰.

2596. Así las cosas, si el bien reúne estas dos características, la de pertenecer a una entidad de derecho público y, adicionalmente, estar destinado al uso por igual de todos los habitantes del territorio nacional, el bien es indiscutiblemente de aquellos que la ley civil califica como de uso público, lo que implica, también, lo siguiente: que son de propiedad pública; su uso es común y general, lo que imposibilita la generación de derechos subjetivos particulares; son imprescriptibles; son inembargables; son inalienables.

2597. Dentro de esta modalidad pueden ubicarse el mar jurisdiccional del Estado colombiano, los ríos, las lagunas, los humedales, las vías públicas, calles, plazas, puentes, caminos, el espacio aéreo, el espectro electromagnético, etc. Según lo dispuesto por el artículo 678 del Código Civil, el uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes.

2598. Los bienes de uso público por expreso mandato constitucional son inalienables, inajenables e imprescriptibles²⁵⁵¹. Ahora bien, esta última característica, la de su no embargabilidad ha tenido un

amplio desarrollo en nuestra legislación y jurisprudencia, en cuanto elemento determinante de la naturaleza de los bienes de la Nación, sean estos de uso público o fiscales.

2599. En la legislación civil colombiana donde desde la expedición del Código de Don Andrés Bello se dispuso que “[l]os bienes de uso público no se prescriben en ningún caso”²⁵⁵² y, en consecuencia, el proceso de declaración de pertenencia “no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público”, el Código General del Proceso que, reglamentó expresamente las consecuencias procesales de incoar una acción de pertenencia sobre bienes cuyo derecho de dominio se encuentra en cabeza de la Nación o de las entidades públicas que la representan. Al efecto, el artículo 375 de la Ley 1564 de 2012 señala:

Artículo 375. Declaración de pertenencia. En las demandas sobre declaración de pertenencia de bienes privados, salvo norma especial, se aplicarán las siguientes reglas: 1. La declaración de pertenencia podrá ser pedida por todo aquel que pretenda haber adquirido el bien por prescripción. [...] 4. La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público. El juez rechazará de plano la demanda o declarará la terminación anticipada del proceso, cuando advierta que la pretensión de declaración de pertenencia recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público. Las providencias a que se refiere este inciso deberán estar debidamente motivadas y contra ellas procede el recurso de apelación.

2600+ La conclusión lógica ha de ser que la legislación civil no reconoce la adquisición de derecho alguno a quien alega haber poseído y adquirido el dominio por prescripción de un bien de propiedad de las entidades públicas o, dicho en otras palabras, de un bien imprescriptible²⁵⁵³. La Corte Constitucional frente a la misma discusión ha reiterado los anteriores planteamientos²⁵⁵⁴.

2601. Los particulares no pueden adquirir por prescripción adquisitiva o usucapión el dominio de los bienes que pertenecen a las entidades del Estado, sin importar que se trate de bienes de uso público o bienes fiscales, de manera que el derecho alegado en este sentido siempre será inexistente²⁵⁵⁵.

2. BIENES FISCALES

2602. A las voces del artículo 674 del Código Civil “[s]e llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República” y, aclara la norma, se denominan bienes fiscales aquellos “cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes” sino que se están destinados al uso específico de las entidades y autoridades públicas²⁵⁵⁶, ejemplo de los cuales serían los dineros, maquinarias o edificios usados por la administración para el ejercicio de sus funciones y la prestación de los servicios públicos a su cargo, oficinas públicas, predios del Estado o de las diferentes entidades públicas como cuarteles, fincas, minas; impuestos, etc., hipótesis que puede darse en casos excepcionales bajo los mismos parámetros expuestos a propósito de la propiedad privada, esto en la medida en que resulta prácticamente imposible que se pueda transformar un bien de uso público afecto al litoral en un bien fiscal²⁵⁵⁷.

2603. Se trata de una categoría diferente de bienes contrapuesta a los de uso público, y que se caracterizan por su contenido económico y por estar en el comercio y en el tráfico jurídico conforme a las reglas de orden público económico que los rige. De conformidad con su conceptualización son bienes esencialmente enajenables, imprescriptibles y por lo general embargables²⁵⁵⁸.

2604. Ahora bien, los bienes de propiedad de la nación en modalidad de fiscales están plenamente sujetos a lo preceptuado en el inciso 2.º del artículo 58 de la Constitución Política de 1991 que ordena que “la propiedad es una función social que implica obligaciones, y como tal le es inherente una función ecológica”²⁵⁵⁹. Se trata de un postulado básico del Estado social y democrático de derecho²⁵⁶⁰, y en ese sentido un bien fiscal de procedimientos de afectación por razones de interés general.

[2605]. [...] En efecto, en fallo del 15 de marzo de 1985 (exp. 3469) esta Sección consideró que “los bienes que poseen las entidades públicas en las mismas condiciones que los particulares y los adquieren como éstos por los distintos modos de adquisición son bienes fiscales por oposición a los de uso público [...] El carácter de bien fiscal del inmueble aquí cuestionado le imponía al Instituto las obligaciones inherentes a su explotación, al cumplimiento de la propiedad social impuesta por la Carta Constitucional (art. 30). En esto no existen excepciones”²⁵⁶¹; esta misma línea de pensamiento se vio reflejada, posteriormente, en otro fallo, esta vez de la Sección Primera, cuando se juzgaba la legalidad de del Decreto 663 de 1995^[2562], oportunidad en la cual la Sala precisó que respecto de los bienes de propiedad del Estado, se entiende ínsita la función social de los denominados bienes de uso público, sin embargo, en cuanto a los bienes fiscales anotó que “no siempre cumplen con dicha función social”²⁵⁶³, razón por la cual puede recaer sobre tales predios la extinción de dominio, siempre que no se acredite el cumplimiento de las obligaciones sociales que implica tal derecho...
²⁵⁶⁴.

3. BIENES EJIDOS

2606. Es difícil encontrar un concepto adecuado de bien ejido, en virtud de la evolución que sufrió la institución a través de los siglos, y a las desfiguraciones que se dieron desde la época colonial con otros tipos de bienes como las dehesas y los propios del cabildo, modalidades estas que al irse perdiendo con la evolución del derecho español en las Américas, terminaron en muchos casos, siendo recogidos bajo un concepto amplio de bienes ejidales²⁵⁶⁵. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1940 refiriéndose a que en Colombia no había legislación especial sobre ejidos, adoptó el concepto de ejido del diccionario de Escriche:

... El campo o tierra que está a la salida del lugar y no se planta ni se labra y es común para todos lo vecinos. Viene de la palabra latina “Exitus”, que significa salida. Los ejidos de cada pueblo están destinados al uso común de los moradores; nadie por consiguiente puede apropiárselos ni ganarlos por prescripción, ni edificar en ellos, ni mandarlos en legado; Ley 9, Título 28; Ley 7, título 29; Ley 25, título 32; Partida 3, y Ley 13 Título 9, Partida 6...

Agregó la Corte en aquella oportunidad que:

... Bajo el régimen colonial, la administración de las cosas del común de las ciudades o villas correspondía a los ayuntamientos o concejos. Durante la República, la legislación ha reconocido la existencia de los terrenos comunales respetando su carácter de tales y los derechos que sobre ellos tienen las ciudades (hoy municipios)
...²⁵⁶⁶.

2607. Esas mismas ideas fueron tomadas en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 26 de mayo de 1961 al negar una declaración judicial de pertenencia sobre un lote urbano de terreno de ejido²⁵⁶⁷ y del 28 de julio de 1987 destacando aún más su carácter comunal²⁵⁶⁸. En realidad se trataba de terrenos o predios que tenían cierta continuidad con las áreas urbanas de los municipios explotados

por esta entidad territorial para propósitos comunales en especial obras públicas, esencialmente imprescriptibles²⁵⁶⁹.

2608. La Ley 41 de 1948 da a entender que terrenos ejidos son los situados en cualquier municipio del país, por lo tanto, bienes municipales de uso público o común, imprescriptibles, sujetos a la administración del correspondiente concejo municipal, que pueden ser destinados a resolver los problemas de vivienda popular en el correspondiente municipio, conforme a la preceptiva establecida en dicha normatividad²⁵⁷⁰, lo cual en parte es reiterado por el Decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal que preceptúa que: “los terrenos ejidos situados en cualquier municipio del país no están sujetos a la prescripción por tratarse de bienes municipales de uso público o común”.

2609. Vale la pena destacar que el mecanismo jurídico para que un bien adquiriera la naturaleza de ejido no radicaba exclusivamente en su destinación inicial con esos propósitos determinada por la autoridad española. Como lo demuestra la doctrina nacional, podían ser bienes ejidos aquellos en poder del Estado o los que estando en poder de los particulares a través de un negocio jurídico, pasaban al patrimonio ejidal o eran recuperados por vía judicial para preservar o aumentar el tamaño de ejido²⁵⁷¹.

2610. *Evolución de su régimen legal.* El derecho español gobernó en la materia prácticamente hasta 1887 cuando entró a regir la Ley 157 de ese año que en su artículo 15 derogó cualquier aplicación de las mismas en el territorio nacional, razón por la cual, el régimen de ejidos se reguló en la Ley 149 de 1888, sobre régimen político y municipal, la cual tuvo parciales modificaciones mediante la Ley 50 de 1894 en cuanto a su venta. Esas materias fueron recogidas en el Código de Régimen Municipal de 1913 (Ley 4.^a). De manera concreta y específica, y con posterioridad a ese código se expidieron puntualmente leyes relacionadas con algunos municipios, por ejemplo, la 87 de 1922 para los ejidos de Cartago, la 78 de 1928 para los ejidos de Cúcuta, la 32 de 1929 para el municipio de Cali y la 172 de 1978 para el mismo municipio.

2611. Conformado por las leyes 4.^a de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal) y 41 de 1948 por la cual se dictaron algunas disposiciones sobre terrenos ejidos y sobre personeros delegados; los Decretos 177 de 1952 por el cual se otorgan algunas facultades a los alcaldes y 3101 de 1953 por el cual se dan unas autorizaciones a los alcaldes sobre disposición y administración de ejidos; la Ley 64 de 1966 por la cual se coopera a resolver el problema de la vivienda urbana y a la higienización y saneamiento de algunos barrios de la ciudad de Cali; el Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Político y Municipal); y la Ley 9.^a de 1989 con las modificaciones introducidas por la Ley 388 de 1997 sobre ordenamiento territorial. A lo anterior deben agregarse las normas que expidan los concejos municipales para reglamentar la disposición de los ejidos.

2612. *Incorporación de los bienes ejidos a los bancos de tierras.* De acuerdo con lo visto hasta ahora, tenemos que los bienes ejidos son imprescriptibles, pero que, sin embargo, el legislador permite, que para propósitos sociales y sobre todo, para legalizar las viviendas y mejoras construidas sobre ellos, se puedan enajenar. Adicionalmente, la Ley 9.^a de 1989 en su artículo 70, modificado por el 118 de la Ley 388 de 1997, prevé la posibilidad de que los bienes ejidales ingresen al patrimonio de los bancos inmobiliarios con el propósito de que se destinen prioritariamente a programas de vivienda de interés social, ya sea utilizándolos de manera directa, o mediante la inversión en dichos programas de los recursos financieros obtenidos con otro tipo de operaciones sobre los mismos. Se trata, por lo tanto de una fórmula que permite dinamizar los bienes ejidales dentro de un tráfico jurídico que se venía caracterizando por su inercia. Mientras estos bienes no sean incorporados a los bancos de tierra su tratamiento jurídico continuará siendo el que hemos explicado con anterioridad.

4. BIENES BALDÍOS

2613. Entre los bienes fiscales deben citarse los fiscales adjudicables, o también denominados bienes baldíos²⁵⁷². Un bien baldío es un inmueble que nunca ha tenido propietario particular²⁵⁷³ y por ende siempre ha estado bajo la esfera de propiedad del Estado²⁵⁷⁴. Bienes baldíos son, por lo general, bienes ubicados en zonas rurales que no han tenido dueño particular anterior, o que ninguna persona ha podido acreditar ser propietario, y que por lo tanto se encuentran única y exclusivamente bajo titularidad de la nación por virtud de la ley, la que puede disponer de ellos con el fin de adjudicarlos para los propósitos señalados en el ordenamiento jurídico²⁵⁷⁵. Son igualmente bienes baldíos aquellos que en virtud a la ley agraria se revierten a la nación, previo el agotamiento de los procedimientos administrativos especiales correspondientes, y la comprobación de que no se desarrollaron conforme a lo establecido por el legislador²⁵⁷⁶.

2614. El régimen jurídico de los baldíos esta ligado a la historia del país y de los grandes intereses políticos y económicos. En ese sentido podemos afirmar que cada disposición y normatividad en la materia se vincula a diferentes y variados momentos en la evolución y dialéctica de los interés y de la lucha del campesino y de los capitales por el agro colombiano. Sobre esa base se observan tres grandes posturas legislativas que han correspondido históricamente a tres posiciones ideológicas, políticas y sobre todo económicas en relación con el campo, y en especial con los baldíos y su explotación y titularidad: las leyes 200 de 1936, 135 de 1961 y 160 de 1994^[2577].

2615. No obstante, el análisis de contexto de la normatividad que ha marcado la historia de los baldíos en Colombia permite diferenciar periodos más o menos homogéneos en justificación y propósitos. En su importante aporte a esta discusión Villaveces y Sánchez reconocen once caracterizados periodos de la legislación y regulación en baldíos en la vida republicana del país que se remontan al Código Fiscal de 1873, hasta las transformaciones ideológicas sobrevenidas a partir de la cláusula del Estado Social de Derecho fundante de la Constitución Política de 1991. Clasificación que podemos acrecentar con un periodo adicional, el proveniente de los acuerdos de Paz suscritos entre el Estado colombiano y los grupos insurgentes en los años 2016 y 2017.

PERIODO

ESENCIA DE LA LEY

Antes de 1905

Fines del siglo XIX – se privilegia latifundio. Código Fiscal de 1873; Ley 48 de 1882. Durante la colonia se les dio el tratamiento de bienes de propiedad del rey. La nación pasó a ser su titular dentro del régimen jurídico de la República. La Constitución de 1886 estableció expresamente en su artículo 202.2 que los bienes baldíos pertenecían a la Nación; y por otra parte, en el artículo 76.21, se asignó al Congreso de la República la facultad de dictar normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías.

De 1905 a 1911

Periodo Reyes y pasos hacia la modernización. Decreto 1113 de 1905

PERIODO	ESENCIA DE LA LEY
1912-1930	República Conservadora: fomento a la privatización de los baldíos en grandes extensiones. Código fiscal Ley 110 de 1912; Ley 85 de 1920. Corte Suprema de Justicia Prueba diabólica: “se presume baldía toda la tierra hasta que el propietario demuestre lo contrario”
1930–1944	Intentos de Reforma Liberal mal llamada “reforma agraria”: Función Social de la Propiedad. Ley 200 de 1936. Invierte la prueba diabólica: se presume que no son baldíos, sino de propiedad privada los fundos poseídos por particulares; Ley 100 de 1944 (defensa del latifundio).
1944-1959	Se contrarresta la función social de la propiedad. Se acepta la aparcería. Ley 2.ª de 1959.
1959-1961	Corporativismo: adjudicación a cooperativas de campesinos.
1961-1973	Redistribución de la tierra: adjudicación a colonos. Leyes 135 de 1961, y 1.ª de 1968. Unidades Agrícolas Familiares.
1973-1988	Compras para adjudicación: Pacto de Chicoral. Reacción conservadora a la reforma agraria. Ley 4.ª de 1973.
1988-1994	Freno a la colonización dirigida. Desarrollo Rural Integrado. Leyes 35 de 1982 y 30 de 1988. Democratización de las adjudicaciones. Constitución Política de 1991, artículo 64: “[...] el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa que junto al acceso otros aspectos garantiza y mejora el ingreso y la calidad de vida de los campesinos”.
1994-2007	“Redistribución” a través del mercado de tierras. Adjudicaciones en zonas de conflicto. Ley 160 de 1994.
2007-2010	Contratos por proyectos de explotación y riegos. Ley 1152 de 2007.
2010 hasta la implementación de los Acuerdos de Paz.	Restitución. Ley 1448 de 2011, atención asistencia y reparación a las víctimas del conflicto interno armado.
Acuerdos de Paz 2017	Continúa con la función reparadora. Punto 1.1.6. del texto del acuerdo de paz.

2616. Ahora bien, desde la perspectiva estrictamente jurídica, la Constitución de 1991 dispuso que el Congreso de la República seguía teniendo la facultad de dictar normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías (art. 150.18), y los bienes baldíos continúan siendo propiedad de la Nación pues el territorio con los bienes públicos que de él forman parte pertenecen a la Nación (art. 102). En desarrollo de esos preceptos constitucionales se profirió la Ley 160 de 1994 (art. 65), según la cual:

La propiedad de los terrenos baldíos adjudicables, solo puede adquirirse mediante *título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria*, o por las entidades públicas en las que se delegue esta facultad. “Los ocupantes de tierras baldías, por ese solo hecho, no tienen la calidad de poseedores conforme al Código Civil, y *frente a la adjudicación por el Estado solo existe una mera expectativa*”²⁵⁷⁸ (cursiva fuera de texto).

Por consiguiente, no es posible adquirir los bienes baldíos por prescripción²⁵⁷⁹⁻²⁵⁸⁰.

2617. Los bienes baldíos son esencialmente rurales si se tiene en cuenta que la Ley 137 de 1959 cedió a todos los municipios del país los terrenos baldíos ubicados en sus sectores urbanos con el propósito de transferirlos a título de compraventa a todas aquellas personas que hubieren realizado mejoras en ellos, esto con el propósito ineludible de contribuir efectivamente a las soluciones de vivienda en el país. Los artículos 1.º y 7.º de esta ley dan claridad sobre este tema. Los baldíos cedidos a los municipios pasaron a ser parte de sus patrimonios, y en la medida en que se permite su comercialización se convirtieron en bienes fiscales. El artículo 123 de la Ley 388 de 1997 reitera la anterior figura jurídica al señalar que: “... De conformidad con lo dispuesto en la Ley 137 de 1959, todos los terrenos baldíos que se encuentren en suelo urbano en los términos de la presente ley, de los municipios y distritos y que no constituyan reserva ambiental pertenecerán a dichas entidades territoriales...”²⁵⁸¹.

2618. Ahora bien, en el texto del Acuerdo de Paz suscrito en el 2016, en el numeral 1.1.6, dentro del punto 1 “Acceso y uso. Tierras improductivas. Formalización propiedad. Frontera agrícola y protección de zonas de reserva”, se determinó que los baldíos formalizados serán inembargables e inalienables por un periodo de siete años. Y que de dichos bienes, los que hayan sido distribuidos o adquiridos con el beneficio del subsidio integral para la compra, cuya explotación no cumpla con los parámetros establecidos en el acuerdo, pasarán al Fondo de Tierras; salvo fuerza mayor o caso fortuito. Todo lo anterior, siempre en aras de garantizar el bienestar y buen vivir de los beneficiarios, y la función social de la propiedad.

II. EL ESPACIO PÚBLICO

2619. La legislación civil ha denominado bienes de uso público aquellos donde “su uso pertenece a todos los habitantes [del] territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos”, y cuya administración corresponde a las entidades públicas. Ahora bien, este concepto debe leerse en concordancia con el artículo 5.º de la Ley 9.ª de 1989^[2582], según el cual se entiende

... por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes. Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares,

las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general , por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo²⁵⁸³.

2620. La Constitución Política establece en el artículo 82 que “es deber del Estado velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”²⁵⁸⁴. Entonces, por cuanto la propia Constitución y la ley le asignan al Estado la función de protección de la integridad del espacio público, este, a través de sus autoridades, tiene la obligación de impedir no solo todo menoscabo o disminución del mismo, sino que no pueda ser objeto de apropiación por particulares. Así, por ejemplo, a nivel municipal son los alcaldes, como primera autoridad de policía de los municipios, quienes están investidos de potestad para rescatar el espacio público ilegalmente ocupado, es decir, para disponer su restitución y para señalar su restricción por motivos de interés general. Pero, dicha facultad no es ilimitada, pues debe ser ejercida respetando el debido proceso y el principio de la confianza legítima²⁵⁸⁵.

2621. El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, por iniciativa del alcalde o intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes²⁵⁸⁶.

III. LA CLARIFICACIÓN Y DESLINDE DE LAS TIERRAS DE DOMINIO DE LA NACIÓN. RECUPERACIÓN DE BALDÍOS

2622. El tema relativo a la clarificación de la propiedad, sea esta pública o privada, y en especial el establecimiento de linderos entre una y otra para efectos de su debida protección, y el desarrollo de las garantías constitucionales y legales correspondientes a cada una de estas modalidades, ha sido un tema de intenso tratamiento en la legislación de tierras de Colombia ante el surgimiento de litigios históricos en cuanto se refiere a la titularidad de la tierra y en especial en la permanente ocupación de particulares sobre tierras de titularidad pública con pretensiones de apropiación. Al respecto debemos recordar que el denominado deslinde o delimitación de las tierras de propiedad nacional ha estado presente entre otras en el Decreto 040 de 1905; Ley 6.^a de 1905; Decretos 2095 de 1961 y 2031 de 1988; Ley 160 de 1994; Decreto 2663 de 1994; Leyes 21 de 1991 y 70 de 1993 ^[2587]; Ley 1152 de 2007 y Decreto 4983 de 2007 reglamentario de la Ley mencionada, normas estas, que durante el tiempo que estuvieron vigentes, le fueron aplicables también, a todos los conflictos relativos al tema originados a propósitos de los bienes públicos y privados ubicados en las áreas litorales de la república, tales como playas marítimas, y fluviales, terrenos de bajamar, costas, islas, etc. En la actualidad el tema esta regulado por lo dispuesto en la Ley 160 de 1994 y sus decretos reglamentarios²⁵⁸⁸.

2623. La función de clarificación de la propiedad pretende de manera genérica dos objetivos específicos: inquiriere ante todo que por vía administrativa se aclare la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad con el objeto de identificar las que pertenecen a la Nación; y por otra, demarcar las correspondientes a los particulares. Para estos efectos el legislador ha previsto que las

autoridades de tierras tienen el deber y la obligación de aplicar de manera directa las leyes relacionadas con el dominio público territorial de la Nación, en especial los contenidos en la Constitución y la ley, por lo que están investidas de poderes para calificar y definir la eficacia jurídica de los títulos y demás documentos que en relación con el derecho de propiedad presenten los particulares cuando se originen litigios en relación con la clarificación de la propiedad, además de delimitar los bienes públicos de titularidad privada.

2624. De conformidad con lo dispuesto en los numerales 14^[2589], 15^[2590] y 16^[2591] del artículo 12 de la Ley 160 de 1994, le corresponde a las autoridades administrativas de tierras adoptar las medidas necesarias tendientes a proteger desde el punto de vista legal los bienes inmuebles de propiedad de la Nación, a través del agotamiento de mecanismos típicamente administrativos de extinción del dominio, clarificación o delimitación según el caso.

2625. Dispone precisamente el artículo 48 de la Ley 160 de 1994 que la autoridad administrativa, previa obtención de la información necesaria, esto es, a través de actividad oficiosa o mediante información que le sea suministrada por cualquier persona o ciudadano que tenga iniciativa en el tema, según lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 para el derecho de petición en interés general, adelantará los procedimientos tendientes a clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, con el fin de determinar si han salido o no del dominio del Estado; delimitar las tierras de propiedad de la Nación de las de los particulares; determinar cuándo hay indebida ocupación de terrenos baldíos y, asegurar y delimitar las tierras de resguardo, o las adjudicadas a las comunidades negras, de las que pertenecieren a los particulares, esto es, ejercer la protección de los bienes y derechos que conforme al artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 70 de 1993 le corresponden a estos grupos de tratamiento constitucional especial.

2626. En las hipótesis señaladas en el artículo 48 de la Ley 160 de 1994, la actuación administrativa de clarificación de la propiedad y de delimitación de la misma es por regla general pública, e incluso podría sostenerse, conforme a los presupuestos del artículo 23 constitucional y de las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, que es también popular, esto, en la medida en que el procedimiento correspondiente puede iniciarse incluso a iniciativa de cualquier persona sin que demuestre un específico interés subjetivo, en cuanto la protección, recuperación, deslinde y delimitación de los bienes públicos es un asunto de interés público y general, de lo cual se deduce que puede ser cualquier miembro de la sociedad que actué sobre la base de la defensa de los intereses públicos que inspiran en defensa de los bienes pertenecientes al dominio público, adicionalmente podrá iniciarse oficiosamente por la Unidad, a solicitud del Procurador Ambiental y Agrario o de una autoridad pública.

2627. Ahora bien, el Decreto 1071 de 2015 estableció un procedimiento previo, común para los procedimientos de clarificación de la propiedad y deslinde de tierras de la Nación. Así, el artículo 2.14.19.2.1 del mencionado decreto dispuso que el INCODER –hoy Agencia de Desarrollo Rural–²⁵⁹², mediante auto, contra el cual no procede recurso alguno, ordenará la conformación del expediente con la información suficiente del bien; durante ese trámite podrá el ente administrativo consultar y requerir a las entidades y autoridades competentes la información necesaria²⁵⁹³, incluso, podrá requerir a los propietarios, poseedores, ocupantes o tenedores del fundo, para que suministren, aclaren o complementen la información²⁵⁹⁴.

2628. Reunida dicha información, establece la norma²⁵⁹⁵, el ente administrativo debe valorarla a fin de establecer si es procedente iniciar alguno de los procedimientos administrativos previstos y explicados a continuación.

2629. Para el cumplimiento de los anteriores propósitos, y una vez verificada la etapa descrita, se adelantarán los siguientes procedimientos administrativos en los términos establecidos en la Ley 160 de 1994.

2630. *Procedimiento administrativo especial de clarificación de la propiedad.* A través de este mecanismo se busca precisamente que ante la ausencia de suficientes elementos legales en relación con la titularidad de los bienes en manos de presuntos propietarios, esto es, cuando no resulte claro, a partir de las indagaciones previas que efectúe la autoridad de tierras, la existencia de un título originario que demuestre la titularidad privada de un inmueble²⁵⁹⁶, si de la información obtenida no resulta plenamente establecido el derecho de propiedad privada sobre el inmueble, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 2º. y 3º. del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 160 de 1994, mediante resolución motivada se ordenará iniciar el procedimiento de clarificación de la propiedad. La decisión que ponga término a la actuación solo podrá pronunciarse sobre los siguientes aspectos: 1. Que en relación con el inmueble objeto de la actuación no existe título originario del Estado, en los términos de los artículos 13 y siguientes del Decreto 059 de 1938; 2. Que posee título de adjudicación que no ha perdido su eficacia legal; 3. Que se acreditó propiedad privada, por la exhibición de un título, o una cadena de títulos, debidamente inscritos, otorgados por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria; 4. Que los títulos aportados son insuficientes, porque no acreditan dominio sino tradición de mejoras sobre el inmueble; 5. Que los títulos aportados se refieren a bienes no adjudicables, o que se hallan reservados, o destinados a un servicio o uso público; 6. Que la superficie de los terrenos objeto del procedimiento excede la extensión legalmente adjudicable; en la resolución final también se dispondrá, conforme a la ley civil, que los derechos de los poseedores materiales quedarán a salvo cuando se declare que en relación con el inmueble objeto del procedimiento se acreditó propiedad privada, o que salió del patrimonio del Estado. El procedimiento administrativo de clarificación configura también el sendero adecuado para la clarificación de resguardos indígenas y tierras de las comunidades negras.

2631. *Procedimiento administrativo especial de deslinde de tierras de propiedad de la Nación.* Se trata de un mecanismo procesal tendiente a definir los linderos de los terrenos públicos de todos aquellos otros colindantes cuando no exista claridad con la determinación de las líneas de separación de unos u otros. Por lo tanto, su objeto es el deslinde, delimitación o amojonamiento de las tierras de propiedad de la nación que estén en situación de indefinición o litigio en relación con sus límites u objeto de intromisión perturbadora que pueda ser resuelta por la vía administrativa. La resolución que ponga término a la actuación administrativa delimitará el inmueble de propiedad de la Nación por su ubicación, área y linderos técnicos, deslindándolo así de los terrenos de propiedad privada, o determinará las áreas que hayan sido objeto de desecación artificial. El procedimiento administrativo de deslinde configura también el sendero adecuado para el deslinde de tierras de resguardos indígenas y de las adjudicadas tierras a las comunidades negras.

2632. *Procedimiento respecto a bienes baldíos ubicados en zonas de litoral*²⁵⁹⁷. Para determinar su alcance se debe tener en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 1942, que considera las islas bienes baldíos que tienen una reserva en cabeza de la Nación. La mencionada providencia hace referencia al Código Fiscal (Ley 106 de 1873) en cuyo artículo 879 se estableció que son “baldíos de la Nación las islas de las mareas no ocupadas por poblaciones”. En ese sentido, el régimen jurídico aplicable a las islas marítimas, por ejemplo, estaba determinado por el Código Fiscal al que se hace referencia, y luego, según la Ley 25 de 1908, se consolidó la idea de que el “dominio de las islas marítimas no puede ser transferido”. Posteriormente, el Código Fiscal (Ley 110 de 1912)

estableció en su artículo 45 que se reputaban baldíos y de propiedad de la Nación a) las costas desiertas; b) las islas de cualquiera de los mares del Estado²⁵⁹⁸.

2633. El INCORA (entidad competente en su época) expidió la Resolución 206 de 1992 cuyo artículo 1.º declaró que “no han salido del patrimonio nacional y, por tanto, son baldíos y constituyen reserva territorial del Estado las islas, islotes, cayos, bancos que conforman el Archipiélago de San Andrés y Providencia”. Luego, se expidió la Resolución 092 de 1969^[2599] en la que se confirmó lo anterior.

2634. Finalmente, con respecto a los baldíos insulares (a los que “corresponden las islas, islotes, cayos y morros que, careciendo de legítimo dueño pertenecen al Estado”²⁶⁰⁰), y sin perjuicio de lo anterior, en el ordenamiento jurídico colombiano cabe diferenciar 1) que la reserva de los baldíos insulares se limita solo a las “islas nacionales”; 2) que las islas que hacen parte de la reserva territorial no son enajenables, y 3) que solo “las islas, por definición, pueden ser ocupadas por poblaciones organizadas”²⁶⁰¹.

2635. En cuanto a su adjudicación, el Decreto reglamentario 547 de 1947 (de la Ley 97 de 1946) estableció el procedimiento y condiciones para adjudicar islas y playones “sin distinguir entre las islas nacionales e islas y playones de ríos o lagos navegables, atribuyéndole una competencia al Incora que no tenía por ley para permitirle adjudicar islas nacionales”²⁶⁰². Sin perjuicio de lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano por razón del Acto Legislativo numeral 1 de 1936 (art. 3, inc. 2.º) que tales islas son bienes de uso público²⁶⁰³.

2636. El Decreto 2324 de 1984 le confirió a la DIMAR una serie de funciones, entre las que se cuenta aquella referida a la conexión sobre el uso y goce del ámbito territorial de las islas, cuyo procedimiento legalmente no está definido y se viene discutiendo si en realidad los artículos 2.º y 5.º del mencionado decreto le da cobertura legal para realizar dicho procedimiento administrativo, de lo cual han derivado múltiples litigios que están en curso ante lo contencioso administrativo.

IV. INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES PARA LA DEFENSA DE LOS BIENES PÚBLICOS

2637. En el derecho colombiano la defensa de los bienes de dominio público del litoral guarda consonancia con la protección general de los bienes de esa naturaleza, existiendo suficientes poderes en cabeza tanto de la administración pública, en ejercicio de sus facultades ordenadoras, como en las autoridades judiciales, para efectos de la protección debida a los bienes de dominio público ubicados en las zonas del litoral. En manos de las autoridades el legislador ha depositado diversas acciones, de una u otra naturaleza, que dependen del tipo de perturbación que sufra el bien público, como también del régimen jurídico en el que el bien se ubique, para efectos de su procedencia. A continuación nos ocuparemos de cada una de ellas.

A. ACCIONES DIRECTAS POR LAS CAPITANÍAS DE PUERTO Y LA DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA Y PORTUARIA

2638. En cuanto al asunto específico objeto del presente estudio, de manera especial y dado el control directo que el legislador le ha entregado a las autoridades marítimas y de capitanía de puerto, se observa que de primera mano les corresponde el adelantamiento de las actuaciones administrativas relativas a dos aspectos primordiales:

2639. En primer lugar: impedir la ocupación de hecho de los bienes de uso público en las áreas bajo su jurisdicción para lo cual deben tomar las medidas conducentes, sean de carácter preventivo o incluso impartiendo las órdenes correspondientes para los desalojos que sean del caso. Es necesario recordar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 178 del Decreto 2324 de 1984, constituye perentorio deber funcional en las autoridades portuarias hacer respetar los derechos de la nación en las zonas bajo su jurisdicción, esto es, hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva, en las siguientes áreas: aguas interiores marítimas, incluyendo canales intercostales y de tráfico marítimo, y todos aquellos sistemas marinos y fluviomarinos; mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, lecho y subsuelo marinos, aguas suprayacentes, litorales, incluyendo playas y terrenos de bajamar, puertos del país situados en su jurisdicción; islas, islotes y cayos y, sobre los ríos que expresamente la ley le determina; en ese sentido, le corresponde adoptar las medidas necesarias para la defensa de los bienes de uso público que allí se ubiquen evitando la configuración de vías de hecho frente a los mismos y acudiendo en consecuencia a los procedimientos de ley para hacer respetar el patrimonio público cuando se encuentre frente a situaciones creadas o consolidadas²⁶⁰⁴.

2640. Para esos efectos vale la pena tener presente que conforme al parágrafo 2.º del artículo 3.º del Decreto 2324 de 1984 están sometidas a la Dirección General Marítima y Portuaria las costas de la Nación y las riberas del sector de los ríos de su jurisdicción en una extensión de 50 metros medidos desde la línea de la más alta marca y más alta creciente hacia adentro, por lo que cualquier ocupación ilegal, arbitraria que pueda ser catalogada como de hecho es de competencia privativa de esa entidad para la adopción de las medidas que corresponda, ordenando los desalojos necesarios o impidiendo la continuación de la usurpación de que se trate, para lo cual reviste el carácter de autoridad de policía²⁶⁰⁵.

2641. Guarda relación esta competencia con lo ordenado en el artículo 3.º, numeral 8, de ese mismo decreto cuando le asigna a la Dimar la utilización, protección y preservación de los litorales de Colombia. De igual manera se funda la competencia en la atribución dada a la entidad en el artículo 5.º numeral 27 de este mismo decreto según el cual

... le corresponde adelantar y fallar las investigaciones [...] por construcciones indebidas o no autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a la Jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria, por violación a otras normas que regulan las actividades marítima e imponer las sanciones correspondientes.

2642. En segundo lugar, en los términos del artículo 5.º numeral 21 de 1984, regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público de las áreas de su jurisdicción²⁶⁰⁶. Para ello, efectuadas las investigaciones correspondientes con sujeción al Código Contencioso Administrativo, según lo dispone el artículo 80 del decreto en mención, podrán imponerse las sanciones correspondientes al concesionario²⁶⁰⁷.

B. ACCIÓN POLICIVA DE RESTITUCIÓN DE BIENES DE USO PÚBLICO

2643. Conocida también como querrela de restitución de bienes de uso público, se trata de una acción administrativa de carácter inmediato, rápida y sumaria, fundada en el deber establecido en el artículo 190 del Código Nacional de Policía –Ley 1801 de 2017– a todas las autoridades de esta naturaleza para, de manera especial, prevenir los atentados contra la integridad de los bienes de uso público y otros, cuando hayan sido ocupados o perturbados por vías de hecho. Su carácter sumario, dado el tipo de bienes involucrados en el litigio, se lo dan los artículos 157, 172 y 190 del mismo código, cuando el

primero de ellos dispone que para la restitución de bienes de uso público por regla general las medidas correctivas deben aplicarse por la autoridad de policía en el sitio en el que sucede el motivo, y el mismo se realizará inmediatamente, ello en concordancia con el artículo 172, que define las medidas correctivas²⁶⁰⁸, entre las que se incluyen la restitución y protección de bienes inmuebles, definida como la facultad de “devolver la posesión o tenencia a quien tiene el legítimo derecho sobre los bienes ... de uso público”²⁶⁰⁹. Ahora, como refuerzo de la inmediatez e importancia de dicho trámite de restitución de los bienes de uso público, este nuevo código consagró la posibilidad de que, en los casos en los que no sea posible que las autoridades de policía o municipales por razones de orden público, adelanten el procedimiento administrativo o ejecuten las órdenes de restitución, lo haga el Gobernador²⁶¹⁰.

2644. En cuanto al proceso de restitución de bienes por ocupación, el artículo 77 del Código de Policía establece cuáles son los comportamientos contrarios a la posesión, y más adelante que para el ejercicio de la acción de policía en el caso de perturbación por ocupación de hecho se debe ordenar el desalojo del ocupante dentro de las 24 horas siguientes²⁶¹¹.

C. ACCIONES POPULARES

2645. Conforme con lo dispuesto en el inciso 1.º del artículo 88 constitucional, las denominadas acciones populares constituyen el conjunto de pretensiones que, por vía de acción, cualquier persona en nombre de la comunidad o institución y funcionario expresamente legitimado por la ley, puede intentar directamente o a través de apoderado ante las autoridades judiciales con el propósito de que se profiera una condena, o si es del caso decisión preventiva, protectora, indemnizatoria especial y restauradora de los derechos e intereses colectivos, violados o amenazados de violación por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares²⁶¹², y que estén de alguna manera relacionados, entre otras cosas, con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros que puedan predicarse de la naturaleza de estos derechos e intereses²⁶¹³. Bajo esas circunstancias la acción se torna especial, indesistible, pública, objetiva, directa²⁶¹⁴, autónoma y principal²⁶¹⁵, lo que excluye, salvo las situaciones excepcionales expuestas por la Corte Constitucional, la utilización de otros mecanismos procesales para estos propósitos²⁶¹⁶. Esto es, la acción popular es procedente así existan otros mecanismos procesales para atender el conflicto expuesto por esa vía²⁶¹⁷.

2646. El carácter objetivo de la acción es trascendental y connatural a los propósitos constitucionales de su consagración, e implica de manera directa la imposibilidad absoluta de incoar pretensiones subjetivas individuales para ser resueltas a través de ese instrumento procesal. De aquí su carácter de indesistible. No es de recibo legal buscar algún tipo de resarcimiento pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo, en cuanto no están de por medio pretensiones frente a situaciones individuales y concretas, sino, por el contrario, los intereses y derechos meramente objetivos del común; no obstante, esa interpretación no ha sido de recepción pacífica en la doctrina nacional, pues algunos sectores reclaman la posibilidad de resarcir daños y perjuicios por esa vía, confundiéndola indudablemente con la acción de grupo²⁶¹⁸.

2647. Lo anterior sin embargo, no desvirtúa la posibilidad de lograr indemnizaciones a favor del derecho o interés vulnerado, afectado o amenazado tal como lo prevé el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, indemnizaciones razonables y coherentes con los intereses generales involucrados en esa acción.

2648. En tal sentido podemos afirmar que se trata de un medio procesal destinado hacer prevalecer los intereses generales del pueblo colombiano en los términos de la Constitución Política, sujeta para esos efectos a los trámites especiales de la Ley 472 de 1998, por regla general, sin ningún tipo de preferencia en su trámite, excepto cuando materialmente se pretendan medidas de carácter preventivo ante la inminencia de daño de los derechos e intereses colectivos, caso en el cual se tramitarán con preferencia a las demás que conozca el juez competente, excepto cuando esté de por medio el recurso de *habeas corpus*, la acción de tutela y la acción de cumplimiento, las cuales gozan de especial celeridad respecto de la acción popular. No obstante, es de advertir que frente a esas acciones procede el deber de interpretación por el juzgador con el propósito de que le imprima a la acción impetrada el sentido que constitucionalmente le corresponda, específicamente en tratándose de la protección de derechos fundamentales respecto de los cuales sea procedente la acción de tutela²⁶¹⁹.

D. PRETENSIONES REIVINDICATORIAS

2649. Tratándose de la recuperación de bienes que estén ubicados en el litoral, los cuales, si bien es cierto que hacen parte del dominio público, revisten el carácter de fiscales, es decir, no son técnicamente bienes de uso público, conforme a la clasificación que efectuamos en los numerales anteriores, y se encuentren ocupados por terceros por un lapso superior a un mes, lo procedente es acudir, por regla general, salvo lo que resulte aplicable de las acciones populares, a la pretensión civil reivindicatoria del artículo 946 del Código Civil, según el cual la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla. Su trámite no fue regulado de manera específica por el Código General del Proceso, razón por la cual debe acudirse a la regla establecida en el artículo 368 de esta codificación, en el cual se establece que toda pretensión que no tenga un trámite especial se tramitará por el proceso declarativo.

CAPÍTULO PRIMERO

*Incidencia de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los procedimientos administrativos: la gobernanza electrónica**

INTRODUCCIÓN. LAS INCIDENCIAS NORMATIVAS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL CONOCIMIENTO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2650. El Concepto de la sociedad de la información y del conocimiento, al igual que sus elementos estructurantes básicos, como son, en idea amplia y plural, los derivados de las tecnologías de la información²⁶²⁰ y las comunicaciones, constituyen en la hora actual del devenir de las instituciones, y sobre todo para el ejercicio del poder y la consolidación de las finalidades sociales y democráticas de nuestro ordenamiento²⁶²¹, directrices sustanciales de carácter imperativo, en la perspectiva de la consolidación de una sociedad estrechamente integrada a través del acceso y uso de todos los instrumentos propios de las TIC, sus infraestructuras, la explotación y el desarrollo material de las mismas, el respeto y protección a los usuarios, y el aprovechamiento social de la interrelación global²⁶²².

2651. Esto es, una verdadera sociedad basada en la tecnología, en la información y estructurada en la red, en lo que se ha denominado una sociedad red global²⁶²³, es decir, construida alrededor de redes digitales de comunicación, lo que implica sin lugar a dudas que las relaciones de poder giran en torno al uso y detentación de la comunicación global y de sus instrumentos tecnológicos de penetración²⁶²⁴.

2652. Este fenómeno no es más que el resultado de la dialéctica profunda y acelerada de las ciencias y las tecnologías, que confluye históricamente en épocas recientes en una verdadera e inobjetable “revolución tecnológica”, y representa para la humanidad entera una de las más significativas transformaciones de nuestra “cultura material”, generando las condiciones para sostener que hemos incursionado en una nueva era, “la era de la información”, sustentadora de la sociedad en red que configura, sin lugar a dudas, una “... nueva estructura social dominante en la era de la información...”²⁶²⁵, por lo tanto, fenómeno predicable sin prejuicio alguno de la totalidad de las latitudes del planeta, rompiendo paradigmas y estructuras políticas, sociales y jurídicas impensables en otros instantes de nuestra cultura universal, así como el de fronteras, e incluso, como el del ejercicio del poder sobre el territorio, tan ligado a los conceptos clásicos de Estado y de soberanía²⁶²⁶.

2653. La sociedad en red configura un nuevo estado de cosas mundial centrado en torno a las tecnologías de la información, generando interdependencia en todas las magnitudes de la vida y de las relaciones vitales para la comunidad, como las propias de la economía, la cultura, la política, el gobierno, la administración y el bienestar social, etc., bajo contextos impredecibles de globalidad.

2654. Se trata en definitiva de un nuevo sistema de comunicación que se caracteriza por poseer un lenguaje digital universal: “... las redes informáticas interactivas crecen de modo exponencial, creando nuevas formas y canales de comunicación, y dando forma a la vida a la vez que esta le da forma a ellas...”, generando, en consecuencia, fuerzas de penetración en todos los ámbitos de la actividad humana, “... no como una fuente exógena de impacto, sino como el paño con el que está tejida esa actividad. En otras palabras, se orientan hacia el proceso, además de inducir nuevos productos...”²⁶²⁷.

2655. En suma podemos sostener, siguiendo los trabajos del profesor Castells, que la gran “revolución tecnológica” que abarca a la humanidad en todos sus aspectos parte de, y se sustenta en, una serie de paradigmas fundamentales que soportan las tecnologías de la información y del conocimiento y, por lo tanto, a la sociedad de la información o sociedad red: a. La información es la materia prima del nuevo sistema; las tecnologías permiten actuar sobre la información y, a su vez, la información actúa sobre la tecnología; b. Las tecnologías son instrumentos con alta capacidad de penetración de la información; c. En cuanto a la conformación de la red, la interconexión de todos los sistemas o del conjunto de relaciones configura la lógica que utilizan las nuevas tecnologías de la

información; d. La interacción y flexibilidad de los procesos en la red se puede modificar, reordenar, alterar, etc., y e. La convergencia creciente de tecnologías específicas en un sistema altamente integrado es una de las primordiales características de esta revolución tecnológica²⁶²⁸.

2656. Conforme con lo expuesto, es factible, entonces, entender que el ejercicio del poder guarda ahora otras proporciones y connotaciones, se sustenta y depende del manejo y control sobre las comunicaciones, tanto por el Estado como por los particulares. “El poder de la comunicación está en el centro de la estructura y la dinámica de la sociedad...”²⁶²⁹, por lo tanto, de su uso adecuado y, sobre todo, con sujeción al ordenamiento constitucional y a sus principios y valores, depende el afianzamiento de las instituciones democráticas y la consolidación del Estado de derecho.

2657. El ordenamiento jurídico así lo ha entendido incorporando a la sociedad nacional dentro de los cometidos y finalidades de las tecnologías de la información y el conocimiento, en aras de su consolidación como sociedad integrada e interactuante²⁶³⁰. En el artículo 3.º de la Ley 1341 de 2009 se introducen los elementos finalísticos sustentadores del reconocimiento de la sociedad colombiana como una sociedad vinculada a los conceptos materiales de tecnología, información y conocimiento.

2658. Esos elementos buscan la sustentación de una idea central y básica de comportamiento social a partir del respeto y estímulo estatal, en primer lugar, el acceso y uso de las TIC²⁶³¹, sin el cual, y principalmente sin su garantía institucional, la gran brecha social de desigualdad no se podría romper en el territorio nacional, y se acentuarían las diferencias sociales, culturales, económicas y políticas; en segundo lugar, el despliegue y uso eficiente de la infraestructura, evitando los monopolios en las mismas y profundizando en su carácter de interés general; en tercer lugar, el desarrollo de contenidos y aplicaciones, que configuran ante todo el espíritu investigador y científico de la sociedad; en cuarto lugar, la protección a los usuarios, que al fin y al cabo son los destinatarios de toda esa elaboración teórica que nos involucra y que esperan los enormes beneficios de las tecnologías y de la información en la consolidación del conocimiento, y, por último, la formación de talento humano en tales tecnologías y su carácter transversal. Todos esos elementos, como la misma ley lo destaca, pasan a convertirse, en realidad, en las grandes bases de la nueva sociedad en red, globalizada, intercomunicada e interactuante.

2659. Para esos efectos, en el artículo 6.º de la Ley 1341 de 2009 se definen los recursos con que cuenta la sociedad de las tecnologías y del conocimiento para cumplir con sus finalidades, identificándose de manera genérica una pluralidad de instrumentos derivados de los desarrollos de las ciencias y las tecnologías en materia de comunicaciones y de información, y que resultan vitales a los propósitos expuestos, todos ellos, identificados como TIC y que están comprendidos dentro del conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes, bajo criterios de neutralidad tecnológica.

2660. En relación con las tecnologías de las comunicaciones, es una verdad incontrovertible que cualquier ordenamiento que pretenda hacer un uso útil y democrático de las mismas no puede alejarse de los anteriores propósitos, vistos siempre en la perspectiva de los fundamentos constitucionales, con mayor razón cuando el actor central de la nueva sociedad en red lo es la misma administración que las utiliza y acude a ellas para el cumplimiento de finalidades y propósitos de todo orden, y adicionalmente cuando, por esa razón, está de por medio el usuario, la persona final que aspira a interrelacionarse con el aparato administrativo. Esto es, el ordenamiento jurídico de la administración en red u ordenanza electrónica se sujeta a parámetros constitucionales, y a estándares protectores y garantísticos de los derechos constitucionales.

2661. Bajo estas consideraciones se tiene, entonces, que la administración pública no está exenta de esa vincularidad con las bases rectoras y los principios que deben asumirse en una ordenación electrónica. En su esencia el ejercicio de funciones públicas administrativas conduce a los elementos materiales de la revolución tecnológica y a su objeto –la información–, lo que se concreta de manera inevitable en la consolidación recíproca entre sociedad y administración, en la prestación de servicios públicos, en el acceso a la información, en el adelantamiento garantístico y con sujeción al debido proceso de actuaciones y procedimientos administrativos de toda índole, en el gobierno y en las administraciones participativas, eficientes y eficaces, al igual que en la efectividad del aparato burocrático y de las gestiones públicas, y en la disminución de costos y tiempos. Todo lo anterior permite concluir que la administración pública y sus agentes, al incorporarse a los medios electrónicos, buscan ante todo la consolidación de los propósitos y finalidades públicas a través del buen uso del concepto de ordenanza pública electrónica²⁶³².

2662. Ahora bien, el anterior contexto de propósito y finalidades de la administración en red, comprendidos bajo el concepto de ordenación u ordenanza pública electrónica, debe entender que a ella la anima una idea central y principal cual es la defensa de las personas y de las colectividades que deban relacionarse con la administración pública, de manera tal que los medios tecnológicos a que acuda la administración para el cumplimiento de sus labores y cometidos sean ante todo eficaces²⁶³³ en el acercamiento con las personas y las colectividades, y que faciliten material y sustancialmente la interacción, es decir, sean instrumentos en dos vías, tanto la de la administración con el usuario, como también la de la persona o colectividad con aquella, y que se conviertan en mecanismos amables y no agresores de los derechos e intereses individuales o colectivos²⁶³⁴.

2663. En este sentido, es reprochable cualquier instrumento de las TIC que resulte agresivo y vulnerador de los derechos constitucionales en cualquiera de sus aspectos. No serían admisibles, y la ordenanza electrónica perdería cualquier sentido u horizonte, si los instrumentos electrónicos tan solo sirven para satisfacer unilateralmente a la administración.

2664. En esos casos estaríamos ante ordenanzas electrónicas meramente formales, de simple apariencia, portadoras de un discurso burocrático complaciente con los hábitos perversos de una administración ineficiente y poco transparente que le permite permanecer incierta frente a quienes debe responder con prontitud y claridad. Actitudes como esas deslegitiman al Estado y a la administración²⁶³⁵. Una administración real y materialmente eficiente es aquella que considera al usuario en toda su magnitud y no hace de la tecnología un elemento agresor que imposibilite satisfacer realmente las aspiraciones de la persona o la colectividad.

2665. Las finalidades de toda ordenanza electrónica no se cumplen por el solo hecho de haberse acudido a un instrumento tecnológico. Cualquier tecnología, para estar acorde con los finalidades del ordenamiento, debe ser eficaz y eficiente en relación con los derechos individuales y colectivos, de lo contrario su utilización podría catalogarse de inconstitucional e ilegal, teniendo en cuenta que, frente a nuestra Constitución Política, las autoridades administrativas son simples servidoras de los individuos y la colectividad, y no al contrario, debiendo por lo tanto satisfacer las necesidades de estos y no los personales o seudo institucionales de aquellas²⁶³⁶.

2666. En tratándose del ordenamiento jurídico colombiano, estas ideas, como fuerzas centrales, surgen de la ardua tarea integradora de la normativa constitucional en torno a derechos tan vitales para la existencia de la colectividad y del individuo mismo como los de la información y la comunicación, con los desarrollos legislativos en relación con las TIC contenidas en la Ley 1341 de 2009, la cual constituye el marco jurídico básico para el entendimiento y ubicación conceptual de toda esa

problemática de la incorporación de la sociedad, el Estado, y fundamentalmente de la administración pública a los cauces de la ciencia y la tecnología.

2667. En la Ley 1341 de 2009 se indica claramente que para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades los actores públicos también deben acudir a las TIC, sin las cuales, en nuestra opinión, no podría entenderse el Estado moderno ni sus instituciones y, menos, una sociedad actuante y participativa.

2668. De manera concreta, la Ley 1341 de 2009 determina en varias de sus disposiciones la obligatoriedad de sujeción de las entidades administrativas a los destinos de las TIC, demarcándose de esta manera una clara e inobjetable política de Estado en la materia, derivada precisamente del entendimiento de que todo lo relativo a las tecnologías de la comunicación y del conocimiento constituye asunto y materia de interés público y general –art. 2.º inc. 1.º–. Idea imperativa que se reitera en los numerales 1 y 8 del artículo 2.º y en el 5.º de la mentada ley, al establecer como principios rectores, para los propósitos indicados, los siguientes:

2669. *Principio de prioridad en el acceso y uso de la Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*, que involucra invariablemente la actividad pública administrativa²⁶³⁷.

2670. *Principio de la masificación del gobierno en línea* que de manera directa obliga a las entidades públicas a utilizar y aprovechar de la mejor manera los instrumentos de las tecnologías de la información y el conocimiento a favor de los intereses públicos²⁶³⁸.

2671. Y el que entendemos como *principio de la promoción, coordinación y ejecución de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones* en cabeza de las entidades públicas. Principio que si bien no está en la lista del artículo 2.º de la Ley 1341 de 2009, se deduce sin mayores dificultades del análisis y lectura del artículo 5.º de la misma, cuando determina que las entidades del orden nacional y territorial promoverán, coordinarán y ejecutarán planes, programas y proyectos tendientes a garantizar el acceso y uso de la población, las empresas y las entidades públicas a las TIC.

2672. La anterior preceptiva y los principios se adicionan con lo indicado en el numeral 3 del artículo 4.º de la ley en cuestión, que al determinar las causales de la intervención económica del Estado en el sector de las tecnologías y las comunicaciones, establece de manera clara que lo hará para promover el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la prestación de servicios que usen TIC y la masificación del gobierno en línea.

2673. El anterior marco general fue adicionado por la Ley 1450 de 2011 a través de la cual se expidió el plan de desarrollo para la vigencia 2010-2014 en el que se incorporaron normas sobre accesibilidad a los servicios de TIC, neutralidad en el servicio de Internet (estableciendo un nuevo marco jurídico de derechos de los usuarios) e igualmente se incorporó el concepto de Internet social con la idea de acercar a la población a ese servicio de la tecnología.

2674. Complementa el esquema normativo la Ley 527 de 1999 por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones; se ocupa, además, de la incorporación de la administración pública, con un papel actuante en cuanto sujeto vivencial de esos instrumentos de la tecnología.

2675. Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, que incorpora modificaciones a los códigos de procedimientos administrativos y de lo contencioso administrativo, se afianza y profundiza la vincularidad de la administración y de los poderes públicos en general, y de la colectividad, a los presupuestos básicos de la sociedad de la información y del conocimiento, por lo tanto a la ciencia, la tecnología y la información, estableciéndose al respecto normas especiales en relación con los

procedimientos administrativos electrónicos, en concordancia con las reglas y principios incorporados en la Ley 527 de 1999.

2676. No cabe, pues, la menor duda del enorme esfuerzo realizado por el legislador en relación con la incorporación de la administración y la sociedad en estos nuevos y futuristas senderos, desarrollando un marco normativo y de principios que demarca un moderno ordenamiento jurídico para el uso de los instrumentos electrónicos en favor de la sociedad y de la democracia, en lo que algunos sectores han dado en llamar la ordenanza electrónica; esta ordenanza no se puede, en manera alguna, desmarcar de las estructuras y principios de nuestro ordenamiento constitucional y legal, principalmente de los sustentadores de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho, si realmente se les quiere reivindicar como instrumento eficaz de gobierno transparente y de participación material de la sociedad en los asuntos públicos, tal como se pasa a explicar.

I. LA GOBERNANZA ELECTRÓNICA EN LA ESTRUCTURA MISMA DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

2677. Vista desde la perspectiva orgánica-funcional, y entendida como un fenómeno inherente al Estado constitucional, por lo mismo irradiada de los principios y valores esencialmente finalísticos emanados de la cláusula del Estado social y democrático de derecho²⁶³⁹, la administración pública es ante todo dinámica y moldeable a las más variadas y profundas transformaciones científicas, tecnológicas y de las comunicaciones²⁶⁴⁰⁻²⁶⁴¹; esto, si de atender sus cometidos se trata, en especial cuando esa administración pública debe cumplir y satisfacer las necesidades de la comunidad, tal como lo ordena, en punto vital justificativo para su existencia, la Constitución Política²⁶⁴², por naturaleza volcada a la comunidad a la cual se debe y frente a la que debe responder, con quien guarda, por lo tanto, profundas relaciones de interdependencia, comunicación y acción recíproca para esos propósitos, más allá de los postulados clásicos de la simple participación ciudadana²⁶⁴³⁻²⁶⁴⁴.

2678. El ordenamiento jurídico así entendido, incorpora a la administración pública y a toda su organización objetiva y subjetivamente considerada, en la dinámica de la satisfacción de necesidades colectivas²⁶⁴⁵, para lo cual debe contar con los instrumentos físicos, humanos, organizativos²⁶⁴⁶, y sobre todo tecnológicos²⁶⁴⁷ y de comunicaciones adecuados, al igual que con la capacidad para adoptar las disposiciones que considere oportunas para el cumplimiento de los superiores cometidos, las finalidades estatales y la consolidación de la democracia. En ese sentido el acceso a la información pública a través de las TIC se torna de interés público²⁶⁴⁸⁻²⁶⁴⁹.

2679. Lo anterior implica de por sí la necesaria interactividad entre el mundo de la administración pública y el de la sociedad, la colectividad y sus actores, una inevitable articulación en procura de la consolidación de un buen gobierno con sumisión a los principios y valores inspiradores del ordenamiento jurídico, en un ámbito de afianzamiento de un moderno y revitalizado principio de participación de la colectividad en las cuestiones administrativas, sociales, económicas, culturales y políticas de la nación, que prácticamente rompe las viejas estructuras de este postulado constitucional²⁶⁵⁰⁻²⁶⁵¹.

2680. Este vínculo irremediable entre sociedad y administración, de acercamiento del gobierno para el cumplimiento de los cometidos esenciales para con la colectividad, que podríamos ubicar en el contexto de una verdadera y real sociedad articulada y vinculada de manera permanente al accionar público, por lo tanto, sumida en los contenidos materiales de la cláusula constitucional de la democracia²⁶⁵², que interacciona, participa, responde, en fin, actúa como un todo, un cuerpo vivo y

resplandeciente en el accionar recíproco, pretende ante todo romper con aparatos estatales retóricos, ineficientes, autoritarios, arbitrarios, burocráticos, corruptos, deslegitimados y oscuros, en lo que se ha dado a conocer como la gobernanza pública²⁶⁵³ que guía hacia gobiernos y administraciones realmente transparentes²⁶⁵⁴, públicos, participativos e incluyentes²⁶⁵⁵⁻²⁶⁵⁶

2681. Desde ese punto de vista, podemos afirmar que estamos frente a administraciones públicas esencialmente activas, impregnadas indiscutiblemente de un alto grado de poder decisorio; con amplias competencias para el impulso de la actividad pública administrativa en procura de colmar las finalidades estatales, en consecuencia depositaria de vitales instrumentos materiales para esos propósitos, como son los propios de la intervención estatal²⁶⁵⁷, pero también con sociedades vinculadas e interactivas con el poder público administrativo, inicialmente a través de canales institucionales como la participación política, el sistema electoral, los procedimientos administrativos, pero en las últimas décadas a través de los más preciados instrumentos de la ciencia, la técnica, la tecnología y la electrónica, que hacen del concepto de interacción una realidad inevitable de las comunicaciones²⁶⁵⁸⁻²⁶⁵⁹.

2682. Ahora las sociedades no viven del gobierno, son también gobierno, en el mejor sentido del concepto, en cuanto su relación con el poder es permanente y actuante, el buen gobierno, el vinculado a la sociedad, el que lleva respuestas a la comunidad y presta los servicios; ahora el gobierno se hace de la mano de la sociedad, a través de la tecnología y usufructuando los avances de las comunicaciones. La administración pública se transforma en consecuencia por vía de la electrónica abriéndose paso a la consolidación de un verdadero ordenamiento u ordenanza carácter público y electrónica²⁶⁶⁰.

2683. La gobernanza ha dejado atrás los estadios de las administraciones y gobiernos paternalistas, propiciando de manera inusitada la vinculación de la comunidad con la administración y a estas dos con el inmenso contexto de la globalidad; se puede afirmar entonces que la ordenanza pública, en virtud de los avances acelerados de las ciencias, la tecnología y las comunicaciones, ha dejado de ser pública y nacional y se ha traducida en una gobernanza universal, electrónica, que consolida un claro sistema de comunicación interactiva, motora de una verdadera revolución en las costumbres y la vida misma de la sociedad²⁶⁶¹⁻²⁶⁶².

2684. En lo público se ha producido una enorme e imprevisible profundización en el compromiso entre la colectividad y el gobierno, cuyos efectos y consecuencias aún no podemos descifrar plenamente; es más, podríamos sostener, dadas las velocidades de la creatividad humana, que se encuentra involucrada en un proceso interminable abierto e incontenible²⁶⁶³.

2685. El gobierno y la sociedad en la red global, pero también, la economía, el comercio, el mercado, las relaciones interpersonales, la competencia económica, la educación, en fin, todo el universo de relaciones unidos por la ciencia y la tecnología²⁶⁶⁴.

2686. Las tecnologías de la información y el conocimiento se han convertido en los instrumentos del buen gobierno, y de vinculación entre administración y colectividad, que hacen realmente transparente a la administración a través de la comunicación²⁶⁶⁵, medios a los cuales se puede acudir sin limitaciones tecnológicas de ninguna clase²⁶⁶⁶, en cuanto no vulneren los derechos fundamentales de los asociados²⁶⁶⁷, garanticen los derechos de los usuarios²⁶⁶⁸, y hagan del cumplimiento de finalidades y del acceso de las personas a la vida democrática y participativa del país algo mucho más ágil, efectivo y eficaz²⁶⁶⁹.

2687. La gobernanza electrónica no solo fortalece y legitima los gobiernos²⁶⁷⁰, sino principalmente a la sociedad y al individuo en particular; en la realidad de las cosas los hace más poderosos,

consolidando sus identidades, pero también volviéndolos interdependientes²⁶⁷¹.

2688. En esa dirección, se puede sostener sin mayor dificultad que la gobernanza electrónica engloba toda una dinámica nueva de la ciencia política y del mismo derecho constitucional y administrativo, en cuanto entroniza el instrumento electrónico y la red en la consolidación de la democracia, el buen y más cercano gobierno, la administración eficiente, el ciudadano participativo y la efectividad de mecanismos tradicionales de participación como el voto²⁶⁷².

2689. De los anteriores planteamientos doctrinales, y en una perspectiva de estricto carácter jurídico, se puede observar la existencia de una moderna administración pública con funciones y finalidades concretas en la dinámica estatal, que ha abandonado escenarios clásicos de relaciones meramente formales con los asociados, involucrándose en procesos interactivos de presencia y acción con penetración impredecible en la vida de la colectividad y en los procesos económicos, a través de la utilización de los más modernos instrumentos electrónicos con que la tecnología ha dotado a la humanidad, consolidando una verdadera sociedad de la información y la tecnología²⁶⁷³.

II. INCIDENCIAS DE LA GOBERNANZA ELECTRÓNICA EN LA CONFORMACIÓN DE LOS CONTENIDOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, EN ESPECIAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

2690. En este sentido podemos afirmar que el Derecho de la administración pública –*Derecho administrativo*– es hoy también el régimen jurídico que se ocupa de regular los instrumentos tecnológicos para el cumplimiento y satisfacción de las necesidades públicas, en especial de aquellos proporcionados a partir del concepto de ordenanza electrónica, conformadora sustancial de un verdadero derecho a la información y a la comunicación bajo conceptos jurídicos sociales y democráticos, que compromete los aparatos administrativos²⁶⁷⁴⁻²⁶⁷⁵, y la gestión de los gobernantes y administradores bajo principios de transparencia, publicidad, eficacia y celeridad²⁶⁷⁶⁻⁵⁸, garantizando así mismo derechos fundamentales²⁶⁷⁷ como los de petición bajo esquemas de profunda transparencia y participación²⁶⁷⁸, en consecuencia permitiéndoles adelantar actuaciones sumidas en la línea y columna vertebral de la ordenación electrónica²⁶⁷⁹.

2691. Acudiendo a la moderna conceptualización derivada de esta interesante caracterización de la administración pública y de su régimen jurídico, podemos añadir que el Derecho administrativo ha evolucionado asumiendo dentro de sus estructuras la *gobernanza electrónica* y, en consecuencia, un adelantado concepto de derecho fundamental a la información, que involucra de manera activa a quienes ejercen la función pública administrativa, que en los últimos años se ha venido a constituir en un elemento rector de la disciplina, en cuanto que aborda las infraestructuras de la información en todas sus dimensiones²⁶⁸⁰.

2692. Las últimas dos décadas dan fiel testimonio de la consolidación de un cuerpo de normas y de experiencias de todo género aplicables a la gestión administrativa, derivadas de instrumentos informativos desarrollados por la ciencia, en especial, por la electrónica, que se viabiliza a través de instrumentos como Internet y que utiliza imágenes, sonidos, textos, videos, etc., un derecho, por lo tanto, ligado de manera clara con la multimedia, que se materializa en las intimidades de la red.

2693. La red, su uso y explotación se constituyen en el objeto del Derecho en general, pero de manera primordial para el administrativo, en cuanto la necesidad creciente de su intervención y regulación en aras de los supremos intereses de la colectividad²⁶⁸¹.

2694. Al respecto se destaca que la revolución que la ciencia ha introducido en el entendimiento, conceptualización e incluso en el lenguaje mismo del Derecho y sobre todo en el papel que el mismo pasa a cumplir en relación con esta fenomenología, resulta algo similar, y de igual significación a lo ocurrido con el Derecho y su lenguaje a partir de la Revolución Francesa, se evidencia un cierto tono performativo en el nuevo lenguaje del Derecho administrativo a este respecto²⁶⁸², por lo tanto de sus contenidos.

2695. Obsérvese en ese sentido que la gobernanza electrónica implica para la disciplina el abordamiento de nuevas situaciones fácticas suscitadas por la técnica en áreas y materias tan sensibles como telecomunicaciones, información, uso de espectro electromagnético, etc., y que podríamos catalogar como un Derecho administrativo a la información y a la comunicación, que de acuerdo a la evolución de la doctrina comprende temáticas esenciales para la vida ciudadana en todo lo relativo al ámbito de las comunicaciones²⁶⁸³.

2696. Bajo esa perspectiva, la vinculación del gobierno y la administración al mundo de la ordenación electrónica genera dos importantes consecuencias: de una parte, la inevitable transformación de sus roles y competencias, y de otra, la adaptación de su estructura administrativa, funcional y operativa a las nuevas necesidades; el dilema es, entonces, el de la transformación o la desaparición frente a la velocidad de las nuevas tecnologías; todo lo anterior repercute necesariamente en el objeto del Derecho administrativo. Se observa en la disciplina una clara profundización material en categorías imprevistas a la luz de su problemática clásica: el Derecho de la administración converge ahora en la problemática relativa a la sociedad del conocimiento en toda su magnitud y debe abordar los problemas propios de las nuevas tecnologías de la información y el conocimiento²⁶⁸⁴.

2697. En el caso colombiano el punto de partida para esta novedosa concepción del Derecho administrativo nos lo proporciona indudablemente la Constitución Política y su listado de derechos fundamentales, en especial los fundados en las libertades de expresión, pensamiento, opinión, información, comunicación, conocimiento, enseñanza, y petición, los cuales, en su conjunto, determinan los referentes objetivos de la administración en su papel de garante de estas libertades²⁶⁸⁵, por lo tanto, del contenido mismo del régimen jurídico que en razón de ellas deba desarrollarse para efectos de consolidar una verdadera sociedad de la información sumida en las tecnologías de la información y la comunicación, objeto del Derecho administrativo²⁶⁸⁶.

2698. Con el fin de dilucidar con absoluta claridad la magnitud y extensión de la naturaleza *ius fundamental* que reviste en todos sus aspectos y dimensiones el derecho a la libertad de expresión, debemos partir de la premisa de que el bloque internacional de legalidad del derecho a la libertad de expresión está integrado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966^[2687] y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos tratados configuran el bloque internacional de legalidad del derecho a la libertad de expresión por la vía indirecta, lo cual implica que el artículo 20 de la Constitución Política de 1991 debe ser interpretado de conformidad con dichos tratados.

2699. En primer lugar, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos de noviembre de 1969 en Costa Rica, mejor conocida como el Pacto de San José, instituye la libertad de pensamiento y de expresión de toda persona como derecho, lo cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, lo que indudablemente le abre las puertas a los mecanismos electrónicos, configurándose, a la par de los postulados constitucionales enunciados, en instrumentos invaluable de la ordenación electrónica, tanto de la

sociedad como del mismo gobierno y de la administración pública en sus relaciones con los asociados y la comunidad en general²⁶⁸⁸.

2700. En el artículo 13 numeral 3 de la CADH se destaca que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

2701. En igual sentido, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –respaldada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión– señala en su Principio n.º 4 que

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas²⁶⁸⁹.

2702. El derecho a la libertad de expresión se caracteriza por ser un derecho de contenido complejo en la medida en que se proyecta en dos dimensiones, a saber: 1. Una dimensión individual, y 2. Una dimensión colectiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha encargado de interpretar ambas dimensiones, para lo cual se ha apoyado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos²⁶⁹⁰. De esta manera la Corte indicó, en ejercicio de su función consultiva, que:

[...] 31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier [...] procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al estatus de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

33. Las dos dimensiones mencionadas (supra 30) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de

manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas²⁶⁹¹.

2703. Este razonamiento ha sido reiterado en múltiples ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su función contenciosa. Ha dicho la Corte que:

[...] 116. La libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”. No solo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios.

2704. Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente esas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En esos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, los que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.

2705. El ejercicio efectivo de la libertad de expresión implica la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan. Es posible que esa libertad se vea ilegítimamente restringida por actos normativos o administrativos del Estado o por condiciones *de facto* que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por actos u omisiones de agentes estatales o de particulares. En el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad, y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes estén en tal situación, así como, en su caso, investigar los hechos que los perjudiquen²⁶⁹².

2706. De la jurisprudencia interamericana se desprende que la Corte ha insistido incansablemente en que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar el pluralismo informativo, efecto para el cual deben adoptar, de una parte, todas las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para propiciar la concurrencia de medios informativos, y de otra, derogar todas las disposiciones de Derecho interno que de alguna manera obstaculicen o dificulten el libre e irrestricto ejercicio de este derecho en su dimensión colectiva.

2707. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha interpretado el artículo 19 del PIDCP en el siguiente sentido:

El párrafo 2 del artículo 19 debe interpretarse en el sentido de que abarca toda clase de ideas y opiniones subjetivas que puedan transmitirse a otras personas y sean compatibles con el artículo 20, de noticias e información, de expresión y publicidad comerciales, de obras de arte, etc.; no debe limitarse a los medios de expresión política, cultural o artística [...] El Comité tampoco acepta que cualquiera de las anteriores formas de expresión pueda ser objeto de diversos grados de limitación, de manera tal que algunas formas de expresión puedan sufrir restricciones más amplias que otras [...] Cualquier restricción a la libertad de expresión debe reunir en forma acumulativa las siguientes condiciones: debe haber sido prevista en la ley, debe estar encaminada a cumplir uno de los propósitos enumerados en los incisos a) y b) del párrafo 3 del artículo 19, y debe ser *necesaria* para lograr el propósito legítimo²⁶⁹³.

2708. Sobre las restricciones a las que puede estar sometido este derecho, el Comité de tiempo atrás ha señalado que:

El párrafo 3 subraya expresamente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y por esta razón se permiten ciertas restricciones del Derecho en interés de terceros o de la comunidad en su conjunto. No obstante, cuando un Estado Parte considera procedente imponer ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, éstas no deberán poner en peligro ese derecho en sí mismo. El párrafo 3 establece tres condiciones que han de cumplir las restricciones: las restricciones deberán estar “fijadas por la ley”; únicamente pueden imponerse por una de las razones establecidas en los apartados a) y b) del párrafo 3; y deben justificarse como “necesarias” a fin de que el Estado Parte alcance uno de estos propósitos²⁶⁹⁴.

2709. Por su parte, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de Naciones Unidas ha señalado que el derecho a la libertad de opinión y de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de la democracia, cuyo ejercicio promueve el desarrollo de los pueblos dentro una cultura de respeto de los derechos humanos. Es por ello que en el informe presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas señaló que:

El Comité de Derechos Humanos ha enfatizado la importancia del derecho de los ciudadanos a estar informados de las actividades de los funcionarios públicos y tener acceso a información que les permita participar en los asuntos políticos. En la democracia, el derecho a acceder a la información pública es un derecho fundamental para el ejercicio de la transparencia. Los procedimientos democráticos implican que las personas tengan acceso a la información pública, entendiéndose ésta como la relacionada con toda la actividad del Estado. Esto permite tomar las decisiones y ejercer el derecho político a elegir y ser electo, o a cuestionar o incidir en políticas públicas así como a mantener la calidad del gasto público y promover la rendición de cuentas, todo lo cual facilita establecer un control sobre el abuso de poder [...] Los Estados deben tomar las medidas legislativas y administrativas necesarias para facilitar a las personas el acceso a la información pública. Existen características legislativas y procesales específicas que deben estar implícitas en todo régimen de acceso a la información, incluido el principio de la máxima divulgación, la presunción del carácter público con respecto a las reuniones y los documentos fundamentales, amplias definiciones del tipo de información a la que se puede tener acceso, tarifas y plazos razonables, un examen independiente de las denegaciones de acceso y sanciones por incumplimiento [...] En la actualidad el acceso a la comunicación y en particular a la comunicación electrónica, representa una necesidad para alcanzar el desarrollo y por consiguiente, debe ser entendido también como un derecho económico social. Los Estados deben asumir la responsabilidad de facilitar y de subsidiar el acceso a medios de comunicación electrónica para garantizar el ejercicio equitativo de este derecho, combatir la pobreza y alcanzar sus metas de desarrollo²⁶⁹⁵.

2710. Con fundamento en lo anterior, el Relator concluyó que:

El derecho a la libertad de opinión y expresión debe ser entendido como un instrumento esencial para promover y proteger otros derechos humanos, que constituye una herramienta importante en la lucha contra la impunidad y contra la corrupción [...] El Relator Especial expresa su preocupación ante la creciente brecha digital y el desarrollo de las tecnologías de comunicación electrónica entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo [...] Se considera que la comunicación electrónica es además un derecho económico, pues es un factor esencial para el desarrollo. Por consiguiente, los Estados deben garantizar el acceso de todos a la misma, y en particular los sectores más pobres de la sociedad²⁶⁹⁶.

2711. A su vez, lo anterior se recogió en la *Declaración Conjunta* del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, dentro del marco de la Campaña Mundial para la Libertad de Expresión, quienes hicieron énfasis en los principios de diversidad y pluralismo que deben regir las actuaciones de los Estados que versen sobre la libertad de expresión²⁶⁹⁷.

2712. Desde esa perspectiva internacional, las anteriores libertades y principios se han desarrollado básicamente en la Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las TIC, luego todos sus contenidos configuran la temática de esta nueva visión del régimen jurídico de la administración de manera general.

2713. En el artículo 2.º numeral 7 de esta ley se retoman los postulados constitucionales mencionados y se define de manera mucho más concreta una temática propia para el Derecho administrativo en esos aspectos estelares de la tecnología, la información y la comunicación, al determinar que el Estado propiciará a todo colombiano el derecho al acceso a las TIC básicas, que permitan el ejercicio pleno de los siguientes derechos: la libertad de expresar y difundir su pensamiento y sus opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, la de educar y acceder al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

2714. Lo anterior guarda coherencia con lo determinado en el mismo artículo 2.º inciso 1.º de la ley de las TIC al determinar que constituye objeto de la misma, y por tanto es responsabilidad de las autoridades administrativas, la investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las TIC en cuanto que son una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los derechos humanos inherentes y la inclusión social, lo cual se complementa con lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo en comento, según el cual las TIC deben servir al interés general, y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades a todos los habitantes del territorio nacional.

2715. Bajo tales consideraciones podemos afirmar entonces que los nuevos rumbos de la administración pública y de su régimen jurídico se encausan por senderos que buscan básicamente establecer y garantizar la prioridad en el acceso y uso de las TIC, la libre competencia, el uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos, la protección de los derechos de los usuarios, la promoción de la inversión, la neutralidad tecnológica, el derecho a la comunicación, la información y la educación, y los servicios básicos de las TIC, al igual que la masificación del gobierno en línea.

III. LOS INSTRUMENTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS DE LA ORDENANZA ELECTRÓNICA EN ESPECIAL DE INTERNET. EL *SOFT LAW* Y LA NORMATIVA EN RELACIÓN CON INTERNET

2716. Los más variados instrumentos técnicos de esta enorme revolución social, económica, institucional y jurídica, son aquellos derivados, bajo el concepto de neutralidad²⁶⁹⁸, de los aportes de las TIC a la humanidad, los cuales se concretan en una pluralidad de medios electrónicos que permiten la compilación, el procesamiento, el almacenamiento y la transmisión de información en forma de voz, datos, texto, video e imágenes²⁶⁹⁹, y en los que se utilizan igualmente diversos tipos de infraestructuras de redes e incluso el espectro electromagnético y radioeléctrico para llegar a los usuarios finales²⁷⁰⁰, esto, para el cumplimiento y satisfacción de los propósitos y finalidades de la sociedad de la información²⁷⁰¹, propiamente, como lo hemos expresado ampliamente, de la sociedad red global²⁷⁰².

2717. Para efectos del presente trabajo, entre esos instrumentos destacamos por su incidencia clave en la denominada sociedad de la información y el conocimiento, Internet –o simplemente la red–, que configura la *interred* y que conecta la multiplicidad de redes existentes a nivel mundial²⁷⁰³, lo que implica, entonces, que por esas especiales características y sus capacidades de interconexión e intercomunicación universal –entramado mundial de redes– y el manejo de la información global, se desempeñe como un sistema²⁷⁰⁴ o conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas, que mediante la utilización de protocolos técnicos –TCP/IP–²⁷⁰⁵, garantizan que la multiplicidad y heterogeneidad de las redes que la componen, se articulen de manera tal que funcionen como una única red lógica de penetración universal casi instantánea, en lo que se ha dado en llamar como una verdadera “... conversación mundial sin fin...”²⁷⁰⁶⁻²⁷⁰⁷.

2718. En orden a los presupuestos técnicos expuestos, resulta fácil deducir las nociones y conceptos fundamentales en relación con una aproximación jurídica en torno al fenómeno de Internet. García Mexía, siguiendo de cerca la doctrina dominante en el tema, propone tres estratos técnicos debidamente articulados para el cabal entendimiento de Internet en su perspectiva jurídica, ellos son: el *estrato físico*, que comprende la infraestructura de red propiamente dicha, y su múltiple y complejo entramado de conexiones, al igual que el PC²⁷⁰⁸; el *estrato del contenido* o de las aplicaciones, del cual hacen parte la multiplicidad de fuentes de información, conocimiento y cualesquiera otra que Internet pone a disposición de sus usuarios²⁷⁰⁹, y el *estrato lógico o del interfaz*, mejor conocido en algunos sectores doctrinales como *servicios básicos*, que se estructura a partir de la conexión física y funcional entre ordenadores y redes de ordenadores, la cual se hace posible a través de los *software*, los estándares de comunicación y los protocolos diseñados para estos efectos²⁷¹⁰.

2719. Desde la perspectiva estrictamente jurídica, Internet nos presenta una de las facetas más interesantes de la evolución del Derecho, en la medida en que nos ubica en un momento estelar para la disciplina, en el cual los conceptos de tiempo y espacio juegan papel preponderante en la comprensión de los más elementales problemas con trascendencia jurídica de este instrumento, y que llevan a que se rompan paradigmas y verdades prácticamente absolutas existentes hasta nuestros días en el ámbito del derecho²⁷¹¹.

2720. Los fenómenos con trascendencia en la materia se fundan en avanzados conceptos tecnológicos como los de tiempo real, efectos simultáneos a su ocurrencia, etc.; en igual sentido, los de espacio, en la medida en que su ocurrencia, y el sitio de confluencia de sus operaciones, ejecuciones, transmisiones y redes, está ubicado en el inmaterial contexto del ciberespacio²⁷¹².

2721. En el Derecho de Internet, que surge de la ciencia y la tecnología, sus verdades son ahora las del Derecho²⁷¹³, lo que permite sostener, como lo hace la reciente doctrina en la materia, que se ha abandonado el viejo Derecho normativista positivo, politizado, arbitrario en muchos casos, y se ha cambiado por otro producto de la axiología, lo social, las necesidades globalizadas, y sobre todo, de los resultados de procesos científicos y tecnológicos²⁷¹⁴, en donde convergen las legislaciones del mundo entero, e incluso en donde los países y comunidades de todo el planeta deben converger de no existir legislación nacional en la materia, en cuanto se trata, en definitiva, de un Derecho de naturaleza universal, vinculado a conceptos inmateriales reinantes en el confuso espectro del ciberespacio²⁷¹⁵.

2722. Este nuevo Derecho nace de la actuación conjunta y armoniosa de la industria y de las organizaciones básicamente técnicas y coordinadoras de la red de carácter privado, y que, salvo contadas excepciones, tienen transcendencia sobre todas las naciones del planeta²⁷¹⁶, con poder y fuerza vinculante; es un claro e inobjetable ejemplo de *soft law*, del Derecho no legislado, que no es producto del ejercicio y poder soberano de ningún Estado, pero que da pautas, y que es necesario por sus raíces incontrovertibles emanadas de la ciencia y la tecnología²⁷¹⁷.

2723. Esas son las razones por las cuales en relación con el Derecho administrativo, el régimen jurídico de Internet no resulta caracterizado por un alto o excesivo grado de intervención estatal en la materia; lo que se observa es, ante todo, el predominio de la libertad de los actores, sujetos y usuarios de este instrumento y de sus diferentes servicios, eso sí, como ya se advirtió, con respeto y acatamiento de la estándares básicamente de carácter técnico, producidos por diferentes organismos de carácter internacional, sin los cuales el sistema no funcionaria en ninguna parte del planeta²⁷¹⁸, lo que reafirma el concepto de *soft law* para el contexto normativo de Internet.

2724. Este Derecho dúctil o flexible se traduce en la existencia de instrumentos normativos mundialmente aceptados por las naciones y los individuos, no simples costumbres en la materia, sino estándares y protocolos necesarios, nacidos de la evolución de la ciencia y la tecnología²⁷¹⁹, en lo que bien podría considerarse, a la luz de la teoría de la fuentes, como una fuente no formal y derivada de estructuras ciberespaciales del Derecho; o, frente al concepto de sistema del Derecho positivo, como el aporte de organismos no legislativos y supranacionales a la estructuración del entramado de normas, principios y valores rectores de las actividades propias del tráfico jurídico.

2725. El valor jurídico y la fuerza vinculante de la normativa técnica internacional, además de los estándares y protocolos de Internet, deviene fundamentalmente de la necesidad integradora que el instrumento permite globalmente y no de razones de política legislativa o de profundas decisiones administrativas. Definitivamente nos encontramos ante un caso patético de Derecho dúctil, flexible o blando, que se ha construido universalmente apoyado en técnicas de *soft law* y todo lo que este concepto significa, en ausencia de fuentes formales.

2726. Pero hay una circunstancia muy particular en relación con este régimen normativo internacional, y con el alcance del concepto de *soft law* que lo caracteriza, y es que, por fuerza de las circunstancias, se convierte en criterio de necesaria aplicación por el Estado y por la administración, en cuanto actores activos y pasivos de Internet, esto, sin necesidad de norma interna del ordenamiento jurídico que así lo disponga. En ese sentido, así no hayan sido adoptados por la normatividad nacional, dichos protocolos pasan a configurar lo que se conoce como el Derecho público del Estado que integran, componente irremediable del Derecho vinculante para el ejercicio de la función pública administrativa, cuando se acude al instrumento de Internet para el cumplimiento de las finalidades propias del Estado social y democrático de derecho

2727. En cuanto a Internet, la ordenanza electrónica guarda una profunda relación con el ordenamiento normativo internacional que se convierte en regla para la interrelación entre todos los actores públicos y privados, y para la sociedad en general, cuando se trata de cumplir propósitos públicos. En ese sentido, cualquier aproximación a las normas de la Ley 527 de 1999 sobre documento electrónico, cuando sea un actor público el que las deba aplicar, o en el mismo caso de la activación por las administraciones públicas administrativas de cualquiera de las disposiciones de la Ley 1437 de 2011 en relación con procedimientos administrativos electrónicos, debe comprender que el mundo normativo y jurídico de Internet no se agota en esas pocas disposiciones legales de carácter nacional.

2728. El trasfondo sustancial y material de la normatividad a la que realmente le está dando cumplimiento la administración pública es a la desarrollada por las agencias técnicas internacionales, al *soft law* derivado de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones. En esa dirección, la normativa nacional pasa simplemente a constituirse en meramente residual, en cuanto no puede modificar lo científico y técnico de Internet reflejado en la normativa internacional, por lo demás adicional y complementaria en aspectos meramente instrumentales y de respeto a los derechos de los sujetos actores de todo el proceso técnico.

2729. El poco margen que el *soft law* de Internet deja a la normatividad nacional se refleja ampliamente en Colombia. Las pocas regulaciones existentes en nuestro Derecho sobre la materia devienen de los postulados de la Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las TIC, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones, que en líneas generales se puede considerar el marco jurídico sobre el cual se edifica la totalidad del esquema normativo relacionado con la sociedad de la información y, principalmente, con todo lo referente al sector de las TIC, quedando comprendido Internet dentro de la definición general de las TIC contenida en el artículo 6.º de ese ordenamiento normativo y al cual nos hemos referido en páginas anteriores.

2730. Ahora bien, no obstante que la regla general es la de la libertad en prácticamente todo lo relacionado con la utilización de las TIC como instrumento (por lo menos así se acepta en el Derecho nacional, y la política estatal en la materia admite de manera pacífica esa dirección), por estrictas razones de orden público, básicamente de carácter técnico y en especial de defensa de los usuarios, la CRT ha expedido algunas regulaciones, por lo demás absolutamente excepcionales, en las cuales se ocupa del tema de Internet: la primera es la Resolución 3067 de 2011 a través de la cual se definen los indicadores de calidad para los servicios de telecomunicaciones, entre los que, en su capítulo II, se incluyen las obligaciones de calidad para el servicio de acceso a Internet²⁷²⁰; la segunda es la resolución 3066 de 2011 por la cual se establece el régimen integral de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones²⁷²¹.

2731. La Ley 1450 de 2011, por la cual se expidió el plan de desarrollo, incorporó algunas disposiciones en relación con la neutralidad en Internet, tendientes a garantizarla y hacerla efectiva, sobre todo en relación con los usuarios; así mismo, dispuso sobre el acceso social a este medio²⁷²².

IV. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y ADMINISTRATIVOS DE LA ORDENANZA ELECTRÓNICA PARA LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN LAS RELACIONES ENTRE GOBIERNO, ADMINISTRACIÓN Y

COLECTIVIDAD. INCIDENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS GENERAL Y ESPECIAL

2732. Sea lo primero advertir que la Ley 1341 de 2009 ordena, como principio y como norma, la sujeción de las entidades administrativas para el ejercicio de sus funciones a reglas, principios y normas propios de las TIC, constituyéndose esa actitud pública, como se advirtió al inicio del presente trabajo, en una indiscutible política de Estado, componente invariable de los asuntos de interés público y general –art. 2.º inc. 1.º Ley 1341 de 2009–. Idea imperativa que se reitera en los numerales 1 y 8 del artículo 2.º y en el artículo 5.º de la mentada ley, al establecer como principios rectores, para los propósitos indicados, los de prioridad al acceso y uso de la TIC, el de la masificación del gobierno en línea, y el de la promoción, coordinación y ejecución de las TIC en cabeza de las entidades públicas, lo que significa que toda la administración pública está llamada a incorporarse a esa línea de acción y operación.

2733. Ahora bien, de manera especial, y para efectos de los procedimientos administrativos, en la Ley 1437 de 2011 se incorporaron normas especiales para hacer viable, por las vías de la ordenación electrónica, la satisfacción de los intereses de carácter individual o colectivo que le corresponda a las diferentes reparticiones públicas.

2734. En ese sentido, no debemos olvidar que en su relación con el ejercicio de la función pública administrativa la ordenanza electrónica configura una administración pública vinculada de manera directa con la satisfacción de las necesidades públicas, tal como lo dispuso la Constitución Política a la luz de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, de lo cual se desprende la presencia de una administración electrónica vinculada a unos precisos procedimientos administrativos altamente garantísticos, irradiados de los conceptos y principios constitucionales del debido proceso, la legalidad, el interés general y la participación, entre otros. Nos ocuparemos a continuación del estudio de la normatividad aplicable a los procedimientos administrativos electrónicos.

A. LA ORDENANZA ELECTRÓNICA Y LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

2735. En el Derecho colombiano los procedimientos administrativos electrónicos están instituidos en las leyes 527 de 1999, 962 de 2005 y 1437 de 2011, disposiciones que deben entenderse en su conjunto. Veamos lo que se desprende de cada una de ellas en procura de integrar la compleja legalidad que caracteriza el desarrollo del procedimiento electrónico en el devenir de la función pública colombiana²⁷²³.

1. LA CONFORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO A PARTIR DE LA ARTICULACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LAS LEYES 527 DE 1999, 962 DE 2005 Y 1437 DE 2011

2736. *Antecedentes.* En materia de gobernanza electrónica, y principalmente de influencia de las tecnologías de la comunicación y la información, en los términos de la Ley 1341 de 2009, en la estructuración de la misma, uno de los aspectos que merece más realce por los desarrollos que ha adquirido en nuestra legislación es precisamente el de los procedimientos administrativos electrónicos, en cuanto instrumentos adecuados para el cumplimiento de los cometidos estatales a cargo de quienes ejercen las funciones públicas administrativas.

2737. Sin embargo, la importancia de esos instrumentos no surgió a partir de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a través de la Ley 1437 de 2011. Como lo hemos destacado, y se desarrollará en los siguientes numerales, ya desde la expedición de la Ley 527 de 1999 se observa la insistencia del legislador en un acercamiento de los poderes públicos, en especial del aparato administrativo del Estado, y de los responsables del cumplimiento y ejecución de la función pública administrativa, a las bondades que las tecnologías de la información y la comunicación le brindan a la humanidad, para generar mejores condiciones en sus relaciones con la ciudadanía y, en consecuencia, generar e incentivar en esta claros senderos de interacción con quienes ejercen el poder político y administrativo.

2738. Desde 1999, con la expedición de la Ley 527^[2724], se habían forjado las bases para que la administración actuara y se interrelacionara de manera dinámica, ágil y oportuna a través de instrumentos electrónicos; desafortunadamente, el atraso cultural de nuestra administración impidió que se utilizaran desde aquellas épocas los importantes instrumentos que proporcionaba la tecnología de la información. Al valorarse la constitucionalidad de ciertas normas de la Ley 527, la Corte Constitucional sostuvo que

... los avances tecnológicos en materia de intercambio tecnológico de datos requieren la adecuación de los regímenes jurídicos para ponerlos en concordancia con las transformaciones que aquellos han provocado en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial (*sic*)²⁷²⁵.

2739. Inclusive en 1995, con la expedición del Decreto 2150 el legislador ya preveía situaciones que le otorgaban sin duda mayor dinámica a principios como los de la celeridad, economía y eficacia en los procedimientos administrativos. Se dispuso en aquella oportunidad que las autoridades debían utilizar los sistemas electrónicos que la tecnología proporcionaba para el manejo de la información y el archivo de la documentación sin límites injustificados o prevenciones de carácter cultural²⁷²⁶.

2740. En ese sentido podemos afirmar que en los últimos años las transformaciones tecnológicas han tenido una incidencia directa y significativa en la aplicación de las normas relacionadas con los procedimientos administrativos, y han mudado sustancialmente los mecanismos y conceptos tradicionales en esas materias. Los adelantos en las comunicaciones y en los medios utilizados para han suscitado cambios sustanciales, de hecho y de derecho, en relación con los instrumentos de la administración para la transmisión, recepción y archivo de información o documentación, en especial en el ámbito de las actuaciones administrativas.

2741. *La incorporación paulatina de procedimientos electrónicos. Algunas dificultades.* La situación adquirió aún mayor relevancia con la expedición de la Ley 1341 de 2009, a través de la cual se le otorgó un impulso profundo al tema en todos los aspectos de la vida ciudadana, elevando a principio fundamental la adecuación e incorporación de la administración pública a los medios y mecanismos tecnológicos y, por lo tanto, la utilización de la electrónica para el desarrollo de todas y cada una de sus actividades, y en sus relaciones con los asociados, tal como lo hemos destacado en los inicios de este escrito, consolidando entre nosotros los principios constitucionales a la información y las comunicaciones, y convirtiendo, por lo tanto, a la administración en un actor principalísimo de los mismos, no en su favor, sino en el de la comunidad en general²⁷²⁷.

2742. Estas orientaciones de la Ley 1341 de 2009^[2728], y sobre todo la realidad de los desarrollos de la humanidad en materia tecnológica y de las comunicaciones, sirvieron de base y sustento para que se incorporaran precisos mandatos en la Ley 1437 de 2011 en la dirección de hacer del procedimiento

administrativo realmente un instrumento electrónico, con todas las implicaciones que ello significa en la hora actual de la tecnología en relación con la vida de la comunidad nacional; esto, sin abandonar de todas maneras los viejos y clásicos esquemas de procedimientos administrativos escritos.

2743. En el artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, en relación con el trámite de los procedimientos administrativos y la celebración de audiencias, se acude a un sistema mixto de procedimientos administrativos que parte de la aceptación no solo de los gestionados por medios electrónicos, sino de los que se conservan escritos y se incorporan igualmente los verbales. De todas maneras se le da vía a la tecnología, considerándola como una alternativa posible en relación con las actuaciones de quienes ejercen la función pública administrativa²⁷²⁹, lo cual se reitera en el inciso 1.º del artículo 53 de la ley en cuestión, al determinar que los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos²⁷³⁰, los cuales se incorporarán gradualmente a la vida ciudadana de manera que no causen impactos negativos en el funcionamiento del aparato administrativo²⁷³¹; de todas formas con su desarrollo se espera consolidar principios vitales de las actuaciones administrativas como el de celeridad²⁷³².

2744. De todas maneras, resulta interesante destacar que si bien se abren las puertas a las TIC, en la ley se reconoce la brecha cultural y económica en nuestra sociedad, que podría poner en peligro preciosos derechos constitucionales como los de igualdad en las relaciones entre los asociados con la administración pública o con el simple ejercicio de la función pública administrativa. Se reconoce en el artículo 53 en comento que no todas las personas residentes en el territorio nacional cuentan con los medios materiales y, sobre todo, con el conocimiento tecnológico para que los procedimientos sean plenamente electrónicos; de ahí que se mantengan los escritos y se incorporen los orales, y con ellos simultáneamente juegue y actúe el aparato administrativo del Estado.

2745. Precisamente, en el inciso 1.º del artículo 53 ya comentado se dispone que para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos. Este mandato en procura de respetar los derechos constitucionales de los usuarios puede resultar costoso para las entidades públicas, puesto que implica generar programas y proyectos dirigidos a esos propósitos; de otra forma pronosticamos profundas dificultades en el futuro de los procedimientos electrónicos, en razón, se insiste, de las limitaciones culturales y económicas de gran parte de la población, lo que hace imposible que exista realmente la interacción que se espera a través de los procedimientos electrónicos.

2746. Algún paliativo podemos observar en la Ley 1450 de 2011, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, y en la que se incorporaron dos disposiciones que consideramos oportunas para acortar las distancias sociales que impiden que los procedimientos electrónicos puedan realmente consolidarse como un instrumento real y efectivo para el cumplimiento de los propósitos del Estado social y democrático de derecho: el artículo 55, que establece la promoción del acceso y goce efectivo de todas las personas a los servicios de las TIC, procurando reducir las desigualdades en esas materias²⁷³³; y el artículo 58, que incorpora el concepto de Internet social a través del cual, conforme a varias alternativas de políticas públicas de masificación de Internet, se pretende llegar a los estratos más desfavorecidos económica, social y culturalmente, rompiendo barreras históricas a través del acceso a ese instrumento electrónico²⁷³⁴.

2747. *El derecho fundamental de petición y los procedimientos administrativos electrónicos.* El derecho de petición²⁷³⁵ es un derecho fundamental de origen constitucional, que posibilita el acceso de las personas a las autoridades públicas y privadas, y obliga a estas a responder prontamente lo

requerido por los solicitantes o los recursos interpuestos oportunamente contra las decisiones administrativas²⁷³⁶.

2748. Ese derecho ha sido desarrollado por el legislador no solo en las normas generales de la Ley 1437 de 2011 sino también en los diferentes procedimientos especiales. Desde ese punto de vista, no solo constituye un derecho, sino también una de las más claras garantías de que gozan los asociados en cualquier Estado organizado jurídicamente para relacionarse con los administradores y demás servidores públicos. Como derecho fundamental, el derecho de petición significa que su aplicación consolida el Estado de derecho²⁷³⁷, en la medida en que respeta aspectos básicos de la vida y la individualidad de las personas tales como el de relacionarse con toda autoridad cuando lo requieran a través del medio que consideren más idóneo²⁷³⁸, como puede ser el electrónico; así lo establece el artículo 5.º numeral 1 de la Ley 1437 de 2011^[2739]. Como garantía, implica el ejercicio de las vías adecuadas para que oportunamente²⁷⁴⁰ se satisfagan sus derechos o inquietudes, lo cual reitera su posibilidad de que sea intentado por las personas interesadas a través del medio electrónico más idóneo y oportuno, naciéndole el deber indelegable a las autoridades de resolver oportunamente el mismo, sin posibilidad de discriminar el medio utilizado²⁷⁴¹⁻²⁷⁴².

2749. La Corte Constitucional ha expuesto su carácter de norma fundamental para la vida política del Estado. Es más, su efectividad la liga de manera inevitable a las mismas razones que justifican la existencia del Estado. Se trata, indica la Corte, de uno de los

... derechos fundamentales cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas...²⁷⁴³.

2750. Adicional a su carácter de derecho fundamental, resulta evidente por las mismas razones que, desde el punto de vista específico, ese derecho puede ser calificado como subjetivo, y concretamente como uno de los derechos subjetivos del derecho público. Es decir que tiene directa relación con los intereses y razones de la persona frente al Estado y de las necesidades emanadas de la inevitable relación que se estructura en toda persona por el solo hecho de habitar en un Estado, teniendo en consecuencia exigencias y deberes frente al mismo. La petición implica rompimiento del Estado inaccesible y ratificación del institucionalizado. En ese sentido, la Corte Constitucional ha manifestado:

El derecho de petición, cuyo propósito es buscar un acercamiento entre el administrado y el Estado, otorgándole al ciudadano un instrumento idóneo con el cual acudir ante él en busca de una información o con el fin de que se produzca un pronunciamiento oportuno por parte del aparato estatal, es una garantía propia del sistema de gobierno democrático y manifestación de la soberanía popular...²⁷⁴⁴.

2751. *Reglas para la utilización del medio electrónico por la persona interesada.* El artículo 54 de la Ley 1437 de 2011 establece algunas reglas especiales en relación con las personas interesadas que se involucren con la administración a través de los procedimientos de carácter electrónico. Las reglas en cuestión parten de la configuración de un gran postulado general para el acceso de las personas a los medios electrónicos de que disponga la administración pública, establecido a partir del denominado “... registro para el uso de medios electrónicos...”, que en realidad no es un registro general para el uso

de todos los medios electrónicos, sino solo, y de manera exclusiva, los de Internet, en cuanto se cumple con el requisito por medio de un simple registro ante las autoridades correspondientes con competencia en el procedimiento administrativo, de una dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin. Si así lo hace, las autoridades continuarán la actuación por ese medio, a menos que el interesado solicite recibir notificaciones o comunicaciones por otro medio diferente.

2752. El anterior requerimiento se circunscribe a las hipótesis de actuaciones iniciadas en virtud de un derecho de petición o, incluso, en actuaciones oficiosas, en cuanto que si se trata de peticiones de información y consulta efectuadas a través de correo electrónico, dispone la misma norma, de manera expresa, que no requerirán del referido registro y podrán ser atendidas por la misma vía; significa esto que toda petición de esa naturaleza vincula a la administración para que su trámite sea siempre de carácter electrónico, en cuanto es la vía escogida por la persona interesada.

2753. En relación con el tiempo u oportunidad de las actuaciones y trámites electrónicos en los que se hubiere registrado una cuenta de correo electrónico, se entenderán hechas en término siempre que hubiesen sido registrados hasta antes de las doce de la noche y se radicarán el siguiente día hábil. Esto es, la actuación se hace en tiempo actuando hasta la hora 24 del día en que se haga la actuación, pero su registro por razones laborales y técnicas de la administración se hace al día siguiente, no queriendo decir esto que jurídicamente la actuación se entienda hecha un día después de que realmente hubiere sido efectuada. Todo lo contrario: lo que corresponda al obrar humano se hace al día siguiente pero respetando la realidad fáctica y temporal de las actuaciones efectuadas.

2754. Las reproducciones efectuadas a partir de los respectivos archivos electrónicos se reputarán auténticas para todos los efectos legales.

i) *Reglas para la utilización del medio electrónico por quienes ejercen la función pública administrativa.* Los artículos 58 a 60, y 63 establecen una serie de reglas de orden estrictamente técnico en torno al manejo del procedimiento administrativo electrónico, fundamentales para el establecimiento de un procedimiento ordenado protector de la información pública y privada que se genere a partir de todas las actuaciones y acciones propias de un actuar público de esta naturaleza. Las reglas en cuestión versan sobre la sede electrónica; el recibo, envío y prueba de la documentación electrónica; el expediente electrónico; los archivos electrónicos, y el desarrollo de sesiones virtuales por parte de la administración pública mediante la utilización en todos los casos de instrumentos propios de las tecnologías de la información y la comunicación.

2755. En relación con la primera regla propia del funcionamiento electrónico de la administración pública, esto es, la denominada *sede electrónica*, el artículo 60 de la Ley 1437 de 2011 establece la obligación para todas las autoridades de tener al menos una dirección electrónica. En esa exigencia no encontramos ninguna facultad para su entendimiento, a no ser que, desde la perspectiva técnica, lo que el título de la disposición está exigiendo es una sede electrónica, concepto este que guarda distancia con el de la simple dirección electrónica.

2756. Al parecer, los redactores de la norma incurrieron en el mismo error en que incurrió el artículo 10.1 de la ley española de la materia LAECSP (Ley 11 del 22 de junio de 2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, o como es generalmente conocida, la “Ley de Administración Electrónica”), al establecer que “La sede electrónica es aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una administración pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias...”; pero, sin embargo, en esa misma ley, en la letra i anexo LAECSP, al definir dirección electrónica se la deslinda de la sede electrónica y se la entiende como “Identificador

de un equipo o sistema eléctrico desde el que se provee de información o servicios en una red de comunicaciones...”, luego no se trata de conceptos que se puedan confundir.

2757. Al respecto, baste decir que el concepto de sede administrativa electrónica es, conforme al criterio del *equivalente funcional*, tan recurrido en materia de documento electrónico, que pretende identificar la sede de la administración en el ciberespacio: se trata de la oficina electrónica de la entidad pública o de quien ejerce funciones públicas administrativas. Configura la sede espacial el sitio o portal Web de Internet de las entidades administrativas desde donde gestionan, administran y desarrollan los procedimientos administrativos de su competencia. En síntesis, podríamos decir que el concepto de sede electrónica es un concepto complejo que involucra todo aquello que podría existir en el espacio de una sede administrativa vista desde la perspectiva electrónica, para interactuar con las personas interesadas y la comunidad en general.

2758. En la sede administrativa, como se acepta por la doctrina, reposan los elementos necesarios para que los interesados se puedan relacionar con las autoridades, tales como formularios, registros, instrumentos para la formalización de solicitudes, presentación de peticiones, información general de la entidad, publicidad oficial, boletines, publicaciones oficiales, etc.; la dirección electrónica configuraría tan solo uno de esos elementos propios y necesarios de toda sede administrativa electrónica. En ese sentido nos encontramos en una relación de género a especie.

2759. Vistas así las cosas, la disposición debe ser entendida en el sentido de que cada autoridad o, para ser más preciso, cada entidad pública debe tener una sede electrónica con el fin de suplir en el ciberespacio la sede física de sus oficinas, y dentro de la sede contar necesariamente, como mínimo, con una dirección electrónica que le permita de manera concreta interactuar con las personas interesadas y la comunidad en general.

2760. En cuanto responsable de la sede, la autoridad respectiva debe garantizar las condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad de la información, de acuerdo con los estándares que defina el Gobierno Nacional (y podríamos agregar de actualidad y veracidad de la misma), con el fin de cumplir con los cometidos estatales y respetar los derechos de todos los usuarios de TIC que la frecuenten o deban interrelacionarse con ella.

2761. La Ley 1347 de 2011 permite que se establezca una sede electrónica común o compartida por varias autoridades, siempre y cuando se identifique claramente quién es el responsable de garantizar las condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. Así mismo, cada autoridad usuaria de la sede compartida será responsable de la integridad, autenticidad y actualización de la información, y de los servicios ofrecidos por este medio.

2762. En relación con la segunda regla propia del funcionamiento electrónico de la administración pública, esto es, la denominada de *recibo, envío y prueba de la documentación electrónica*, el artículo 61 de la Ley 1437 de 2011 establece las siguientes reglas objetivas para la recepción de mensajes de datos dentro de una actuación administrativa de las autoridades: 1. Llevar un estricto control y relación de los mensajes recibidos en los sistemas de información, incluyendo la fecha y hora de recepción; 2. Mantener la casilla del correo electrónico con capacidad suficiente y contar con las medidas adecuadas de protección de la información, y 3. Enviar un mensaje acusando el recibo de las comunicaciones entrantes indicando la fecha de la misma y el número de radicado asignado.

2763. Se complementa lo anterior en el artículo 62 cuando determina que para efectos de demostrar el envío y la recepción de comunicaciones se aplicarán las siguientes reglas: 1. El mensaje de datos emitido por la autoridad para acusar recibo de una comunicación será prueba, tanto del envío hecho por el interesado como de su recepción por la autoridad, y 2. Cuando fallen los medios electrónicos de la

autoridad, que impidan a las personas enviar sus escritos, peticiones o documentos, el remitente podrá insistir en su envío dentro de los tres días siguientes, o remitir el documento por otro medio dentro del mismo término, siempre y cuando exista constancia de los hechos constitutivos de la falla en el servicio.

2764. En cuanto a la tercera regla, propia del funcionamiento electrónico de la administración pública, esto es, la denominada *expediente electrónico*, el artículo 59 de la Ley 1437 de 2011 determina que, en aras de la debida organización y de la coherencia necesaria de toda la documentación que se aporte a una actuación, trámite o procedimiento administrativo, se hace necesario igualmente, en virtud del principio del *equivalente funcional*, armar un verdadero expediente que contenga toda la información y documentación que se aporte o reporte como propia o relativa al objeto de la misma. En este sentido, la norma la define como "... el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contengan...".

2765. Desde la perspectiva de la forma el código entra en el detalle de exigir lo que por lógica cualquier expediente debe contener en relación con el principio de orden y es que la documentación esté debidamente foliada, mediante un índice electrónico, firmado digitalmente por la autoridad, órgano o entidad actuante, según proceda. Este índice garantizará la integridad del expediente electrónico y permitirá su recuperación cuando se requiera.

2766. En relación con la cuarta regla propia del funcionamiento electrónico de la administración pública, esto es, la denominada del *archivo electrónico de documentos*, el artículo 58 la desarrolla igualmente como postulado del principio de orden que debe regir en toda dependencia pública en relación con sus informaciones y documentaciones. Se destaca en la disposición que cuando el procedimiento administrativo se adelante utilizando medios electrónicos, los documentos deberán ser archivados en este mismo medio. Podrán almacenarse por medios electrónicos todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas. La conservación de los documentos electrónicos que contengan actos administrativos de carácter individual, deberá asegurar la autenticidad e integridad de la información necesaria para reproducirlos, y registrar las fechas de expedición, notificación y archivo.

2767. En nuestra opinión, esta regla también se nutre con lo dispuesto en el inciso final del artículo 59 en relación con el archivo de las copias de seguridad de los documentos incorporados en todo expediente administrativo. Recordemos que las autoridades tienen la obligación de conservar copias de seguridad periódicas que cumplan con los requisitos de archivo y conservación en medios electrónicos, de conformidad con la ley (debemos entender con la ley de archivo). Luego las reglas del archivo del artículo 58 se trasladan integralmente a esta hipótesis que de por sí es también de archivo.

2768. En cuanto a la quinta regla propia del funcionamiento electrónico de la administración pública, esto es, la conocida como de la posibilidad de desarrollar *sesiones virtuales*, el artículo 63 determina de manera objetiva que los comités, consejos, juntas y demás organismos colegiados en la organización interna de las autoridades, podrán deliberar, votar y decidir en conferencia virtual, utilizando los medios electrónicos idóneos y dejando constancia de lo actuado por ese mismo medio con los atributos de seguridad necesarios.

a. APLICACIÓN DE LAS REGLAS CONTENIDAS EN LA LEY 527 DE 1999 AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

2769. Establece el inciso 2.º del artículo 53 de la Ley 1437 de 2011 que en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos, se aplicarán las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que la sustituyan, adicionen o modifiquen; sin embargo, en nuestra opinión, las disposiciones contenidas en la Ley 1437 de 2011 son absolutamente insuficientes por sí mismas para dilucidar un procedimiento electrónico, por lo que la remisión a la Ley 527 de 1999 es absolutamente necesaria.

2770. Con la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se definió y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se inicia en nuestro país, un profundo proceso de revisión de la mecánica, así como de los instrumentos tradicionales de operación de la administración para el ejercicio de sus competencias y el logro de sus cometidos. Se vinculó de manera clara el ejercicio de la función pública administrativa a la sociedad red, a las tecnologías de la información y del conocimiento.

2771. A esta elemental conclusión se llega de una simple lectura del artículo 1.º de la ley en cuestión, que al definir su ámbito de aplicación acude al criterio material del concepto de información, dentro del cual, no me cabe la menor duda, quedaron comprendidas todas las informaciones tanto públicas como privadas; por lo tanto, las regulaciones y parámetros técnicos en ellas contenidos son de aplicación al sector público en cuanto de su información se trate²⁷⁴⁵.

2772. Esto es, no solo quedaron comprendidas aquellas informaciones generadas por los sujetos que actúan en el tráfico jurídico bajo criterios de Derecho ordinario, en cuanto no cumplen ningún tipo de función pública, sino también aquellas generadas por quienes actúan en ejercicio de funciones propias de cualquiera de los poderes públicos, para el caso que nos ocupa, en ejercicio de funciones públicas administrativas, sean agencias públicas, órganos administrativos, dependencias de cualquier naturaleza o nivel, o también particulares en ejercicio de funciones de esta naturaleza.

2773. Si todos estos sujetos públicos producen información o pueden ser objeto de la misma, se encuentran sometidos a la preceptiva de la Ley 527 de 1999 para todos los efectos legales pertinentes y compatibles con el ejercicio de funciones administrativas, con lo cual se cumplen las exigencias de la Ley 1437 de 2011, en cuanto remite a la Ley 527 de 1999 para efectos del adelantamiento de los procedimientos administrativos electrónicos, en todo lo que en esta resulte compatible con aquélla, es decir, con el ejercicio de la función pública administrativa.

2774. En realidad, la compatibilidad de las dos leyes se determinará en cada caso concreto, en razón a que la regla general que opera a partir del estudio del artículo 1.º de la Ley 527 es la de su aplicación general a la administración, salvo los casos especialmente excepcionados y, por otro parte, aquellos en donde sustancialmente no resulte aplicable en cuanto la materia correspondiente no es objeto de competencia de la autoridad o dependencia administrativa.

2775. En cuanto a las excepciones para la aplicación de la Ley 527 de 1999 a cualquier asunto que involucre información, el artículo 1.º de la Ley 527 de 1999 establece las siguientes: a. En las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales, y b. En las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.

2776. Por otra parte, en consonancia con la Ley 1341 de 2009, los presupuestos técnicos contenidos en la Ley 527 de 1999 son perfectamente aplicables y considerados para todos los efectos del tráfico de información en donde la administración pública actúe como sujeto activo o pasivo, tal y como se explicó en los apartados anteriores del presente trabajo. En definitiva, lo que la ley hace no es más que

establecer parámetros y disposiciones en relación con elementos claves de la sociedad de la información como son las TIC.

2777. En ese sentido, resulta pues pertinente analizar tres aspectos claves de los contenidos de la Ley 527 de 1999: los referidos a los mensajes electrónicos de datos y sus alcances probatorios, las firmas digitales o electrónicas, y lo que tiene que ver con las entidades de certificación, con el propósito de determinar su procedencia en relación con las actividades de las personas o entidades que desarrollan funciones públicas administrativas, y que, por lo tanto, deben cumplir con las preceptivas garantísticas de los procedimientos administrativos, conforme a las definiciones que la misma ley proporciona²⁷⁴⁶.

b. EL MENSAJE ELECTRÓNICO DE DATOS Y EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO PÚBLICO. ACTO ADMINISTRATIVO. LEYES 527 DE 1999 Y 1437 DE 2011

2778. Para efectos de la información electrónica, el concepto de mensajes de datos está contenido en el artículo 2.º literal a de la Ley 527 de 1999 y hace referencia a toda la información que es generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pueden ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos –EDI–, Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, esto es, transmitida por medio de las redes entre aparatos transmisores y receptores, pudiendo en consecuencia ser objeto de intercambio, independientemente del sistema de información al que se acuda²⁷⁴⁷.

2779. Desde esta perspectiva, el mensaje electrónico de datos configura, a la luz del artículo 6.º de la Ley 1341 de 2009, o Ley de las TIC, un claro elemento de su definición, cual es el de ser nada menos que el objeto material de toda transmisión enviada o recibida, almacenada o procesada, para el caso, de datos de cualquier naturaleza, sean estos públicos o privados.

2780. El mensaje electrónico de datos, en sí mismo, no es más que un documento que contiene una información²⁷⁴⁸, que si bien es cierto, en algunos casos, no consta en un papel, como ocurre con los enviados vía Internet o por correo electrónico, y que se caracteriza por su circulación por las redes globales, de todas maneras comporta y reúne plenamente los criterios y características para entenderse como un documento y, por lo tanto, otorgársele el valor jurídico que el mismo se pueda merecer según el caso, tanto en el ámbito de las relaciones privadas, como en las públicas²⁷⁴⁹.

2781. El mensaje de datos configura entonces un verdadero documento que cumple las mismas funciones y propósitos del tradicional documento sobre papel. Se deriva esta característica del método del “equivalente funcional” retomado por el legislador para evitar discusiones, interpretaciones o lecturas de la figura que pudieran hacerla inviable o eventualmente sin fuerza o valor para efectos jurídicos. A través del equivalente funcional se tiene que el mensaje de datos, en cuanto documento electrónico, reviste la misma fiabilidad, inalterabilidad, seguridad y sobre todo rastreabilidad que el documento consignado en papel²⁷⁵⁰.

2782. Desde la perspectiva del Derecho administrativo, y sobre la base de las consideraciones de la Ley 527 de 2011, el mensaje de datos puede contener los elementos de una decisión administrativa creadora de situaciones jurídicas de contenido individual; nada impide esta consideración a la luz de las definiciones de la misma ley, y de los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, en relación con este tipo de documentos.

2783. No obstante, entendemos que el tema no resultaba pacífico²⁷⁵¹ hasta la expedición de la Ley 1437 de 2011 que adoptó el nuevo código de procedimientos administrativos y de lo contencioso administrativo instituyendo, en nuestra opinión, la figura del acto administrativo electrónico; sin embargo, nada impedía en 1999 que, dado el contexto normativo de la Ley 527 de 1999, con lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley 962 de 2005, que en su inciso 2.º hablaba del trámite y las notificaciones electrónicas de actos administrativos, que la administración pudiese emitir decisiones administrativas creadoras de situaciones jurídicas individuales y concretas a través de documentos electrónicos, sobre todo cuando en nuestro Derecho la forma no hace a la decisión administrativa, sino que lo trascendente es el contenido decisorio y creador de situaciones jurídicas que se desprenda de cualquier clase de documento, y el electrónico lo era, y hoy con mayor razón lo es, configurando a no dudarlo un documento indiscutible, que puede, por lo tanto, ser portador de decisiones administrativas de cualquier clase, género o naturaleza²⁷⁵².

2784. Al respecto no debemos perder de vista que uno de los elementos que caracteriza al acto administrativo es su naturaleza decisoria, independientemente de dónde se encuentre ubicado, esto es, por poseer la fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas a partir de su contenido, y no por la forma que adopte o el documento que lo contenga, aceptándose que la decisión administrativa puede, por lo tanto, desprenderse de una resolución, un acuerdo, un acta, o incluso de un oficio, circular, etc., o, por qué no, de un documento electrónico de los que se derivan de la normatividad de la Ley 529 de 1999.

2785. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia, y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa constituya, en materia de manifestación intencional, la voluntad de una decisión que en el lenguaje del Derecho comparado se denomina a veces providencia, otras veces resolución o decreto, pero cuyo elemento central, al lado de otros que integran su esencia, es la virtualidad de producir efectos en Derecho.

2786. Así, a la luz de la ley colombiana, el acto administrativo es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención, ya que esta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica para, como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho.

2787. Si la manifestación de quien ejerce funciones administrativas no es decisoria, no está llamada a producir efectos en el mundo jurídico. Podría ser entonces un acto de la administración pero no un acto administrativo de contenido individual. La manifestación de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el Derecho, esto, como efecto directo de su carácter decisorio, independientemente del documento que la contenga.

2788. Ahora bien, aparte de esas consideraciones doctrinales, el artículo 55 de la Ley 1437 de 2011 reconoce para la administración pública la posibilidad de que a través de los mensajes de datos se incorporen documentos públicos, y que estos tengan el valor jurídico que se merezcan de conformidad con lo dispuesto por las leyes, en especial las procesales, luego en este punto no existe la menor duda²⁷⁵³. Situación que se complementa, al dirimir de una vez por todas, el artículo 57 de la ley en comento, la posibilidad de que se emitan decisiones administrativas por medios electrónicos, siempre y cuando se aseguren principios similares a los del acto escrito, tales como los de autenticidad, integridad y disponibilidad; luego, se da por terminada cualquier discusión al respecto²⁷⁵⁴.

2789. Reafirma lo anterior lo dispuesto en el artículo 5.º de la ley cuando dispone de manera imperativa que no se podrán negar efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a toda información proveniente o que repose en medios electrónicos²⁷⁵⁵, entendiéndose que este medio reemplaza al documento escrito si permanece y es pasible de posterior consulta, esto es, que el uno equivale funcionalmente al otro si se cumple con los requisitos de la ley²⁷⁵⁶.

2790. Acompañan esta equivalencia funcional las presunciones de firma y de original, que se incorporan en los artículos 7.º y 8.º de la ley, que llevan a la aceptación para todos los efectos legales y probatorios de que un documento electrónico está debidamente asignado por su titular, y es en sí mismo auténtico sin otra consideración, si se reúnen los presupuestos técnicos que el legislador ha establecido, de la siguiente manera:

2791. En cuanto a la *firma* se refiere (y el tema lo profundizaremos en el numeral correspondiente a la firma electrónica), se entenderá debidamente firmado por su titular y persona o entidad que lo origina, así: a. Si se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos e indicar que el contenido cuenta con su aprobación, en los términos establecidos en la misma ley, y para el caso de los documentos propios de un procedimiento administrativo en la Ley 1437 de 2011, y b. En cuanto que el método que se utilice sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado, lo que implica que sea un método técnico proporcional y adecuado a los parámetros y estándares que se hubieren adoptado por el legislador o, si es del caso, por la misma administración en relación con sus procedimientos administrativos.

2792. Situación similar se observa en relación con las exigencias de *documento original*. Concepto por lo demás derivado de la lógica del documento escrito en papel, y del cual resulta bastante forzosa su aplicación a la teoría de los documentos electrónicos; de todas maneras, el legislador, previendo que son muchas las hipótesis normativas de todo género y naturaleza que exigen la presencia de documentos originales, ha considerado y presumido que los mismos se producen en materia electrónica si se reúnen los siguientes requisitos: a.) 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 forma²⁷⁵⁷⁻²⁷⁵⁸, y b.) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.

c. REGLAS RELATIVAS AL ENVÍO Y RECEPCIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS

2793. En el Capítulo III de la ley dispuso el legislador una serie de reglas tendientes a regular los principales aspectos de la comunicación de mensajes de datos y su recepción, inspiradas en los principios de buena fe, unidad y simplificación jurídica, en concordancia con las normas, costumbres y técnicas internacionales en la materia, considerando que siempre el mensaje de datos y, por lo tanto, el documento electrónico, tiene pleno reconocimiento legal, validez y fuerza vinculante entre las partes que involucren sus intereses a través de esos instrumentos tecnológicos²⁷⁵⁹.

2794. Las principales reglas establecidas en la ley sobre la materia procuran definir situaciones como las del titular del mensaje de datos, presunción de origen de un mensaje de datos, concordancia entre los mensajes de datos enviados y los recibidos, situaciones relativas a los mensajes de datos duplicados, acuse de recibo y sus efectos jurídicos, tiempos de envío y tiempos de recepción de los mensajes de datos, lugar de envío y lugar de recepción, normas estas de carácter general que simplemente enunciamos en la medida en que la Ley 1437 de 2011 dictó disposiciones especiales en la

materia y facultó al gobierno para efectos de establecer las metodologías y estándares para el desarrollo técnico de los procedimientos administrativos, no obstante lo cual, ante los vacíos de las normas especiales en esas materias procedería su aplicación, bajo el obvio entendimiento de que no nos encontramos propiamente frente a negocios jurídicos, sino básicamente ante el desarrollo de procedimientos administrativos creadores de situaciones jurídicas de contenido individual, que llevan por lo tanto, no necesariamente a la celebración de contratos, sino a la formación de decisiones administrativas de contenido individual o concreto.

2795. *Titular de un mensaje de datos.* El artículo 16 de la Ley 527 de 1999 establece dos reglas para esclarecer quién es el titular de la información contenida en el mensaje de datos: la primera, que podríamos catalogar como la regla general, que se deduce del contenido mismo de la ley, indica que el mensaje proviene siempre del iniciador del mismo, reconocido en la actuación o trámite correspondiente; la segunda indica que, en caso de dudas, se aplicarán las siguientes reglas: se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador cuando ha sido enviado por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje, o, por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente. De todas maneras esas reglas se complementan con las siguientes presunciones:

2796. *Presunción de origen de un mensaje de datos.* El artículo 17 de la Ley 527 de 1999 complementa las reglas relacionadas con la titularidad del mensaje de datos al establecer la presunción de origen de los mismos, determinando que la misma se presume enviada por el iniciador si se cumple cualquiera de las siguientes condiciones: que se hubiere aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el iniciador para establecer que el mensaje de datos provenía efectivamente de este; o que, en relación con el destinatario, el mensaje de datos que reciba 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.

2797. *Concordancia entre el mensaje de datos enviado con el recibido.* En virtud del principio de buena fe el artículo 18 de la Ley 527 de 1999 determina las reglas en relación con la concordancia entre el mensaje de datos enviado con el efectivamente recibido por el destinatario. Conforme con lo dispuesto en este artículo, siempre que un mensaje de datos provenga del iniciador o que se entienda que proviene de él, o siempre que el destinatario tenga derecho a actuar con arreglo a este supuesto, en las relaciones entre el iniciador y el destinatario, este último tendrá derecho a considerar que el mensaje de datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá proceder en consecuencia. Sin embargo, la regla está sujeta a una especial excepción que impide el goce de la misma, o de los derechos que se desprenden de la misma, en los casos en que el destinatario hubiera sabido (de haber actuado con la debida diligencia o haber aplicado algún método convenido) que la transmisión había dado lugar a un error en el mensaje de datos recibido.

2798. *Mensajes de datos duplicados.* El artículo 19 de la Ley 527 de 1999 establece la regla que resuelve la problemática común y corriente en la utilización de medios electrónicos como es la relativa a la duplicidad en los mensajes enviados. De conformidad con la misma, se presume que cada mensaje de datos recibido es un mensaje de datos diferente, salvo en la medida en que duplique otro mensaje de datos, y que el destinatario sepa, o debiera saber, de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el nuevo mensaje de datos era un duplicado.

2799. *Acuse de recibo y presunción de recepción. Efectos jurídicos.* Los artículos 20 a 22 de la Ley 527 de 1999 determinan las reglas relativas a las formalidades probatorias del acuse de recibo y las

presunciones aplicables en los casos en que las reglas generales sobre la materia no se adecuen perfectamente a lo acordado o a lo establecido en la ley.

2800. Por regla general, cuando el iniciador recepciona acuse de recibo del destinatario, se presumirá que este ha recibido el mensaje de datos. Sin embargo, es posible que el denominado acuse de recibo esté sujeto a una regla confirmatoria de la recepción del documento acordada entre las partes, caso en el cual en virtud del principio de autonomía, el acuse de recibo deberá hacerse conforme a lo pactado. Ante la inexistencia de ese tipo de acuerdos, o de la forma o método para efectuarlo, el acuse de recibo podrá hacerse de acuerdo con los siguientes parámetros: a través de toda o cualquier comunicación del destinatario, automatizada o no, al iniciador del mensaje; o mediante todo o cualquier acto del destinatario que baste o sea suficiente para que el iniciador entienda de manera positiva que se ha recibido el mensaje de datos.

2801. Ahora bien, si el iniciador ha solicitado o acordado con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, y expresamente aquél ha indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recepcionado el acuse de recibo.

2802. La presunción de la regla general según la cual cuando el iniciador recepciona acuse de recibo del destinatario, se presumirá que este ha recibido el mensaje de datos, la misma no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido. Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recepcionado cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable se presumirá que ello es así.

2803. Es de advertir que las consecuencias jurídicas del mensaje de datos se regirán de acuerdo con las normas aplicables al acto o negocio jurídico contenido en dicho mensaje de datos, por lo que las reglas anteriores únicamente rigen los efectos relacionados con el acuse de recibo.

2804. *Tiempos de envío y tiempos de recepción de un mensaje de datos.* En los términos de los artículos 23 y 24 de la Ley 527 de 1999, el tiempo del envío de un mensaje de datos o el de recepción del mismo puede ser objeto de pacto entre las partes, esto es, entre iniciador y destinatario; de no existir se aplicarán las reglas siguientes: el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de este; el momento de la recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue. Primera hipótesis: si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, dicha recepción tendrá lugar en el momento en que ingrese el mensaje de datos en el sistema de información designado; o, de haberse enviado el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos. Segunda hipótesis: si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario.

2805. Las anteriores reglas serán aplicables aun cuando el sistema de información esté ubicado en lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje de datos conforme se explica en la regla siguiente.

2806. *Lugar de envío y lugar de recepción de un mensaje de datos.* Al igual que lo expuesto a propósito de las anteriores reglas, las que a continuación se exponen proceden solo ante la ausencia de acuerdo entre las partes. Conforme lo señala el artículo 25 de la Ley 527 de 1999 el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento, y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para un mejor entendimiento de la regla, el artículo en

cuestión hace la siguiente aclaración: si el iniciador o destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal; si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

d. VALOR PROBATORIO Y FUERZA JURÍDICA DEL MENSAJE DE DATOS Y DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

2807. En concordancia con lo anterior, sobra advertir entonces que si esta es la caracterización que el legislador le ha otorgado al mensaje de datos y al documento electrónico, el mismo, necesariamente, tiene valor y fuerza vinculante, y por lo tanto, es dable otorgarle valor probatorio a lo que se hubiere incorporado en su contenido, lo que refuerza la idea según la cual, en materia del ejercicio de funciones públicas administrativas, el mensaje de datos, por lo tanto el documento correspondiente, puede contener una decisión administrativa creadora de situaciones jurídicas individuales.

2808. Al decantar los mandatos de las diferentes disposiciones de la ley en cuestión encontramos y advertimos el énfasis del legislador en esa dirección garantística y consolidadora del instrumento tecnológico como instrumento de acción en relación con los destinos de la sociedad.

2809. Para las autoridades en general, la fuerza probatoria de un documento electrónico resulta a todas luces innegable por la elemental razón de ser un documento de los muchos y posibles que se pueden producir en el tráfico jurídico, de conformidad con lo establecido en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, que no circunscribe el documento exclusivamente a los escritos que reposan en papel, sino que adopta un criterio amplio e innominado para la consideración de documento en el derecho colombiano. En ese sentido, por el hecho de reposar en un mensaje electrónico de datos, no se le puede negar ese carácter al documento electrónico.

2810. Pero, adicionalmente, la situación adquiere mayor connotación e importancia para el asunto que nos ocupa si tenemos en cuenta que a la luz del inciso 2.º del mencionado artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, dentro de la amplia posibilidad configuradora de documentos que admite nuestro ordenamiento, esos documentos pueden ser públicos o privados, y se considerarán como de naturaleza pública aquellos otorgados por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo o con su intervención, que puede revestir la forma de instrumento público si reposa en un escrito autorizado o suscrito por el funcionario.

2811. La Ley 527 de 1999 retoma las anteriores ideas en su artículo 10.º al disponer que los 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 adicionalmente determinando de manera clara y directa que “En 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 solo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”, prohibición que no hace otra cosa que preservar el principio de la innominación documental para efectos probatorios, contenida de vieja data en nuestro Código de Procedimiento Civil²⁷⁶⁰.

2812. Sin embargo, en Derecho colombiano ese mensaje de datos contentivo de documento público se presume, por regla general, auténtico, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el cual indica que “Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume

auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad”, es decir, existiendo certeza en torno a quién elaboró el documento contenido en el mensaje de datos, el mismo se considera auténtico, lo cual es perfectamente detectable a partir de los protocolos y reglas establecidas en la Ley 527 y que se explican más adelante.

2813. No obstante, una vez determinado por el funcionario correspondiente que se está frente a un mensaje de datos que contiene un documento público, en cuanto fue elaborado por una autoridad pública conforme a los parámetros del Código de Procedimiento Civil, el asunto adquiere otras connotaciones, en la medida en que al mismo lo ampara una presunción de autenticidad que solo puede ser desvirtuada por la vía de la tacha de falsedad dentro del correspondiente proceso.

2814. El mensaje de datos enviado por un funcionario público bajo las anteriores condiciones puede contener, en resumen, un documento público que, adicionalmente, debe ser valorado para efectos de determinar su intensidad probatoria conforme a los criterios valorativos de las pruebas y de la sana crítica conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil; es decir, no por el hecho de tener la virtualidad de probar el documento electrónico debe siempre probar todo y ser considerado de manera absoluta y objetiva dentro de un proceso judicial o administrativo; no obstante su carácter de público puede ser objeto de controversia dentro de los parámetros y reglas garantísticas del Código de Procedimiento Civil, aspectos estos deducibles de los mandatos de los artículos 11 de la Ley 527 de 1999 y 55 de la Ley 1437 de 2011^[2761].

2815. Las disposiciones comentadas, tanto de la Ley 527 de 1999 como del Código de Procedimiento Civil, producen efectos directos respecto del alcance de los contenidos del Código Contencioso Administrativo. Las formalidades y trámites del derecho de petición en todas sus modalidades y manifestaciones, la práctica de pruebas, el régimen de convocatorias para notificación, las notificaciones mismas, se ven modificadas en alto grado en el momento en que se le otorga plena aplicación a estos mecanismos tecnológicos y las administraciones se adaptan sin miramientos a sus bondades²⁷⁶².

e. PUBLICIDAD Y NOTIFICACIONES POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. LEYES 1437 DE 2011 Y 962 DE 2005

2816. *El principio de publicidad en la actuación administrativa.* La publicidad, en cuanto expresión de toda sociedad democrática, constituye uno de los principios básicos de las actuaciones y procedimientos administrativos; así lo dispone el artículo 3.º numeral 9 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 8.º de la misma ley, para lo cual las autoridades administrativas pueden disponer de cualquiera de los medios que las TIC han aportado a la humanidad, de manera tal que su comportamiento, funcionamiento, gestión y todo tipo de actividad de la administración puedan conocerse de manera general sin ningún tipo de frontera²⁷⁶³.

2817. Así visto el principio, esto es, por medios electrónicos, aunque no excluye los medios tradicionales, de todas maneras habilita a la administración para que dé a conocer la totalidad de sus actuaciones tanto generales como individuales a través de ellos, de manera tal que tanto el público en general, como los interesados, conozcan en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones. La información así dispuesta debe ser completa y actualizada²⁷⁶⁴.

2818. De todas maneras, el principio que tiene sus orígenes y fundamentos en las cláusulas del Estado social y en el democrático de derecho, tal como lo hemos destacado en la primera parte del

presente trabajo, ya había tenido amplios desarrollos en la Ley 962 de 2005, los cuales continúan vigentes y complementan el conjunto de disposiciones que sobre procedimientos administrativos electrónicos se incorporaron en la Ley 1437 de 2011; esto, si se tiene en cuenta que el artículo 3.º numeral 9 de la Ley 1437 de 2011 remite para todos los asuntos relativos a la publicidad, en especial a las notificaciones, comunicaciones y publicaciones, a lo dispuesto en la ley, y ley también lo es la 962 de 2005 que no fue objeto de derogación por la 1437 de 2011.

2819. En ese sentido, corresponde al intérprete hacer el trabajo de integración normativa, buscando ante todo lograr la sistemática de la publicidad de las actuaciones públicas a través de los medios electrónicos.

2820. El inciso 1.º del artículo 6.º de la Ley 962 de 2005 admite que el principio de publicidad se desarrolle por las autoridades a través de los mecanismos y medios legales tradicionales, esto es, respetando la legalidad que para el efecto se hubiere establecido, como también, y aquí opera una especie de habilitación discrecional en manos de las autoridades, lo podrán hacer por cualquier medio tecnológico, que no sea excluyente o lesivo a los intereses de la comunidad y de los interesados en particular, para lo cual habilita la norma a las autoridades administrativas para que le den aplicación material a principios vitales del funcionamiento administrativo como aquellos de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa, lo que significa que un medio electrónico restrictivo o con poca capacidad de penetración sería reprochable, en cuanto lo que se quiere es mantener sustancialmente la transparencia en el comportamiento de la administración que caracteriza a todo Estado democrático²⁷⁶⁵.

2821. Estas previsiones no resultan en manera alguna incompatibles con las disposiciones de la Ley 1437 de 2011; todo lo contrario, proporcionan elementos adicionales para cumplir con los postulados del principio de publicidad y asumir paulatinamente la ordenación electrónica de la administración pública.

2822. En el inciso 2.º del artículo 6.º de la Ley 962 de 2005 se regula tanto lo relacionado con los trámites y actuaciones de interés individual, su sustanciación, como lo referente a la expedición de los actos administrativos y sus notificaciones. En cuanto a la sustanciación y trámite, aunque la norma respetaba las previsiones legales sobre los mismos, abrió sin embargo la puerta, en nuestra opinión, para que se sustanciaran también a través de medios electrónicos y que, igualmente, todo lo referente a su publicidad y notificación se hiciera por medios de esta misma naturaleza, garantizando de todos modos, como lo señala el parágrafo 2.º de la norma comentada, los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad, que en últimas son los que generan la seguridad jurídica que se requiere en relación con todo acto administrativo y, sobre todo, con decisiones que creen situaciones de carácter individual y concreto.

2823. *Reglas para la notificación personal de los actos administrativos.* El carácter paulatino de incorporación de los procedimientos administrativos electrónicos en el Derecho colombiano, tal como lo tiene previsto la Ley 1437 de 2011, encuentra un campo ejemplar de aplicación en relación con las notificaciones de los actos administrativos. En el diseño de la figura, adicional a su carácter de entrada paulatina, se incorporó el criterio de la voluntariedad del interesado para su procedencia, lo que le imprimió flexibilidad a la notificación electrónica, dadas las limitaciones culturales y económicas, a que hemos hecho referencia y que configuran claros impedimentos prácticos para la generalización del procedimiento administrativo electrónico entre nosotros.

2824. Determina el artículo 56 de la Ley 1437 de 2011 que es la manifestación expresa del administrado la que permite activar las normas de la notificación por medios electrónicos; incluso, que

si el querer de quien manifestó su beneplácito en ese sentido cambia en el transcurso del procedimiento, el sistema de notificación puede cambiarse de electrónico a los medios clásicos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2825. La disposición establece como parámetro técnico que la notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, esto es, que depende del accionar del destinatario al operar sus equipos receptores del mensaje electrónico. De todas formas, estas situaciones son de fácil comprobación en la hora actual de la evolución de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, de ahí que la fecha y hora en que se materialice la notificación debe ser certificada por la administración²⁷⁶⁶.

2. FIRMAS DIGITALES

2826. En relación con este tema es prudente establecer la diferencia entre la presunción de firma que ampara todo documento contenido en un mensaje de datos, cuando es requerida por alguna norma para la validez del mismo, y la figura de la firma digital.

2827. En relación con lo primero, se debe advertir que no cabe mayor discusión sobre si la información que las administraciones deban manejar o evaluar en una actuación o procedimiento administrativo se encuentra en medio electrónico o similar porque, por ley, tienen valor y se les debe considerar, independientemente de si están firmados o no materialmente, siempre como firmados, en razón de la presunción de firma que la Ley 527 de 1999 ha establecido en su artículo 7.º, si se cumplen determinados requisitos como los de certeza de origen o iniciador, y el de confiabilidad, según los cuales, se entenderá firmado el documento contenido en un mensaje de datos cuando

[...] a. Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación, y b. Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado...²⁷⁶⁷.

2828. En cuanto a la firma propiamente digital se refiere, la misma corresponde al equivalente funcional de la firma materialmente estampada en un documento en papel, pero que por obvias razones de imposibilidad física, dadas las características del instrumento tecnológico, no puede hacerlo el responsable de la información, debiéndose por lo tanto, acudir a desarrollos matemáticos de identificación en su remplazo, pero con el mismo valor y significación que la firma escrita. En ese sentido, el legislador, conforme a parámetros técnicos e internacionales en la materia, ha determinado que la firma digital será siempre, en nuestro Derecho, aquella que permite identificar la información y su responsable a partir de un valor numérico.

2829. El artículo 2.º literal c de la Ley 527 de 1999, establece que por ella se entenderá un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave criptográfica privada del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que ese valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación, suscitando en consecuencia la presunción de origen y de vínculo del suscriptor con el documento digital²⁷⁶⁸.

2830. En virtud del principio del equivalente funcional, conforme a lo establecido en el párrafo del artículo 28 de la Ley 527 de 1999, la firma digital equivale a la firma escrita, con su misma fuerza y efectos si reúne los siguientes requisitos: si es usada únicamente por la persona titular de la misma y está bajo su control; si es susceptible de ser verificada; que siempre y en todos los casos esté vinculada

a la información o mensaje electrónico de tal manera que si estos son cambiados, la firma digital es invalidada y que se sujete plenamente a las exigencias normativas de todo orden que le dan seguridad jurídica a todos los actores del tráfico electrónico.

2831. En su artículo 6.º párrafo 3.º la Ley 962 de 2005 incorpora para efectos de la firma de un documento público o acto administrativo que se contenga en documento electrónico, la exigencia de un documento asimilable a la firma digital como puede ser el certificado digital, que reemplaza la firma autógrafa y cumple el papel material de la firma digital. El certificado digital es un documento digital que en desarrollo del principio de buena fe permite establecer el vínculo entre una clave pública y un sujeto o entidad pública o privada, evitando el fraude y la suplantación en la utilización de los medios de comunicación electrónica. Con ello se garantiza que el mensaje de datos emitido realmente ha sido enviado por la entidad o funcionario público competente.

3. ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN

2832. La entidad de certificación configura el elemento clave dentro del proceso de institucionalización de las actuaciones electrónicas públicas o privadas, en cuanto resulta la autoridad llamada a brindar la seguridad jurídica al sistema y a garantizar su ejercicio normal y ordinario bajo conceptos de buena fe, actividad que se concreta en la expedición de actos certificadores de la autenticidad, veracidad y legitimidad de las claves criptográficas que respaldan la integridad de un mensaje de datos, actividad esta de carácter público, que puede estar a cargo de particulares, por regla legal, lo que incluye la posibilidad de que su autoridad se extienda a las actuaciones de las entidades públicas en cuanto tienen competencia para certificar aquellas²⁷⁶⁹⁻²⁷⁷⁰.

CAPÍTULO SEGUNDO

*Libertad de expresión y su garantía sustancial bajo preceptos convencionales y constitucionales en el Estado democrático de derecho. Análisis de casos paradigmáticos**

INTRODUCCIÓN. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL COMPROMISO DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

2833. En la actualidad las sociedades democráticas y la consolidación del Estado social y democrático de derecho proclaman la defensa de la libertad de expresión como pieza clave para la afirmación de una democracia plena donde todas las personas o ciudadanos puedan participar en el flujo constante, dinámico y diverso de informaciones que se gestan en la relación administrado-administración pública, en el tráfico comercial y económico, en la relación actores comerciales-administración pública, entre administraciones públicas de diferentes Estados, etc., teniendo así la oportunidad plena de expresar opiniones, creencias, vocaciones, formándose concepciones e ideas a partir de la libre expresión²⁷⁷¹, exponiendo pensamientos, accediendo a la información y posibilitando la sinergia entre difusión por recepción-difusión por emisión, convirtiéndose la libertad de expresión en un derecho supra-dinámico, esto es, de conformación, actualización y progresividad continuada.

2834. Dicha defensa está llamada a conformarse con base en principios, reglas y normas convencionales y constitucionales que, concebidas integradamente, permiten dotar de variadas herramientas de protección, como de todos sus desdoblamientos, modalidades o dimensiones²⁷⁷², y reconocer su plena interacción con otros derechos que pueden ser socavados o vulnerados cuando se debilita la libertad de expresión, como la dignidad, la vida, la integridad moral (buen nombre, honra), la intimidad, y la personalidad jurídica, entre otros.

2835. El papel del juez contencioso administrativo en la protección, defensa y tutela de la libertad de expresión debe hacerse bajo esta comprensión, teniendo en cuenta el carácter complejo, multidimensional y diverso de tal derecho, comprendiendo el papel sustancial que juega el Estado en la sociedad de la información, y los contenidos singulares que debe respetar la libertad de expresión cuando debe ser ejercida por personas o comunidades con especiales condiciones, a quienes la garantía de acceso debe reforzarse para cumplir con la igualdad material²⁷⁷³.

2836. Como base estándar, criterio, principio y norma convencional y constitucional, es un deber funcional de todas las autoridades proteger la libertad de expresión en su complejidad y dimensiones, bajo cualquier ámbito de acción que le sea sometido y con un fin común que no es otro que la preservación del sistema y de la sociedad democrática y la eficacia de los derechos. El Estado debe hacer eficaz tal libertad para permitir la capacidad deliberativa²⁷⁷⁴ con la que debe dotarse a toda persona y al colectivo en la relación con los asuntos que pueden afectar o implicar sus derechos e intereses.

I. LOS FUNDAMENTOS DE LA PROTECCIÓN EFICAZ DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2837. Cuando procedemos a la lectura de los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la Constitución Política de Colombia se constata que el constituyente de 1991 promovió la consolidación de una sociedad dentro de un “marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”²⁷⁷⁵, bajo la configuración del Estado Social de Derecho, prevaleciendo el interés general y el respeto por la dignidad humana como valores universales²⁷⁷⁶ e indiscutibles.

2838. En especial, el artículo 3.º de la Carta Política somete la actuación de los poderes públicos, entre ellos de los jueces (como el contencioso administrativo), al eficaz respeto, satisfacción y cumplimiento de tales valores y principios, de tal manera que en el ejercicio de sus potestades se dote de la legitimidad democrática²⁷⁷⁷.

2839. Siendo tales valores y principios el eje en torno al cual gira íntegramente el ordenamiento jurídico, la resolución de todo conflicto o tensión entre estos y los derechos, o entre los derechos, debe obedecer a dicho marco mínimo, de tal manera que se preserve el principio democrático.

2840. En ese sentido, la configuración del principio democrático, la consolidación de la cláusula del Estado democrático²⁷⁷⁸, impone que se ejerza el poder público sin arbitrariedad, “relegando la autocracia²⁷⁷⁹, y sustentándose en la igualdad y libertad para el logro de sus propósitos sustanciales^{2780, 2781}”.

2841. De esa manera, en el ejercicio de sus facultades y competencias el juez contencioso administrativo lo hace no solo sujeto a la Constitución, a la ley y a las normas básicas de su actividad, sino que es juez de convencionalidad, esto es, guardián del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y de las reglas reconocidas como de *ius cogens*, (1) bien sea por virtud de su exigibilidad derivada de la incorporación tradicional (esto es, aquella que se opera por la firma, ratificación, incorporación a la ley nacional y depósito del instrumento internacional en los términos de la Convención de Viena de 1969 –derecho de los tratados–) del Tratado, Convenio o Acuerdo al sistema jurídico colombiano, como se desprende de la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos introducida por la Ley 16 de 1972 en Colombia; (2) bien por la exigibilidad de los mandatos de las normas de derecho internacional público por su reconocimiento como parte del *corpus iuris* de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; o, (3) bien porque se trata de mandatos de *ius cogens*, que por sus efectos *erga omnes* exigen que todos los Estados las hagan exigibles y efectivas, especialmente cuando se trata de principios y reglas relacionadas con la protección de los derechos humanos, de la aplicación de reglas uniformes en tiempos de conflicto armado no internacional, o de costumbres que imponen la defensa de los elementos esenciales a la humanidad, la dignidad y el respeto de los derechos.

2842. En este marco el juez está llamado a analizar y valorar el alcance de la libertad de expresión, así como a ponderarlo en su propio ejercicio judicial, de forma que no pueda limitar, o que pueda verse restringido, de manera que para ello se deben estudiar el contenido, el alcance y las diferentes dimensiones en que tal derecho se presenta para su tutela o protección.

II. CONCEPTO, CONTENIDO Y ALCANCE CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN SUS DIVERSAS DIMENSIONES: ELEMENTOS PARA LA ARTICULACIÓN DE UN DERECHO COMPLEJO²⁷⁸²

2843. Teniendo en cuenta que el juez contencioso administrativo está llamado a la protección de la libertad de expresión, es procedente determinar el concepto y contenido de la misma.

2844. La libertad de expresión²⁷⁸³, como derecho protegido por el ordenamiento jurídico nacional²⁷⁸⁴, convencional interamericano²⁷⁸⁵ y universal²⁷⁸⁶ de derechos humanos, tiene su ámbito propio y natural de existencia en los regímenes políticos de carácter democrático²⁷⁸⁷.

2845. La libertad de expresión como derecho es la pieza clave de toda sociedad democrática²⁷⁸⁸, porque ofrece legitimidad a las decisiones públicas por medio de la participación activa de las personas al exponer sus opiniones, pensamientos, convicciones, o al acceder a todo tipo de información, o como se señala por la doctrina “garantiza una comunicación pública libre”, y permite proyectar “la libertad ideológica en su vertiente positiva”²⁷⁸⁹.

2846. En primer orden, debe destacarse que en su dimensión política la libertad de expresión como derecho, siguiendo la jurisprudencia constitucional, está sujeta a las siguientes funciones²⁷⁹⁰:

(1) “el debate político amplio y abierto protegido por esta libertad informa y mejora la calidad de la elaboración de las políticas públicas en la medida que permite ‘la inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo’, inclusión que ‘es fundamental para sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones’, permitiendo así el ejercicio equitativo del derecho de participación”;

(2) se mantienen “abiertos los canales para el cambio político, impidiendo mediante la crítica que los gobernantes se arraiguen indefinidamente en una postura ilegítima”;

(3) la “protección sólida de la libre comunicación de información e ideas previene los abusos gubernamentales de poder, al proporcionarles un contrapeso mediante la apertura de un canal para el ejercicio del poder ciudadano de participación y control de lo público”;

(4) se “promueve la estabilidad sociopolítica, al proveer una válvula de escape para el disenso social y establecer así, un marco para el manejo y procesamiento de conflictos que no amenaza con socavar la integridad de la sociedad”;

(5) “protege a las minorías políticas activas en un momento dado, impidiendo su silenciamiento por las fuerzas mayoritarias o prevalecientes”;

(6) cumple como condición “necesaria para asegurar la libre expresión de la opinión de los electores al depositar sus votos, optando por un representante político”²⁷⁹¹;

(7) permite el fortalecimiento de la “autonomía del individuo en tanto sujeto político dentro de un régimen democrático”, y

(8) la construcción de opiniones y el discernimiento “facilita el control social sobre el funcionamiento, no solo del sistema político, sino de la sociedad misma, incluyendo el ordenamiento jurídico y sus necesidades de evolución o modificación”.

2847. De esa afirmación se derivan dos contenidos provisionales: i) el derecho a la libertad de expresión tiene sentido en diferentes sistemas políticos y jurídicos, y ii) como tal hace parte de la estructura del sistema democrático²⁷⁹², ya que permite que el ciudadano participe de las decisiones que les puedan afectar²⁷⁹³, así como desplegar diversas expresiones en una sociedad marcada por la pluralidad²⁷⁹⁴.

2848. La libertad de expresión no se entiende como un derecho de contenido simple, sino complejo, y exige considerar sus dimensiones positiva y negativa²⁷⁹⁵, así como diferentes tipos de discurso que la llevan a relacionarse íntimamente con otros derechos y libertades²⁷⁹⁶. Se trata, pues, de un derecho que tiene que ver con (1) la libertad de pensamiento, (2) la libertad de manifestación, (3) la libertad de difusión, (4) la libertad de acceso a la información, y (5) la libertad de recibir informaciones²⁷⁹⁷, y cuya comprensión con efecto integrador se debe hacer conforme a lo consagrado por los artículos 20, 93 y 94 de la Carta Política, 19^[2798] y 29.2 y 3^[2799] de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 19^[2800] y 20 (nums. 1 y 2^[2801]) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 13^[2802] de la Convención sobre los Derechos del Niño; 4.º ^[2803] de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; III.c²⁸⁰⁴ de la Convención para la

prevención y la sanción del delito de genocidio; 13^[2805] y 14^[2806] de la Convención Americana de Derechos Humanos; IV²⁸⁰⁷ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; de los tratados y acuerdos internacionales que le confieren protección, y de todas las obligaciones que por vía de costumbre internacional o por definición de normas de *ius cogens* son aplicables a su protección²⁸⁰⁸ (a lo que cabe agregar que en otros sistemas de protección de derechos humanos como el africano²⁸⁰⁹ y el europeo²⁸¹⁰ esta libertad es protegida en diferente sentido)²⁸¹¹.

2849. Normas que, siguiendo el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, deben comprenderse de acuerdo con los criterios interpretativos que se desprenden de los siguientes instrumentos: (1) Declaración de principios sobre libertad de expresión de los que se tiene en cuenta: (1.1) que la libertad de expresión es un derecho fundamental, inalienable e inherente a la persona; (1.2) es requisito indispensable para la existencia y preservación de la sociedad democrática; (1.3) debe haber “igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación”; (1.4) se reconoce el derecho de acceso a la información en todas las bases o registros, sobre la misma persona o sus bienes, a actualizarla, rectificarla y enmendarla; (1.5) el acceso a la información pública o en poder del Estado es un derecho fundamental, y solo se excepciona cuando “exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional”; (1.6) la prohibición de la censura previa, la interferencia, o la presión de cualquier naturaleza, así como las “restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones”; (1.7) el reconocimiento del derecho a comunicar las opiniones por cualquier medio y forma; (1.8) la protección de la actividad periodística y de la reserva de fuentes; (1.9) los condicionamientos previos como la veracidad, oportunidad o imparcialidad por los Estados “son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales”; (1.9) se consideran como violaciones a los derechos fundamentales y coacción severa a la libertad de expresión el “asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción de material de los medios de comunicación”; (1.10) si bien debe garantizarse la reputación a todas las personas y debe ser objeto de sanción civil su violación, la legislación de protección de la privacidad no debe “inhibir la investigación y difusión de información de interés público”; (1.11) quienes ejerzan funciones, sean servidores o realicen actividades administrativas públicas “están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad”; (1.12) en cuanto a los medios de comunicación se deben operar como reglas (a) la necesidad de contar con legislación antimonopólica; (b) que la misma no sea exclusiva para este tipo de medios, y (c) en las asignaciones de radio y televisión “deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”, y (1.13) no procede respecto de los medios de comunicación la “utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas”.

2850. A lo que cabe agregar que constitucionalmente la protección privilegiada de la libertad de expresión como derecho complejo

... tiene una consecuencia práctica inmediata: existe una presunción constitucional a favor de la libertad de expresión. Los principales efectos jurídicos de esta presunción son tres: Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional; presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto; sospecha de

inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto. La prohibición de la censura en tanto presunción imbatible²⁸¹².

2851. Sin perjuicio de lo anterior, y bajo las mismas dimensiones, se debe afirmar que no se trata de un derecho que no es absoluto²⁸¹³, y que por virtud de las normas convencionales (arts. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) tiene límites encaminados a asegurar “(i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas”²⁸¹⁴.

2852. El reconocimiento de límites en el ejercicio de la libertad de expresión como derecho complejo no puede permitir que el Estado intervenga arbitraria y desproporcionadamente invocando razones de protección de la seguridad nacional, el orden público²⁸¹⁵, la salud o la moralidad pública, haciendo nugatorio, o restringiendo en exceso el mismo²⁸¹⁶, salvo en aquellos eventos en los que la presunción de protección constitucional decaiga, como en los supuestos de (1) “propaganda a favor de la guerra”; (2) apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (3) “pornografía infantil”, y (4) de “incitación directa y pública a cometer genocidio”²⁸¹⁷; o, (4) cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales, especialmente cuando puede comprometerse el derecho a la intimidad²⁸¹⁸, y por contera el buen nombre, honra²⁸¹⁹ u honor, especialmente cuando pueda verse afectado por información, publicaciones o propaganda generada por las autoridades públicas²⁸²⁰; (5) y en eventos en los que cabe proteger el respeto de los principios y normas que regulan el servicio de radiodifusión, especialmente referida a la calidad y a su contenido diverso en atención a la función social que le es exigible a quien la ejerce, como manifestación concreta de la responsabilidad social a la que debe corresponderse todo titular de un medio de comunicación²⁸²¹.

2853. Para que las limitaciones sean constitucional y convencionalmente admisibles deben reunir las siguientes exigencias²⁸²²: (1) su previsión debe ser taxativa en la ley y ser lo más precisa posible; (2) encaminadas a cumplir u obedecer finalidades de carácter imperativo; (3) siendo necesarias para lograr las anteriores; (4) producirse con posterioridad a la generación de la expresión; (5) no implicar en ningún caso censura, preservándose especialmente la neutralidad de los contenidos; (6) no generando intervenciones, incidencias o perturbaciones excesivas en el ejercicio de tal derecho, y (7) afirmándose la aplicación en todo caso del *in dubio pro libertate*²⁸²³.

2854. Así mismo, el reconocimiento, ejercicio y protección de la libertad de expresión como derecho complejo exige considerar que su titularidad no se agota solo en la persona o ciudadano, sino que esta puede verse representada en el colectivo humano²⁸²⁴ o en una comunidad determinada²⁸²⁵, llegando incluso a comprender a las personas jurídicas²⁸²⁶.

2855. En la actual sociedad de la información, como derecho complejo, la libertad de expresión debe cumplir ciertas exigencias en los diferentes ámbitos digitales que se ofrecen, así como su dinamismo y accesibilidad²⁸²⁷, respondiendo a los principios de (1) acceso²⁸²⁸, (2) pluralismo, (3) no discriminación, (4) privacidad²⁸²⁹, (5) neutralidad de la red²⁸³⁰, y (6) acceso a Internet.

2856. Ahora bien, se trata en primer lugar de la libertad de opinión que consiste en el derecho que tiene toda persona para emitir sus opiniones, ideas o creencias, sin ser molestado o sancionado, bien sean, entre otras, de naturaleza política, económica, científica, cultural, religiosa, académica, derecho

que lleva consigo, para su satisfacción y efectivo ejercicio, la posibilidad de difundir y de hacer llegar a la mayor cantidad posible de personas sus juicios de valor²⁸³¹, partiendo de la diversidad²⁸³².

2857. La primera forma de materializarse es aquella en la que la persona, el individuo o ciudadano debe poder expresar sus opiniones²⁸³³, ideas o creencias, consolidado en la idea del pensamiento, que implica que no puede haber restricciones por razones ideológicas, por decisiones estatales y por profesión de creencias religiosas²⁸³⁴ o cultos²⁸³⁵.

2858. Sin embargo, no se puede pensar que sea absoluta o ilimitada, sino que puede entrar en colisión con los derechos a la honra, el buen nombre, la reputación de aquellos que se encuentran inmersos en el contenido de la opinión, especialmente cuando resultan de calificaciones, valoraciones y consideraciones fruto de la violencia, la intolerancia o la negación de la dignidad de la persona²⁸³⁶.

2859. El hecho de limitar esta manifestación no puede llevar a la comprensión de que el práctica de la misma por aquellas personas en ejercicio de función, servicio o actividad pública o administrativa pueda ser objeto de cuestionamiento o de restricción total, ya que debe ponderarse si en la expresión de las opiniones se invoca, se asume o se presenta como una posición oficial o institucional²⁸³⁷.

2860. La segunda forma de materializarse es aquella de la libertad de manifestación, que implica que la persona pueda contar con lugares, escenarios o espacios en los cuales exponer su pensamiento (lo que lleva a una relación indisoluble entre esa dimensión y las libertades de reunión y de asociación²⁸³⁸), que no puede verse limitado o restringido por cualquiera de las circunstancias antes mencionadas, y especialmente porque no se disponga de un ámbito en el que pueda hacerse cualquier manifestación, salvo que esta constituya transgresión o violación a las normas, al respeto a la autoridad pública, o represente una grave y ostensible afectación para el orden público general, con el sacrificio de otros derechos y libertades de las personas.

2861. La tercera dimensión es el derecho a la información²⁸³⁹ propiamente concebido que puede tener dos manifestaciones: (1) la libertad de buscar y difundir la información, y (2) la libertad de acceder a la información que puede haber encontrado, o de volver a difundirla por cualquiera de los medios.

2862. La libertad de difusión implica que se debe dotar al sistema democrático de canales de información, de medios masivos de comunicación y de órganos de difusión que permitan a los ciudadanos el suficiente discernimiento de las informaciones que revisten interés general público, y que puedan afectar sus derechos, bien sea por derivar del Estado (o sus órganos), o de sujetos de derechos privados²⁸⁴⁰. En una segunda dimensión, esa libertad se analiza desde el papel del medio de comunicación, o del periodista o comunicador social y las garantías que debe tener para que pueda ejercer su actividad²⁸⁴¹, que no es ilimitada sino sometida a los principios de equidad, diligencia en la confrontación de fuentes y razonabilidad²⁸⁴².

2863. A su vez, esa dimensión se materializa mediante el reconocimiento, el ejercicio y la eficacia de la libertad de prensa²⁸⁴³, la cual comprende el derecho a fundar, dirigir y manejar medios de comunicación²⁸⁴⁴, acceder al espectro electromagnético como bien del Estado que debe estar a disposición de todos aquellos que decidan participar ya sea como medio de comunicación, o como operador de frecuencias, sin exponerse a censura o a control desproporcionado del Estado²⁸⁴⁵, ni por razón de los medios disponibles, ni de los contenidos²⁸⁴⁶, lo que no la hace ilimitada por el ejercicio del poder social que puede comprender la función que desempeña cada medio de comunicación en una sociedad democrática, lo cual puede representar riesgos o potenciales colisiones con otros derechos e intereses²⁸⁴⁷ a los que el Estado no puede renunciar en su intervención, regulación y control²⁸⁴⁸.

2864. Se trata de una dimensión que, considerada de forma integral e integradora, permite la tutela eficaz no solo del sistema democrático²⁸⁴⁹ (tanto representativo, como participativo), sino también del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad²⁸⁵⁰.

2865. La libertad de prensa tiene especial consideración cuando se considera en el escenario electoral, donde la distribución equitativa del uso de los espacios de televisión es la regla, dado que

... una distribución equitativa del tiempo en televisión implica una distribución igualitaria de la oportunidad de presentación de los programas de gobierno. La distribución igualitaria de los espacios de comunicación también constituye una herramienta para garantizar la objetividad informativa que impide la exposición excesiva o deficiente de determinados candidatos y la exposición parcializada de sus programas políticos. La necesidad de transmisión neutral y veraz de la información persigue la correcta utilización del poder de sugestión cognitiva de la televisión, factor determinante de la formación del criterio político de la sociedad²⁸⁵¹.

Son, pues, límites que se imponen al ejercicio de la libertad de prensa orientados a la plena garantía del pluralismo político y democrático²⁸⁵².

2866. Siguiendo la jurisprudencia constitucional, como dimensión del derecho complejo a la libertad de expresión, la libertad de prensa no es absoluta sino que está sujeta a límites²⁸⁵³ como (1) el establecimiento de regulaciones para el funcionamiento de los medios de comunicación²⁸⁵⁴, determinándose en función del artículo 20 de la Carta Política el alcance de la responsabilidad social de los mismos; (2) regulando y asegurando “equidad y pluralidad en el manejo de la información por los medios de comunicación”, según la interpretación sistemática de los artículos 7.º y 20 de la Carta Política; (3) en cuanto al acceso al espectro electromagnético se permite la intervención del Estado teniendo en cuenta su naturaleza de bien público “lo cual ha sido interpretado por la Corte como una autorización para el establecimiento de un régimen diferenciado de regulaciones estatales para los distintos medios de comunicación, según hagan uso o no del espectro electromagnético, con cumplimiento de ciertas condiciones”; (4) regulando los servicios de televisión según los artículos 76 y 77 de la Carta Política; (5) y la prestación del servicio público en cabeza de cada medio de comunicación, según el artículo 365; (6) debe respetar la confrontación de la opinión pública²⁸⁵⁵, (7) determinando las obligaciones de rectificación²⁸⁵⁶, corrección y responsabilidad social²⁸⁵⁷.

2867. La cuarta dimensión tiene relación con la anterior, esto es con el acceso a la información²⁸⁵⁸. En la sociedad de la información la persona demanda abundante, constante y diferenciada información, lo que implica que debe garantizarse que esté disponible por todos los medios, formatos e instrumentos, de manera que no se pueda afirmar restricción alguna por debilidad o insuficiencia tecnológica, o por el carácter reservado de la misma²⁸⁵⁹, ya que para su tutela se puede hacer prevalecer el interés público²⁸⁶⁰.

2868. Desde la posición del Estado, el acceso a la información de la administración pública tiene profundas implicaciones no solo en el modelo de relación, sino especialmente en la garantía de transparencia, imparcialidad, participación ciudadana y legitimidad democrática que debe operar en la formación, adopción y ejecución de las decisiones públicas²⁸⁶¹.

2869. El concepto de sociedad de la información y del conocimiento²⁸⁶², al igual que el de sus elementos estructurantes básicos, como son, en idea amplia y plural, los derivados de las Tecnologías de la Información²⁸⁶³ y las Comunicaciones, constituyen en la hora actual del devenir de las instituciones y sobre todo para ejercicio del poder y la consolidación de las finalidades sociales y

democráticas de nuestro ordenamiento²⁸⁶⁴, directrices sustanciales de carácter imperativo, en la perspectiva de la consolidación de una sociedad estrechamente integrada, a través del acceso y uso de todos los instrumentos propios de las TIC, sus infraestructuras, la explotación y el desarrollo material de las mismas, el respeto y protección a los usuarios, y el aprovechamiento social de la interrelación global²⁸⁶⁵.

2870. Esto es, una verdadera sociedad basada en la tecnología, en la información y estructurada en la red, en lo que se ha denominado sociedad red global²⁸⁶⁶. Una sociedad construida alrededor de redes digitales de comunicación, lo que implica sin lugar a dudas que las relaciones de poder giran en torno al uso y detentación de la comunicación global y de sus instrumentos tecnológicos de penetración²⁸⁶⁷⁻²⁸⁶⁸.

2871. Este fenómeno no es más que el resultado de la dialéctica profunda y acelerada de las ciencias y las tecnologías, que confluye históricamente en épocas recientes en una verdadera e inobjetable “revolución tecnológica”, que protagoniza para la humanidad entera una de las más significativas transformaciones de nuestra “cultura material”, generando las condiciones para sostener que hemos incursionado en una nueva era, “la era de la información”, sustentadora de la sociedad en red que configura sin lugar a dudas, una “... nueva estructura social dominante en la era de la información...”²⁸⁶⁹, por lo tanto fenómeno predicable sin prejuicio alguno de la totalidad de las latitudes del planeta, rompiendo paradigmas y estructuras políticas, sociales y jurídicas impensables en otros instantes de nuestra cultura universal, como el de fronteras, e incluso, como el del ejercicio del poder sobre el territorio, tan ligado a los conceptos clásicos de Estado y de soberanía²⁸⁷⁰⁻²⁸⁷¹.

2872. La sociedad en red configura un nuevo estado de cosas mundial centrado en las tecnologías de la información, que genera interdependencia en todas las magnitudes de la vida y de las relaciones vitales para la comunidad, como las propias de la economía, la cultura, la política, el gobierno, la administración, el bienestar social, etc., bajo contextos impredecibles de globalidad²⁸⁷².

2873. De acuerdo con lo anterior, es factible, entonces, entender que el ejercicio del poder guarda ahora otras proporciones y connotaciones, se sustenta y depende del manejo y control de las comunicaciones, tanto por el Estado como por los particulares, por lo que de su uso adecuado, y sobre todo con sujeción al ordenamiento constitucional y a sus principios y valores, depende el afianzamiento de las instituciones democráticas y la consolidación del Estado de derecho²⁸⁷³.

2874. En la protección de esa dimensión se afirma el principio *pro informatione* cuando se trata del acceso a la información en poder o bajo disposición de las autoridades públicas²⁸⁷⁴, siendo sustancial que este opere también en relación con las tecnologías de las comunicaciones que emplee el Estado para interrelacionarse e interactuar con el administrado²⁸⁷⁵ (sin que pueda ser objeto de discriminación por debilidades de acceso), como forma de concretar el principio de participación ciudadana en los asuntos públicos, dotar de mayor legitimidad democrática a las decisiones públicas, permitir el eficaz control de cualquier abuso de poder, responder al principio de máxima divulgación y constituirse dualmente en derecho y deber fundamental de todo Estado social y democrático de derecho.

2875. El papel del Estado en una sociedad impregnada de tecnologías que permiten dinamizar el acceso a la información y su difusión, parte de un modelo de “gobernanza electrónica”²⁸⁷⁶ que considera que el “Derecho de la administración pública –*Derecho administrativo*– es también el régimen jurídico que se ocupa de regular los instrumentos tecnológicos para el cumplimiento y satisfacción de las necesidades públicas, en especial aquellos proporcionados a partir del concepto de ordenanza electrónica, conformadora sustancial de un verdadero Derecho a la información y a la comunicación bajo conceptos jurídicos sociales y democráticos, que compromete los aparatos

administrativos²⁸⁷⁷ y la gestión de los gobernantes y administradores bajo principios de transparencia, publicidad, eficacia y celeridad”²⁸⁷⁸.

2876. Así mismo, como manifestación de esa dimensión, existe la libertad de toda persona o ciudadano de buscar e investigar a partir de informaciones relacionadas con hechos, ideas y opiniones de toda naturaleza²⁸⁷⁹.

2877. Y la última dimensión tiene que ver con la libertad de recibir las informaciones, lo que implica que ni el Estado ni ningún sujeto privado titular de medios de comunicación, puede crear algún tipo de censura²⁸⁸⁰ o restricción de la información, salvo cuando se trate de aquello relacionado con la seguridad y el orden público del país.

2878. Como modulación de esa dimensión es posible afirmar la libertad que toda persona que se encuentra en situación de privación de la libertad, en centro carcelario o penitenciario (en cumplimiento de medida de aseguramiento durante el proceso, o de cumplimiento de condena), tiene de recibir informaciones o comunicaciones, sin renunciar a ese derecho como elemento para su comunicación con su familia, con el exterior y con su defensor judicial, la cual se puede ver restringida solo para preservar la integridad de las pruebas del proceso, la situación de las víctimas o de terceros, o para impedir la comisión de ilícitos desde dichos centros, eventos en los que el Estado puede restringir tal modulación de la libertad de recibir informaciones²⁸⁸¹. Es de notar que dichas restricciones no se pueden afirmar por razones administrativas o contractuales, ya que sería una forma de quebrar los presupuestos convencionales y las presunciones constitucionales de protección que le dan cobertura a ese tipo de libertad, lo cual puede representar la vulneración por conexidad de los derechos a la familia y de los hijos menores (niños-niñas) a mantener comunicación con sus padres pese a su situación de privación de la libertad²⁸⁸².

2879. Resulta claro, entonces, que la eficacia de la libertad de expresión como derecho es compleja en su materialización, pero que para el caso del juez contencioso comprende dos órdenes: (1) desde la tutela o protección que le debe brindar, la cual se concreta no solo en los actos procesales, sino también en el efecto de sus decisiones judiciales, e incluso en todas las actuaciones que pueda procurar para su eficacia, bien sea como juez constitucional de tutela, o como juez contencioso administrativo, o (2) como destinatario de la protección de tal derecho en todas, algunas o ciertas de sus expresiones.

2880. En ese contexto cabe hacer un análisis casuístico de la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia y de la protección que el juez contencioso administrativo le ha dado de manera poliédrica.

III. ESTUDIO CASUÍSTICO DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO COMPLEJO, EN SUS DIFERENTES MODALIDADES. ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA

2881. El primer caso es el de la sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 19 de noviembre de 2012 (exp. 25506) en el que se analizó la responsabilidad del Estado, entre otras cuestiones, por la liberación y uso de información equivocada que derivó en la sindicación y señalamiento de una persona como presunto jefe de una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes en el puerto de Buenaventura (Valle del Cauca).

2882. En la sentencia el Consejo de Estado encontró que el

... derecho a la información, que sobra advertir, no solo se reduce a su esfera de protección en el artículo 20^[2883] de la Constitución Nacional, sino que comprende, y en esto debe el juez contencioso administrativo operar en virtud del control de convencionalidad, también su consagración y alcance según el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (que fue incorporada al derecho colombiano por la Ley 16 de 1972), tiene por objeto no solo la garantía de la libertad de quienes son los sujetos activos que difunden o emiten una noticia, una investigación, una información en términos generales (que hacen periodismo, periodistas y empresas periodísticas, los medios de comunicación –en todas sus formas– todos ellos actores del derecho a la información) sino también el derecho de quienes la reciben²⁸⁸⁴.

2883. La sentencia considera que la libertad de difusión impone ciertos deberes, cargas y restricciones a los medios de comunicación, ya que la información que “transmiten a la comunidad, debe contener las características de veracidad e imparcialidad²⁸⁸⁵, esto es, que la misma corresponda a los acontecimientos que son materia noticiosa sin que quienes ejercen la actividad periodística, o en quienes radica la misma y están en el deber de administrarla razonablemente, esto es, el Estado, puedan manipularla para ciertos fines o intereses, ya que con fundamento en el artículo 95 numeral 1.º de la Carta Política, no puede afectarse la dignidad, el buen nombre y la honra de las personas²⁸⁸⁶. En el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos, la

... Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social²⁸⁸⁷.

2884. Dentro de la libertad de difusión se aborda también la modalidad de la libertad de prensa, la cual “cumple con unas funciones específicas, entre ellas, ser un control de poder (dentro de la idea de una sociedad democrática) y ser depositaria de la confianza pública. La primera de ellas, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional la “desempeñan los medios haciendo visibles, describiendo, evaluando y criticando los diferentes procesos y gestiones sociales y estatales”; en tanto que la función de confianza pública se corresponde con la actividad de los medios de poner en conocimiento las inquietudes de los ciudadanos. “Las personas confían en que los medios de comunicación interpreten oportuna y fielmente lo que los ciudadanos piensan y sienten y luego se lo comuniquen a toda la comunidad de manera clara e inteligible para todos”²⁸⁸⁸. Consecuencia de lo anterior, como manifestación del derecho a la información en un Estado democrático, el ejercicio de la libertad de prensa constituye un instrumento de libertad y de legitimidad democrática. En ese sentido, los periodistas, las empresas periodísticas y los medios de comunicación en general, son autores vivos de la realidad social²⁸⁸⁹, para lo cual pueden manejar todas las fuentes que estén a su alcance, utilizándolas siempre bajo los parámetros definidos constitucional y convencionalmente, sin que su ejercicio pueda implicar la vulneración abusiva de los derechos de las personas, en especial de aquellas que tienen relación directa con el honor, la honra, el buen nombre y la intimidad, para lo cual el Estado debe estar atento, como sujeto activo, a controlar y adoptar las medidas correspondientes, ya que no se trata de un derecho absoluto”.

2885. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso (relacionadas con informaciones de carácter judicial o investigaciones policiales ofrecidas a los medios de comunicación para su divulgación), se afirma en la sentencia que

... cuando se trata de difundir y poner en conocimiento noticias de carácter judicial o derivadas de investigaciones adelantadas por organismos policiales, de inteligencia o de seguridad del Estado, es deber de los medios de comunicación encausarlos en informaciones objetivas y no especulativas, ni puede versar sobre hechos inciertos ni en conclusiones deducidas apresuradamente por los periodistas, por cuanto puede generar un menoscabo en los derechos de las personas involucradas en las informaciones noticiosas²⁸⁹⁰. Pero esta obligación tiene a su vez un deber en relación con aquellos que tienen la información, tal es el caso por ejemplo de las autoridades de la República que conservan o poseen información privilegiada o de reserva, especialmente aquella que tiene origen en labores investigativas y de inteligencia, que requieren no sólo de un mínimo de contenido certero y concreto respecto de personas o cosas que implican una alteración al orden público o a la seguridad nacional, sino que exigen la máxima responsabilidad al momento de difundir dicha información, o de *ponerla a disposición* de los medios de comunicación, ya que en caso de no contar con la razonable veracidad, imparcialidad y transparencia, puede representar la vulneración de los derechos constitucionales y supraconstitucionales al honor, honra, buen nombre e intimidad de las personas.

2886. Analizado el caso con base en esos argumentos, el Consejo de Estado plantea que en este tipo de situaciones el

... derecho a la información, guarda una relación inevitable con los derechos constitucionales y supraconstitucionales del buen nombre, honra, honor e intimidad, en la medida en que los mismos deben ser preservados en todas las instancias del proceso informativo [por lo que] se vulneraría el derecho al buen nombre y/o a la honra, cuando, sin fundamento alguno, se propagan entre el público –bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas– informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen.

2887. Sin embargo, en la sentencia no se cuestiona el papel o actividad desplegada por el medio de comunicación que transmitió la información liberada u ofrecida por las autoridades públicas de investigación policial, ya que,

... si bien los medios de comunicación en el ejercicio de la libertad de información puede estar expuestos al recibir material con el que se pueda producir la vulneración de los bienes jurídicos constitucionales y convencionales al buen nombre y a la honra, debe partirse de considerar la buena fe tanto del medio de comunicación, o del periodista,

pero sin desechar que la

... buena fe del periodista no excluye la posibilidad de que pueda caer en error, a pesar de que haya cumplido con la obligación de verificar su información, pues la misma naturaleza dinámica de su labor le impide, en algunos casos, ser tan exhaustivo. Por lo tanto, esta presunción de buena fe no excluye la posibilidad de error y tampoco, ostenta el carácter de una presunción de derecho que no admita prueba en contrario. El juez de tutela debe entrar a constatar en cada caso si el medio de comunicación ha incurrido en un error evidente o si, existen elementos que permitan desvirtuar la presunción constitucional de buena fe del periodista²⁸⁹¹⁻²⁸⁹².

2888. Así mismo, en la sentencia se expresa cierto límite del derecho de acceso a la información pública cuando es ejercido por las autoridades públicas, afirmándose como supuesto de imputación de la responsabilidad del Estado que de

... los mandatos normativos no cabe extraer función encomendada alguna a la Policía Nacional en la que se autorice o faculte a poner a disposición de los medios de comunicación aquella información relacionada con investigaciones policiales que estén en curso, *de carácter reservado*, o propias a la inteligencia de la institución, ya que ello representaría poner en riesgo la seguridad, el orden público y la vulneración de derechos de los administrados. De lo contrario, es posible que al manejarse indebidamente la información se esté propiciando que se frustre o se afecte seriamente cualquier proceso investigativo que deba adelantarse con seriedad, imparcialidad y objetividad por parte del Estado, atendiendo al principio democrático en el que se sustenta el ejercicio de sus funciones investigativas²⁸⁹³.

De ahí, pues, que en la sentencia se haya concluido que

... los organismos de inteligencia de la Policía Nacional liberaron indebidamente la información al medio de comunicación, actuación que no se corresponde con las obligaciones que la ley y los reglamentos imponen para la elaboración, recepción, evaluación, estudio y difusión de la información de inteligencia que hace parte de la seguridad del Estado. Se entiende que se trata de información de este orden, por cuanto la noticia demostró que las personas que conformaban el cartel ejercían actividades con el narcotráfico, delito incluso de carácter transnacional y que requiere de una exactitud de la misma que no puede ser divulgada de manera ligera e irresponsable, aun más cuando no se tenía de manera completa, por cuanto las iniciales y apellidos mencionados contrario a dar certeza, generó sospechas y desinformación a la opinión pública, catalogando a los actores como miembros activos del cartel, tal como se demostró con las declaraciones de los testigos.

2889. Resulta de interés en el análisis de imputación de responsabilidad del Estado en la sentencia, el reproche a las obligaciones de las autoridades públicas cuando en su poder hay información a la que se debe dar acceso, o que puede ser liberada para su divulgación en los medios de comunicación, ya que “desde todo punto de vista que la información de los órganos de inteligencia de la Policía Nacional, además de desconocer un mínimo de reserva, no haya sido completa, esto es, que diera certeza de las acciones de inteligencia y las pesquisas efectuadas, generando también un menoscabo al derecho de presunción de inocencia de los actores”, lo que en definitiva llevó a constatar “la forma descuidada e incompleta en que los organismos de inteligencia liberaron, manipularon y suministraron la información, vulneró los derechos fundamentales de los demandantes”.

2890. Y es precisamente esta la base argumentativa para el encuadramiento de la imputación de la responsabilidad del Estado para el caso en concreto ya que

... existe falla en el servicio por el indebido manejo de la información derivada de labores de inteligencia y de procedimientos policiales en curso, relacionadas con la estructura, conformación y actividades del Cartel del narcotráfico en el puerto de Buenaventura, ya que de los criterios anteriores cabe establecer, sin duda alguna, que existió una información que sólo podía estar en cabeza de las entidades demandadas y que fue puesta a disposición de un medio de comunicación, sin haber sido objeto del escrutinio, valoración, determinación de su veracidad y objetividad, lo que condujo a que las personas del sector de Buenaventura, especialmente aquellos pertenecientes a los ámbitos comercial y financiero, consideraran a los demandantes, Óscar Isaza Benjumea y Amparo Pinzón Nieto, quienes son reconocidos en la región (por cuanto las sociedades Isaza & Pinzón S. en C.S.; Contenedores y Servicios S.A., Makila Ltda.; Estación de Servicios las Palmas S.A.; Grupo Empresarial del Pacífico S.A.; Petróleos de Buenaventura S.A., y Estación de Servicio Brisas del Pacífico S.A se encuentran ubicadas en Buenaventura), como integrantes del cartel del puerto, ya que asociaron las iniciales del organigrama presentado en el noticiero y en el periódico el País, con los nombres de los actores.

2891. Se debe resaltar, como afirma la sentencia, que la libertad de difusión desde la posición del Estado, y para un caso particular como el que fue objeto de decisión donde una persona resultaba

involucrada con un cartel del narcotráfico, exige que

... existiendo una información relacionada con actividades ilícitas y de conformación de grupos de narcotráfico, es el Estado el que se encuentra en la posición de contar con la misma, y fue el medio de comunicación el empleado (puede decirse manipulado) para divulgarla sin haber sido valorado su contenido y sus implicaciones objetiva e imparcialmente, razón por la cual hoy se encuentran enfrentando las entidades demandadas este juicio de imputación, que no puede tener otra conclusión que la acreditación de la falla en el servicio endilgable a las mismas por el indebido manejo de información, lo que se agrava por su carácter reservado, de inteligencia o derivada de un procedimiento policial en curso.

2892. No se debe olvidar, como lo retiene la sentencia, que cuando es el Estado el detentador de la información a transmitir y divulgar, y esta se hace de manera errónea, con objeto de manipulación o de tergiversación, o deformación de la realidad, la libertad de difusión implica

... el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber normativo que se tenía respecto al manejo de la información que procedía de instancias de inteligencia, o que se estaban recaudando dentro de un procedimiento policial para establecer la estructura, formación y actividades de un grupo dedicado a actividades de narcotráfico, y que llevó a que se permitiera, o incluso no se impidiera, la liberación, la difusión, o la revelación de información relacionada con tales aspectos en los que se involucraba a personas respecto de las cuales no se concretó de manera completa, veraz y adecuada su identidad y su implicación, lo que derivó en la asociación de los nombres de los demandantes con los presuntos miembros de un “cartel del narcotráfico”, sin que se haya adoptado una medida de prudencia y de manejo razonable de dicha información, comprometiéndose indebidamente no sólo la integridad de los demandantes, sino también el ejercicio de la libertad de prensa por parte del medio de comunicación televisivo, y poniéndose en riesgo el deber de cuidado de preservar la información que es reservada o producto de instancias de inteligencia, o que hace parte de un procedimiento policial que está en curso, con lo que se constata la producción de una falla en el servicio por la agregación de múltiples escenarios de vulneración de los deberes normativos y de cuidado que radican en cabeza de las entidades demandadas, como garantía de los derechos de las personas, de la seguridad pública y de la preservación del orden público²⁸⁹⁴.

2893. Se constata, además, no solo la vulneración de los derechos al buen nombre y honra de las personas señaladas como miembros de una organización delincencial, sino que ligado a ello se produjo una afectación en el ejercicio de la libertad de prensa por el medio de comunicación al que se pervirtió y manipuló la veracidad y corrección de la información transmitida, ya que en

... este caso la falla en el servicio por el indebido manejo de la información que es endilgable a las entidades demandadas, produjo, además, como consecuencia, que el medio de comunicación haya sido inducido en error para generar un impacto indebido, anormal y vulneratorio de los demandantes ante la opinión pública de su comunidad.

2894. El segundo caso a analizar es el de la sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 12 de noviembre de 2014 (exp. 28505) en el que se analizó la legalidad de la decisión de la Comisión Nacional de Televisión de exigir a un canal privado local en Colombia (Caracol Televisión S.A.) transmitir la alocución presidencial del 7 de octubre de 1999, afectándose la transmisión de un partido de la selección Colombia programado para la misma hora, 8:00 pm.

2895. En esa sentencia se analizó en principio la dimensión de la libertad de difusión y el papel de los medios de comunicación en el sistema democrático a partir de la base normativa convencional ya que, “en tanto son empresas destinadas a la prestación de servicios de información, culturales, de

entretenimiento, etc., encuentran su fundamento jurídico sustantivo y su razón de ser en el derecho humano fundamental a la libertad de expresión”.

2896. Ahora bien, en la sentencia se analiza el alcance de las restricciones a la libertad de información, como dimensión de la libertad de expresión y como derecho complejo, de manera que la

... actividad de las autoridades tanto legislativas como administrativas en cuanto al régimen sustancial y de restricciones a la libertad de información debe circunscribirse a los parámetros convencionales, lo contrario supondría incursionar en el ámbito de la arbitrariedad desconociendo el imperativo jurídico en cabeza de todas las autoridades estatales de inaplicar todas aquellas normas y decisiones de la administración contrarias al régimen convencional.

2897. Se reitera que la libertad de expresión

... tiene su ámbito propio y natural de existencia en los regímenes políticos de carácter democrático. De esta afirmación se derivan dos conclusiones provisionales: i) El derecho a la libertad de expresión solo tiene sentido en este tipo de sistemas políticos y jurídicos, y ii) En estos sistemas es una exigencia, por cuanto es de su esencia, que se garantice plenamente ese derecho.

2898. Como aporte a destacar de la sentencia están las diferentes dimensiones o modulaciones en las que se concreta la libertad de expresión, la libertad de opinión, respecto de la cual “constituirá una restricción desproporcionada al derecho a la libertad de opinión que se exija, a nivel normativo o *de facto*, la demostración de la veracidad de un juicio de valor”.

2899. En tanto que, en relación con la libertad de información, se determina que, como

... derecho de doble vía, permite describir la existencia de dos posiciones jurídicas en su interior: i) Una posición en donde *el informador* tiene derecho a comunicar un hecho o acontecimiento a un grupo determinado o indeterminado de *receptores*, derecho que a su vez implica la prohibición de la censura previa, el derecho a fundar medios de comunicación²⁸⁹⁵, derecho a reservarse las fuentes de la información así como el derecho a acceder en igualdad de condiciones al uso del espectro electromagnético²⁸⁹⁶⁻²⁸⁹⁷. ii) Otra posición jurídica en donde el *asociado-receptor* tiene derecho a recibir la información, lo que a su turno implica el derecho al pluralismo informativo²⁸⁹⁸ –lo que se opone a una excesiva concentración de medios de información en pocas manos²⁸⁹⁹–, así como el derecho a una información de calidad, esto es que sea oportuna, completa, veraz²⁹⁰⁰ e imparcial²⁹⁰¹. Como derecho de libertad, también resulta claro que el derecho a recibir información lleva implícita, en su manifestación positiva, la posibilidad de que el *asociado-receptor* escoja la fuente de su información, así como, por su manifestación negativa, que el *asociado-receptor* decida no recibir una determinada información o, con otras palabras, que existe un “derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no se desea escuchar o ver²⁹⁰²”.

Todo ello ligado estrechamente con el derecho a la intimidad personal y familiar.

2900. Se establece la diferencia fundamental entre la libertad de opinión y de información

... esencialmente, en que en la primera lo que protege es la libre emisión de juicios de valor y opiniones, mientras que en la segunda trata (aunque no de manera exclusiva²⁹⁰³) de la protección a informar sobre sucesos o hechos ocurridos, o por ocurrir, en un momento determinado, es por ello que se ha dicho que este último está sujeto a un control jurídico en tanto que quien emite la información (*v.gr.* el comunicador o el medio de comunicación) tiene la carga de la veracidad de lo comunicado (prohibición de falsedad) así como su

imparcialidad (libre de sesgos que tergiversen el hecho), amén de ajustarse a la plenitud (ser completa) y a la oportunidad.

2901. Se expone, también, que tanto la libertad de opinión, como la de información no son absolutas

... (sin perjuicio de su alto valor jurídico en las sociedades democráticas), por lo tanto, éste, como otros, está sujeto a la posibilidad de restricciones para su ejercicio, pues tanto el ordenamiento constitucional colombiano como el marco normativo internacional de Derechos Humanos son claros en precisar que la libertad de expresión comporta una responsabilidad social²⁹⁰⁴ ulterior²⁹⁰⁵ y especial²⁹⁰⁶, admitiendo como restricciones posibles a su ejercicio aquellas consistentes en i) el respeto a los derechos y la reputación de los demás, ii) la protección a la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública,²⁹⁰⁷ todo ello siempre y cuando se compruebe que éste tipo de limitantes se justifica de acuerdo con un criterio de proporcionalidad estricta²⁹⁰⁸ que supone verificar la idoneidad de la medida (si se protege un bien o interés jurídico válido a la luz del ordenamiento jurídico), si esta deviene en necesaria (es decir, que sea la medida menos lesiva posible para satisfacer la protección al bien jurídico tutelado) y, por último, si la misma resulta proporcional, donde se verifica si las razones jurídicas justifican imponer la satisfacción de otro derecho en perjuicio de la libertad de expresión.

2902. Pese a lo anterior, la restricción que se imponga debe atender tanto al criterio de necesidad, como al de razonabilidad, exponiéndose en la sentencia que la jurisprudencia en la materia ha prestado detenida atención al criterio de necesidad, pues se ha dicho que las medidas restrictivas solo superan el umbral de lo jurídicamente permitido cuando satisfacen un criterio estricto de necesidad, entendido como una

... necesidad social imperiosa²⁹⁰⁹ [...] en el marco de una sociedad democrática [...] Existe, entonces, la obligación jurídica de demostrar que la medida de restricción (y no otra menos lesiva) es la única que se presenta como admisible para la protección-realización de ese fin legítimo, de lo contrario, la medida enjuiciada (cualquiera que sea su naturaleza) será desproporcionada respecto del derecho a la libertad de expresión.

2903. Por otra parte, la sentencia considera la relación de convencionalidad, economía social y medios de comunicación, como una forma de comprender el artículo 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, de modo que en el

... ámbito de la economía social de mercado, en consonancia con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los medios de comunicación, en cuanto empresas, constituyen un instrumento de garantía y de soporte estructural para el ejercicio libre e independiente de la libertad de expresión y de la libertad de información. La empresa, en cuanto instrumento vital de este modelo, le brinda sustento material y económico a estos derechos convencionales y constitucionales, razón suficiente para pregonar su papel de baluarte en el ejercicio cotidiano de estas libertades y por esto la necesidad de su garantía institucional y su limitación tan solo de manera excepcional, pues sólo así se garantizan los propósitos de la libre y leal competencia. Las actividades económicas de las empresas de comunicación social, la titularidad de derechos materiales e inmateriales, son la piedra basilar de las libertades a que se refiere el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, por lo tanto, cualquier afectación o limitación de ellas sólo puede hacerse de manera excepcional, proporcional y acorde con los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cualquier decisión legal o administrativa que desconozca estos supuestos no solamente deviene en arbitraria e ilegal, sino que también debe ser objeto de inaplicación, tal como antes se expresó. La afectación o limitación de los derechos materiales e inmateriales de los medios de comunicación por fuera de

los marcos convencionales, desconoce lo pactado cuando se trata de un contrato de concesión visto a la luz de los artículos 13, relativo a la libertad de expresión y 21, sobre propiedad privada, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2904. Finalmente, al resolver el caso la sentencia vulneró la libertad de expresión teniendo en cuenta que en

... resumen, la orden de transmitir en cadena nacional la alocución del señor Presidente de la República carece de fundamentación jurídica, no solo porque el acto administrativo citado no señala alguna motivación al respecto, sino también porque a lo largo de este proceso contencioso administrativo la demandada no acreditó la motivación echada de menos. Pero además no existe un mínimo fundamento jurídico que permita afirmar que la decisión administrativa se amparó en alguno de los criterios establecidos bien por la Corte Constitucional –conforme a la sentencia de constitucionalidad C-1172 de 2001– o por la Convención Americana y su Corte, respecto de las restricciones jurídicamente admisibles al derecho a la libertad de expresión.

2905. El tercer caso es la sentencia de la Sala Plena del 14 de febrero de 2012 (exp. 38924) relacionada con el proceso de licitación pública del tercer canal de televisión.

2906. En este primer asunto el Consejo de Estado encontró el ámbito de protección de la libertad de expresión en el derecho complejo de que la

... exigencia de la concurrencia en la consolidación del principio de la libre competencia económica, por lo tanto, de la presencia actuante de un número de interesados en el proceso de asignación de bandas de frecuencia prevista en el artículo 72 de la citada ley, es también una clara e inobjetable manifestación de la necesaria garantía de la libertad de expresión en las sociedades democráticas.

2907. El cuarto caso es la sentencia de la Sección Tercera, Subsección del Consejo de Estado del 13 de febrero de 2015 (exp. 32422), en donde se debatió la responsabilidad del Estado por la difusión de información de una persona en un medio de comunicación nacional que fue identificado con el jefe paramilitar Carlos Castaño.

2908. En la sentencia el Consejo de Estado partió de considerar que el

... artículo 20 de la Constitución Política reconoce la libertad de expresión y en su inciso segundo, se establece el derecho de rectificación en condiciones de equidad. El derecho de rectificación constituye un instrumento mediante el cual se garantiza que la persona afectada con una información distorsionada sobre ella, pueda conseguir que ésta sea corregida en condiciones que permitan reparar los perjuicios causados con la información.

2909. Así, desde la perspectiva convencional la sentencia tiene en cuenta la Observación General n.º 16 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, constitucional y el artículo 30 de la Ley 182 de 1995.

2910. En el análisis concreto del caso se consideró que la

... rectificación es un mecanismo que debe caracterizarse por su inmediatez y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos y que posterior al ejercicio de la presente acción se presentó la muerte del jefe paramilitar Carlos Castaño e incluso algunos miembros de estos grupos al margen de la ley fueron reinsertados a la vida civil, considera la Sala que una rectificación en la que se aclare que la fotografía

correspondía al señor Gerena Villamil y no al jefe de las autodefensas, resulta inane y por consiguiente, no constituye un medio adecuado para resarcir el daño causado.

2911. Consecuente con lo anterior, se determinó que era precisa la

... reparación integral mediante la imposición de otras medidas de reparación no pecuniarias, por cuanto se trata de afectación de derechos fundamentales como el derecho a la honra y al buen nombre y por la gravedad de los hechos analizados, dado el incumplimiento de los deberes por parte de la entidad demandada respecto del manejo de la información de inteligencia, que derivó en el daño causado al demandante, desconociendo estándares convencionales, constitucionales y legales.

2912. Finalmente se estudió el Auto de la Sección Tercera, Subsección C, del 13 de mayo de 2015 (exp. 53057), mediante el cual se ordenó la suspensión de cierto contenido de una norma que imponía un procedimiento previo de viabilidad para la entrada en operación de las estaciones de televisión en diferentes lugares del país luego de surtido el proceso de asignación de frecuencias.

2913. El caso se encuadra en la dimensión de la libertad de difusión, y específicamente en los ámbitos que pueden ser objeto de regulación y limitación por las autoridades públicas, cuando las empresas titulares de los medios de comunicación deben someterse a las mismas, bajo qué intensidad, con qué alcance y hasta qué punto.

2914. En ese sentido, se planteó que la libertad de expresión y sus modalidades o dimensiones tienen un sustento no solo nacional, sino un reconocimiento de protección en el sistema universal e interamericano de los derechos humanos.

2915. Se sostuvo, además, que el

... peso específico que adquiere la libertad de expresión, opinión e información en el sistema jurídico colombiano se debe a su rol preponderante en la construcción, conservación y ampliación del principio democrático, entendido en términos sustantivos y deliberativos²⁹¹⁰, es decir, comprendido como un marco ideal que se ampara en la superioridad epistemológica que supone la discusión colectiva y la adopción de decisiones en democracia, cuya decisión no se agota en una fase eminentemente “decisionista o electoral” sino que persigue la pretensión de estar rodeado de garantías necesarias (a partir de los derechos constitucionales fundamentales y específicamente de los derechos políticos) para asumir un proceso de suficiente interacción y discusión democrática, participativa, plural y diversa frente al ejercicio del poder político.

2916. Para el caso específico de la libertad de difusión como dimensión o modalidad de la libertad de expresión, en la sentencia se consideró que

... lo que se privilegia es el libre flujo, formación y discusión de diversas ideas de toda índole y si se reconoce que el debate democrático, para que sea tal, está fundado esencialmente sobre la discusión pública, plural, colectiva y razonada, fácil es ver cómo la libertad de expresión se constituye, junto a otros derechos y garantías, en piedra angular del Estado Social y Democrático de Derecho.

2917. Ahora bien, analizada la libertad de difusión desde la posición de los medios de comunicación, en la sentencia se consideró que tales medios admitidos como

... empresas destinadas a la difusión de contenidos escritos, radiales, visuales o digitales gozan del derecho a la libertad de expresión, opinión e información y, a fin (*sic*) de cumplir con su objetivo, se encuentran amparados por el derecho convencional y constitucional de la libre divulgación de información. Uno de tales derechos es

el que tiene el medio de comunicación a hacer uso o acceder al soporte físico, lógico, técnico o digital necesario para la difusión de sus opiniones o información.

2918. Desde esa perspectiva, en la sentencia se consideró que, según lo consagrado en el artículo 13.e de la Convención Americana de Derechos Humanos, la “libertad de expresión no puede restringirse por vías o medios indirectos, esto es, aquellos que *prima facie* no parecerían suponer obstáculo para el ejercicio de este derecho”. De donde se afirma que

... supondría una contradicción en sus propios términos reconocer el derecho a la libertad de expresión pero afirmar que se priva a los sujetos activos de los mecanismos o soportes físicos, lógicos, técnicos o digitales para la recepción, emisión y difusión de lo que se desea comunicar o compartir a la audiencia receptora”.

Luego, continúa la sentencia señalando que

... fluyen, conforme a los parámetros de protección del derecho a la libertad de expresión, las restricciones de carácter legal (nunca administrativas) para acceder o usar los soportes que sirven de vehículo de comunicación deben satisfacer la prueba de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad en el marco de una sociedad democrática.

2919. Derivado del anterior razonamiento, en la sentencia se consideró que se

... oponen a la libertad de expresión las exigencias adicionales en materia de acceso al espectro electromagnético que no encuentran soporte en la Ley o, inclusive, aquellas que aún estando allí consagradas no consulten los criterios de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad.

Lo que debe corresponderse con los estándares, principios y normas convencionales y constitucionales. Se agrega, además, que el acceso al espectro electromagnético como garantía para el ejercicio de la libertad de difusión por un medio de comunicación

... debe ajustarse necesariamente a la razonabilidad que se deriva de la libertad de expresión. Cualquier actuación al margen de dichos parámetros constituirá una restricción indirecta a dicho derecho y, por tanto, una grave y protuberante violación a los principios convencionales y constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho.

2920. Examinado en concreto el aparte del contenido normativo objeto de la solicitud de la medida cautelar de suspensión, en la sentencia se consideró que se opone a los estándares, principios y normas convencionales y constitucionales de protección de la libertad de expresión por las siguientes razones: (1) porque “establece, en sí mismo, una restricción a la libertad de expresión y de iniciativa privada por cuanto impide el inicio de operaciones de la frecuencia asignada hasta tanto la ANTV informe la autorización para ello, por lo cual el Despacho reitera que, conforme a los parámetros convencionales del derecho a la libertad de expresión, las restricciones a su ejercicio son de exclusiva reserva de Ley al tiempo que la Constitución Política fija perentoriamente en el artículo 84 que “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permiso, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”; (2) porque en ninguna de las normas legales que confiere facultades de regulación del funcionamiento de las concesiones de televisión u operación se otorga “facultad para crear procedimientos, permisos o requerimientos administrativos sobre la asignación de frecuencias para el servicio de televisión radiodifundida, igualmente ninguna otra norma de las aplicables al régimen jurídico de la televisión establece cuestión

parecida”, y (3) porque la autoridad que expidió la norma, Agencia Nacional de Televisión –ANTV–, creó “un procedimiento que envuelve directamente el ejercicio de la libertad de expresión y la operatividad de los medios de comunicación en tanto empresas, es decir, no se trata de una regulación que atiende a cuestiones internas de la ANTV sino que involucra, irremediamente, los derechos de los asociados a la libertad de expresión y la libre iniciativa privada, sin autorización legal”.

2921. Después del anterior estudio, encontramos que el juez contencioso administrativo colombiano ha venido siendo protector de la libertad de expresión en sus diferentes dimensiones o modulaciones, lo que resulta positivo para la preservación del sistema y de la sociedad democrático en la que se edifica el país, y que se corresponde con los mandatos convencionales y de la Carta Política de 1991. Sin embargo se exige llegar a unas conclusiones del examen conjunto de los temas abordados.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

2922. La libertad de expresión no se agota en su garantía en las precisas prescripciones constitucionales de la Carta Política de 1991, sino que exige, por virtud del principio de integración, del principio de universalidad, comprender la tutela ampliada, reforzada y garantística que se ofrece en los diferentes estándares, principios y normas convencionales.

2923. La convencionalidad, tanto objetiva, como subjetiva, como herramienta debe ser observada por el juez contencioso administrativo, comprendiendo que la tutela eficaz de los derechos, el principio de buena administración y el contenido del concepto de Estado se consolidan con los estándares, principios y normas que fija, sin que suponga eliminación alguna de la soberanía normativa, ni de la autonomía del juez en sus decisiones.

2924. La libertad de expresión es un derecho complejo que tiene múltiples dimensiones o modalidades las cuales deben ser objeto de protección con base en criterios tanto uniformes como en los que exigen una diferenciación por razón de la naturaleza, de la posición del sujeto que la ejerce o que está llamado a cumplir las cargas que se desprenden de ella, o de las relaciones e intereses que puedan verse comprometidos.

2925. Siendo ello así, se demostró que el juez contencioso administrativo colombiano ha tutelado la libertad de expresión en (1) su dimensión de libre difusión cuando es el Estado el obligado a cumplir con cargas u obligaciones positivas que impidan liberar, transmitir u ofrecer informaciones a los medios de comunicación con los que puedan conculcarse los derechos a la intimidad, honra y buen nombre de las personas, así como manipular al órgano de comunicación; (2) en su dimensión de libre difusión cuando se debe garantizar la libre concurrencia para la participación como medio o empresa de comunicación que las materialice; (3) en su dimensión de libre difusión cuando se impone una restricción desproporcionada que represente una seria limitación al ejercicio de todo medio de comunicación de su actividad por decisiones de la administración pública que no ofrezcan oportunidad ni representen una necesidad incuestionable para la transmisión de información sustancial y de interés público general, y (4) en su dimensión de libre difusión cuando se restringe excesivamente la entrada en actividad o funcionamiento de los concesionarios de televisión, si se trata de exigencias desproporcionadas y que no se corresponden con la idoneidad, necesidad y proporcionalidad para el acceso a la capacidad de transmisión de la información.

2926. Como se puede advertir, la discusión del juez contencioso administrativo acerca de la libertad de expresión está en curso, debe promoverse y proyectarse para abordar todas y cada una de las dimensiones, en correspondencia con la riqueza y complejidad de ese derecho.

El derecho urbanístico y territorial. Fundamentos *

INTRODUCCIÓN. LOS PRESUPUESTOS DEL DERECHO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL

2927. El urbanístico o territorial es un derecho que, sin desconocer los intereses subjetivos e individuales, está materialmente vinculado a los propósitos sociales y comunitarios²⁹¹¹ que comprometen la actividad pública del Estado²⁹¹² —más allá de las fronteras de la conurbación, esto es, sobre la totalidad de la problemática del territorio²⁹¹³—, a la ordenación del territorio, preservación y respeto de todos y cada uno de los derechos colectivos e intereses difusos de la sociedad, que le garantizan su convivencia equilibrada y ponderada, no obstante la complejidad de los elementos y fenómenos que implican las relaciones del hombre y la sociedad sobre el territorio²⁹¹⁴ y sus constantes cambios²⁹¹⁵.

2928. El ordenamiento territorial se torna, entonces, un concepto multidisciplinario y de propósitos integradores de los fenómenos urbano y territorial para efectos del interés general. Se infiere de su contenido la presencia de un concepto con fundamentos sociales, políticos, culturales, ecológicos y económicos que le permiten una visión amplia e integradora de todos los componentes del fenómeno²⁹¹⁶.

2929. Bajo el concepto de ordenamiento territorial se engloba no solo el problema urbano y sus contenidos clásicos, sino también, todo el conjunto de temas y acciones propios del contexto territorial que influyen en el entendimiento y conformación del mundo circundante al de la simple ciudad. El ordenamiento del territorio es comprensivo, general, y constituye la dimensión espacial de toda actividad pública y privada, individual o colectiva que se pretenda sobre él. El concepto de lo urbano es ante todo específico y concreto, vinculado de manera inescindible a la integración sistemática de lo urbano y lo rural, y de estos con el contexto general del territorio.

I. EL DERECHO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL EN EL CONTEXTO DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

2930. Desde la perspectiva de las bases constitucionales de nuestro derecho administrativo, nada impide que el fenómeno sea atendido genéricamente bajo el concepto de ordenación territorial, comprensivo de todas las problemáticas generales y particulares que se puedan dar en este contexto, todas ellas sujetas a un marco normativo y de principios que permite sostener, sin lugar a equívocos, que estamos ante un conjunto de disposiciones armónicas y articuladas en función de la ciudad y del territorio. Es que precisamente la ordenación territorial tiene por objeto la comprensión y fijación amplia y general del destino del territorio y todo lo que ello conlleva desde la perspectiva de las acciones a seguir por las autoridades administrativas y por los particulares.

2931. Siendo ello así, no hay duda de que el papel de las administraciones públicas en la ordenación del territorio hace derivar obligaciones positivas no solo para su adecuado ejercicio, sino para la exigencia, control y seguimiento de una actividad que por su carácter pluricomprendido puede implicar la asunción de cargas respecto de las cuales se podrá examinar la procedencia o no de la imputación de la responsabilidad, pensado como un ámbito que se materializa a partir de acciones, hechos, operaciones administrativas, y donde cabe encuadrar también, por razón de la omisión en el ejercicio y cumplimiento integral, los mandatos normativos que se desprenden de la ordenación, o la inactividad que pueda verse representada por la insuficiencia o limitación en el ejercicio de competencias y facultades de ordenación del territorio para preservar intereses generales, proteger derechos individuales y anticiparse a la producción de daños antijurídicos que concreten serias limitaciones a

libertades, como, por ejemplo, la locomoción, la vivienda digna, el medio ambiente, o la salud, en suma, el bienestar general (la ordenación es uno de aquellos típicos ámbitos en los que la *procura existencial* –*daseinvorsorge*– se afirma con mayor entidad –Forsthoff).

2932. Retomando las aproximaciones legales en la materia, tenemos que los anteriores planteamientos doctrinales han sido ampliamente recogidos entre nosotros, precisamente cuando entendemos que el ordenamiento del territorio comprende el conjunto de acciones político-administrativas y de acción física concertadas, tendientes a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales²⁹¹⁷, de donde se deduce claramente que todo lo referente al territorio, lo que incluye por lógica la ciudad y los fenómenos atinentes a la misma, al igual que el conjunto de disposiciones que la rijan –derecho urbanístico– son entre nosotros fenómenos e instituciones propias de un derecho territorial derivado de la ordenación del territorio y que en esencia comprende de manera clara e inequívoca materias propias de la colectividad, es decir, relaciones vinculadas a los intereses de la sociedad en su conjunto.

2933. Esta idea sustantivadora del derecho urbanístico y territorial, en cuanto fenómeno del ordenamiento territorial en su conjunto y de su caracterización sobre la base de los derechos e intereses colectivos, fluye sin mayor esfuerzo de los objetivos fijados por el legislador para la denominada ley de desarrollo territorial –Ley 388 de 1997– y del objeto de esta misma disposición para el ordenamiento del territorio municipal propiamente dicho.

2934. En cuanto a los primeros, esto es, los objetivos de la mencionada ley, sobra advertir, que están lejos de una simple postulación de predicados individualistas. El objeto de la ley comprende ante todo conceptos vinculados a la titularidad del colectivo tales como la ordenación del territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la ecología, la prevención de riesgos naturales, la función social y ecológica de la propiedad, la vivienda, los servicios públicos domiciliarios, el espacio público, la calidad de vida de los habitantes, las actuaciones urbanísticas integrales, etc., es decir, bienes ligados de manera indisoluble a la comunidad misma y no a los asociados individualmente considerados²⁹¹⁸. En suma, la dimensión poliédrica que se transmite desde la ley permite considerar que el papel de las administraciones públicas debe ser activo (pro-activo), encaminado hacia la eficacia en la aplicación, implementación y definición de todas las herramientas e instrumentos que permitan un adecuado y ajustado ordenamiento del territorio, uso del suelo, bajo una plena interacción con los bienes ambientales, y configurándose en su base constitucional con los principios de dignidad y de igualdad material, que son multiplicadores al momento de la tutela efectiva de los derechos y libertades de todos los sujetos tanto en el ordenamiento convencional (se trata de la lectura sistemática y armónica de los arts. 1.1, 2.º y 21 –derecho de propiedad– de la Convención Americana de Derechos Humanos), como constitucional en el derecho interno.

2935. En relación con los segundos, esto es, con los objetos fijados propiamente para el ordenamiento del territorio municipal, la situación resulta aún más contundente en el afianzamiento de esa característica sustancial del régimen jurídico del urbanismo y el territorio. El objeto central del ordenamiento territorial es, sin duda, la cuestión social y económica en el territorio, y la planificación necesaria y complementaria para efectos de racionalizar las intervenciones en él, y orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible (aprovechamiento que debe responder al principio ambiental del desarrollo sostenible –art. 3.º de la Ley 99 de 1993–, y al principio *pro-natura* cuya base constitucional está plasmada en los arts. 8.º y 79 de la Carta Política), siempre en función de los

intereses públicos y generales de la comunidad, respetando la diversidad étnica, cultural, y social, reconociendo el pluralismo, respetando las diferencias que nos caracterizan como comunidad, y procurando siempre mejores condiciones de vida para la población²⁹¹⁹ (lo que implica condiciones ambientales cuya comprensión integral representa el respeto por todos los elementos esenciales e indispensables no solo para la vida en comunidad, sino además para la preservación del derecho al ambiente).

A. EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO TERRITORIAL BAJO LOS PRESUPUESTOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

2936. Caracterización esta que indudablemente se desprende de los postulados fundantes del sistema político-jurídico, y de las finalidades mismas que justifican la existencia de nuestra organización política estatal, en los términos de los artículos 1.º y 2.º de la Constitución Política, según los cuales, en el entendido del modelo de Estado social y democrático de derecho los principios inalterables e imperativos de nuestra organización estatal son los de democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general²⁹²⁰, postulados que en su dinámica buscan ante todo generar condiciones de servicio a la comunidad, promover la prosperidad general, facilitar la participación de los asociados en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, propiciando las condiciones para la vigencia de un orden justo en el ámbito de lo territorial. Preceptos de los cuales se deriva la existencia de un régimen jurídico de profunda inspiración en lo colectivo y social²⁹²¹.

2937. En ese sentido, y en concordancia con el marco constitucional y legal invocado, lo que se observa del diseño normativo del derecho urbanístico y territorial es que está volcado a lo social y comunitario, en cuanto esta característica sustancial es de la esencia del modelo de Estado propuesta, lo cual adicionalmente guarda concordancia y correspondencia íntima con los postulados imperativos de y subjetivos que le puedan asistir a las personas –propiedad, vivienda, salud, etc.–, toda la sistemática de predicables para la colectividad.

2938. Es de la esencia del régimen jurídico del urbanismo y del territorio: regular y desarrollar instrumentos procesales adecuados, proporcionales y razonables para garantizar los derechos a un ambiente sano²⁹²²; avalar la participación ciudadana en las decisiones relativas a esa proclamación²⁹²³; planificar, manejar y aprovechar los recursos naturales y controlar los factores de deterioro ambiental²⁹²⁴ (según “cierta teoría [francesa], cabe distinguir entre la protección cuyo objetivo es sustraer las áreas y recursos naturales a toda actividad artificial; y la conservación, cuyo objetivo sería el de contrabalancear o lograr el equilibrio entre las actividades humanas y los factores que pueden afectar al ambiente, para lo que dispone de instrumentos de gestión. De acuerdo con esta doctrina, puede hablarse de dos formas de protección: a) protección general ‘que apunta a proteger el espacio en tanto que tal y se caracteriza por una legislación acerca de los sitios y monumentos naturales, de los parques nacionales y de los parques regionales’; y b) protección indirecta ‘concerniente a las actividades consumidoras del espacio por diversos títulos urbanismo, construcción, explotación forestal y ordenamiento rural’²⁹²⁵,²⁹²⁶); regular y velar por la protección de la integridad del espacio público y su destino común; regular la utilización del suelo y el espacio aéreo urbano y dar prevalencia a los intereses generales sobre los particulares²⁹²⁷; defender y garantizar para la colectividad el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables de los bienes de uso público²⁹²⁸, del patrimonio cultural

y arqueológico de la nación y de los derechos especiales que sobre ellos puedan recaer²⁹²⁹; planificar y caracterizar los servicios públicos en el orden territorial²⁹³⁰, el saneamiento ambiental²⁹³¹, y la vivienda²⁹³², así como ordenar el ejercicio del derecho constitucional de la propiedad²⁹³³, entre otros aspectos.

2939. Desde la perspectiva estrictamente garantística del derecho urbanístico y territorial, de la armonización o resolución de tensiones entre intereses y regulaciones relativas a los derechos colectivos e individuales que se propone en este ámbito, y siguiendo los criterios normativos señalados, se estructura una compleja tutela que comprende tanto el ejercicio de acciones populares cuando se denotan preponderantes los derechos de los intereses colectivos, o la acción de responsabilidad civil, o contenciosa de reparación directa, cuando se quiebran bien sea con acciones, hechos, omisiones o inactividad los presupuestos normativos en los que se sustenta la protección que está llamado a ofrecer (no olvidar que se imponen obligaciones positivas) el Estado, desencadenando daños en esferas patrimoniales, extrapatrimoniales y de tutela de los derechos e intereses²⁹³⁴, que no niegan como matriz la tutela colectiva y social en la que se sustenta.

2940. Reconducido en esos términos, el derecho urbanístico y territorial propiamente dicho adquiere profundas connotaciones de un régimen jurídico y de principios de clara estirpe constitucional que desarrolla los postulados del Estado Social de Derecho, esto es, comprometido a través de la acción administrativa propia del ejercicio del poder público con la realización de los cometidos indispensables para garantizar los intereses colectivos y sociales por sobre los estrictamente individualistas, los cuales son reconducidos y reducidos a contextos estrictamente necesarios en aras de la estabilidad y subsistencia de la comunidad sobre el territorio.

2941. En esa dirección, el derecho urbanístico y territorial parte del hecho evidente de que el Estado, en especial las autoridades locales, juega un papel estelar y sustancial para la satisfacción de los intereses generales sustentadores de los derechos colectivos y los intereses difusos comprometidos en su objeto, ante lo cual se le reconocen al orden estatal facultades y poderes de ordenación de carácter económico interventor, bajo razones de equidad social, en todos los factores incidentes en la realización plena de los propósitos de convivencia equilibrada y ponderada en el territorio, la cual se concreta en materias como la intervención sobre la propiedad, las actividades particulares a través de la exigencia previa de licencias y permisos, la acción pública y la planeación, la enajenación forzosa en pública subasta, la enajenación voluntaria y la expropiación judicial o administrativa, además de la imposición de sanciones urbanísticas a los infractores del orden jurídico²⁹³⁵.

2942. Desde la perspectiva del Estado democrático, es connatural al derecho urbanístico la intervención material de la comunidad en los procesos públicos y administrativos de conformación de las normas urbanísticas de planeación, y en el trámite de las licencias y permisos de esa misma naturaleza. El derecho surgido de la intervención y la ordenación administrativa respeta profundamente la participación, la concertación, el pluralismo y las diferencias sociales de todo género para efectos de alcanzar los niveles adecuados de convivencia sobre el territorio. Es característico del derecho territorial la presencia de veedores ciudadanos resguardando los intereses públicos y de agentes ciudadanos defendiendo los derechos colectivos y difusos, al igual que de titulares de intereses meramente subjetivos que puedan resultar afectados con las decisiones de los trámites administrativos urbanísticos²⁹³⁶.

B. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL

2943. Con fundamento en los anteriores planteamientos, reconocemos que el ordenamiento del territorio se sustenta en los siguientes principios²⁹³⁷.

1. PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD

2944. La garantía constitucional de la propiedad²⁹³⁸, retomada históricamente en los contenidos normativos del clásico orden constitucional de estirpe liberal e individualista, protector de un orden subjetivo abstracto, indeterminado, libertario y absoluto, simplemente limitado por otros intereses subjetivos individualistas, en donde la intervención del legislador se circunscribía simple y llanamente a asegurarla y protegerla, coordinando el actuar de sus diferentes titulares – articulador de intereses subjetivos recíprocos– con miras a evitar colisiones e interferencias lesivas²⁹³⁹, tuvo en el devenir social y económico de la humanidad, y a favor de la comunidad, transformaciones sustanciales a partir de la configuración del orden normativo superior, fundador y sustentador del Estado Social de Derecho.

2945. Este nuevo orden revolucionó las viejas y abstractas estructuras absolutas de la garantía, en un instrumento material, concreto y objetivo de carácter social, volcado en torno a los derechos de la colectividad, esto es, sacrificado ahora en favor del interés público.

2946. No obstante las tendencias restauradoras de las viejas estructuras individualistas amparadas en las concepciones económicas neoliberales, la magnitud de ese nuevo orden de ideas y de cosas constitucionales se mantiene y consolida en la actualidad. El factor social constituye un elemento vinculante para la administración, que la torna en instrumento del Estado, atemperador de la presencia de esas novedosas ideas, las cuales sutilmente imponen al mercado y a sus volátiles reglas, las bases de la sociedad.

2947. El legislador, otrora pasivo en la estructuración de la garantía, adquiere funciones estelares de configuración reservada bajo la concepción clásica del propietario²⁹⁴⁰. La ley se ocupa ahora, dentro del nuevo marco garantístico de ascendencia social, de definir aspectos tales como las destinaciones y finalidades de los bienes y demás asuntos que le den prevalencia a la función pública y social de la propiedad; al interés general sobre el particular, y a hacer, bajo los senderos del Estado Social de Derecho, operantes los principios de solidaridad e igualdad, en dirección al cumplimiento de la aspiración social de la distribución equitativa de cargas y beneficios frente a los propietarios.

2948. En esa clara dirección ideológica podemos sostener, adicionalmente, que la garantía, en su configuración legal, y en su ordenación y concreción administrativa, conlleva un componente de orden e intervención económica, que implica, por lo tanto, entender que las decisiones legislativas y administrativas en torno a la propiedad implican la construcción de un orden socioeconómico clara y constitucionalmente determinado, en dirección a la satisfacción de los intereses de la comunidad, obviamente sin vulnerar el núcleo privado subsistente en la propiedad. Argumento que convencionalmente tiene sustento bajo la concepción del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos según el cual toda persona tiene derecho de usar y gozar sus bienes, pero subordinado al interés social, y a las exigencias que integradoramente se imponen en materia ambiental según el artículo 12 del Protocolo de San Salvador a la misma Convención.

2949. Lo anterior como resultado del reconocimiento histórico de la responsabilidad social del Estado y de su papel interventor en la economía en aras de consolidar la convivencia y el bienestar humano dentro de un orden social justo, y la aceptación de que definitivamente las condiciones y

exigencias socioeconómicas de la comunidad condicionan la vigencia de la garantía de la propiedad en el modelo constitucional del Estado Social de Derecho.

2950. En ese contexto, en su versión clásica la garantía constitucional de la propiedad sufrió una profunda ruptura en favor de lo colectivo y social, pasando a estructurarse como un concepto restringido, limitado y ordenado normativamente frente al propietario en aras del interés público y general. Por tanto, dentro del constitucionalismo social nos encontramos frente a una garantía determinada en aras de la consolidación de un sistema justo y equitativo en las relaciones entre propiedad y sociedad, en donde la labor estructuradora del legislador adquiere un papel estelar y determinante en cuanto condicionante normativo de las funciones ordenadoras de la administración para esos efectos.

2951. Sobre las bases constitucionales explicadas el legislador configura la garantía, y en ejercicio de las atribuciones y competencias legales la administración cumple el papel trascendente de ordenarla y concretarla. Así las cosas, se puede entonces sostener que la materialización real de la garantía depende de los términos y medidas que la ley concrete para que la administración solidifique sus propósitos sociales.

2952. Ahora bien, en desarrollo de la garantía constitucional de la propiedad, dentro del modelo de Estado Constitucional y Social de Derecho, el trabajo configurador del legislador y la operación propia de la actividad ordenadora de la administración no implican en manera alguna, ni resulta admisible que conlleven la consolidación de un Estado arbitrario, ni un modelo de administración desbordado en la ordenación de la propiedad.

2953. El trabajo legislativo en esa materia, y los desarrollos operativos ordenadores de la administración se ciñen de manera estricta a los postulados del derecho, la legalidad y, primordialmente, a la articulación de los derechos fundamentales, tanto del propietario como de la comunidad, bajo criterios de ponderación, proporcionalidad, igualdad y, sobre todo, interdicción a cualquier posibilidad de arbitrariedad. De no entenderse en ese sentido, sencillamente estaríamos ante la postulación del abuso del derecho y el reino de las vías de hecho, lesivas y desfigurantes, todas ellas, del concepto mismo de Estado de Derecho²⁹⁴¹, el cual reconocemos y admitimos sustancialmente como la base indiscutible del Estado social institucionalizado en el moderno constitucionalismo. Este también es un escenario que puede tipificar múltiples supuestos patológicos de responsabilidad desde la perspectiva del ejercicio excesivo, desproporcionado y abusivo de las competencias, facultades, funciones y deberes que constitucional, legal y reglamentariamente tienen asignadas las administraciones públicas y los sujetos privados que las ejercen.

2954. Como efecto directo de esa actividad ponderada y negativa de la arbitrariedad en la configuración y ordenación de la garantía de la propiedad, se deben reconocer los ámbitos de acción de los intereses estrictamente privados de los titulares de derechos de propiedad y los colectivos o titularidad general. Los primeros, orientados a la satisfacción del interés individual contienen, por tanto, además de la titularidad del derecho, los poderes y facultades en que se vierte la relación de pertenencia; los segundos, coincidentes con la función social y determinante del carácter comunitario y solidario de la propiedad.

2955. La construcción del sistema de la propiedad bajo el modelo del Estado Social de Derecho se hace precisamente sobre la base y en el entendido de su proyección social, concebiéndola en lo sustancial como una función social de la cual emanan multiplicidad de deberes y obligaciones de sus titulares frente a la comunidad, es decir, se entiende la propiedad en cuanto su vinculación con la sociedad y no ya sumida bajo contornos individualistas absolutos e inexplicables respecto de las

problemáticas económicas de la sociedad. Lo cual en materia urbanística adquiere especiales connotaciones²⁹⁴².

2956. Así las cosas, en el nuevo marco conceptual, la propiedad, subyacente y determinante del modelo, se caracteriza por subsistir bajo el contexto atemperador del orden constitucional de lo social. Por lo tanto, el concepto de función social de la propiedad se materializa ahora en el principio de la solidaridad que llama y proclama la ruptura de la desigualdad a partir de las acciones u omisiones individualistas sobre la propiedad, que puedan enriquecer a unos y empobrecer a otros.

2957. Por tanto, el concepto solidarista de la función social de la propiedad invita a que se entienda sujeta de manera permanente al contexto de la utilidad pública y al interés común por encima de razones subjetivas individualistas, esto es, constituyéndose en la columna vertebral de la garantía constitucional, en su piedra angular determinante de su alcance, lo que implica que comprenda entonces la cadena sistemática de facultades, deberes y obligaciones establecidos por la ley, para adecuarla a las necesidades comunales al igual que los valores, intereses y finalidades sociales que sus titulares deben cumplir como premisa de la atribución del correspondiente derecho y de su ejercicio.

2958. Es en esa perspectiva que el interés social y el interés individual, bajo el módulo de la función social, contribuyen a conferirle contenido, alcance y vincularidad al derecho de propiedad, el cual, entendido en el contexto de lo social, implica para sus titulares un régimen de coacción, y por lo tanto, la imposibilidad de realizar u omitir conductas impuestas por el derecho objetivo con miras a tutelar un interés social que trasciende al individuo. En tal caso la inobservancia de la conducta ordenada adquiere el cariz de incumplimiento y enfrenta al propietario a variadas sanciones, casi siempre inspiradas en la pérdida de legitimación social de su titularidad, la que puede llevar inclusive a su extinción²⁹⁴³.

2. EL PRINCIPIO DE INTERÉS GENERAL Y EL CONCEPTO DE PREVALENCIA DE ESTE SOBRE EL PARTICULAR

2959. Como consecuencia directa del carácter material del concepto del Estado de derecho, y en estrecha relación con el carácter social y económico del Estado, tenemos como presupuesto básico y determinante del ejercicio de los poderes públicos, en especial de la función administrativa, el llamado principio de la prevalencia del interés general. En cuanto concepto básico, su incorporación al ordenamiento jurídico corresponde a las mismas razones que justificaron históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular o nacional del poder, que considera como prevalentes los asuntos del frente común a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual, el cual no desaparece sino que debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que este sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema, lo cual implica que la garantía de la propiedad esté sujeta de manera irreversible a ese contexto doctrinal imperativo y determinante.

2960. En esa perspectiva, el principio se vincula directamente con las finalidades estatales y para su concreción debe acudir necesariamente a todos aquellos niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo torna un concepto abierto e indeterminado. Sin embargo, como se reconoce doctrinalmente, y en eso resulta fundamental para entender el papel ordenador de la administración, si bien se trata de un

concepto legislativamente indeterminado, puesto que el legislador cuenta con una gran libertad configurativa del contenido de la cláusula de la propiedad en cuanto opera directamente a partir de la Constitución, el poder ejecutivo, y en particular la administración pública, intervienen ya –como regla general– sobre la base de la concreción legislativa del interés general, luego la actividad de ordenación es esencialmente normativa, esto en aras de la seguridad jurídica que el tema amerita.

2961. Por esa razón consideramos que en nuestro medio resulta indistinto hablar de interés general, público o de la comunidad, pues igualmente encontramos sus propósitos en muchas de las expresiones que el constituyente emplea en el texto constitucional para referirse a las finalidades o compromisos teleológicos del Estado. Al fin y al cabo la prevalencia del interés general constituye el sendero para la satisfacción final de los propósitos que justifican la existencia del Estado, que no son otros que los de complacer a la comunidad.

2962. Bajo ese entendido, la garantía de la propiedad implica una sujeción permanente de los intereses subjetivos a los propósitos generales e intereses de la comunidad, de manera que cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social surja un conflicto entre los derechos de los particulares y la necesidad por ella reconocida, el interés privado debe ceder al interés público o social, esto como consecuencia inevitable de la sujeción de los poderes públicos y de los particulares al marco del interés general. De allí se concluye que el modelo del Estado Social de Derecho desarrolla una garantía constitucional de propiedad que reconoce que la intangibilidad de la propiedad, y de los demás derechos adquiridos con justo título, no es absoluta por cuanto el interés público puede desplazar el derecho privado, lo que deja ver su anotada relatividad. Con todo, la garantía se asocia igualmente con la necesidad de que el *statu quo* solo es modificable en virtud de una ley –no de otro acto– de las características mencionadas, y de que, en principio, el sacrificio del derecho o su supresión, debe suscitar el procedimiento expropiatorio y el pago de una previa indemnización²⁹⁴⁴.

3. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

2963. En ejercicio de las diferentes actividades que conforman la acción urbanística, las administraciones municipales, distritales y metropolitanas deben fomentar la concertación entre los intereses sociales, económicos y urbanísticos mediante la participación de los pobladores y sus organizaciones. Esta concertación tiene por objeto asegurar la eficacia de las políticas públicas respecto de las necesidades y aspiraciones de los diversos sectores de la vida económica y social relacionados con el ordenamiento del territorio municipal. La participación ciudadana se puede desarrollar mediante el derecho de petición, la celebración de audiencias públicas, el ejercicio de la acción de cumplimiento, la intervención en la formulación, discusión y ejecución de los planes de ordenamiento, y en los procesos de otorgamiento, modificación, suspensión o revocatoria de las licencias urbanísticas.

4. PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL URBANISMO

2964. En cuanto estructura jurídica vinculada indiscutiblemente a las actividades económicas del Estado, el derecho urbanístico se conserva sustancialmente como un derecho inmerso en la teoría y la práctica de la acción pública, esto es, de los agentes estatales para su efectiva realización. En desarrollo de ese principio se pretende ante todo lograr los siguientes objetivos: (1) posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al

uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios; (2) atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible; (3) propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural, y (4) mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales.

2965. La función pública del ordenamiento del territorio se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Las acciones urbanísticas deben estar contenidas o autorizadas en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que los desarrollen o complementen²⁹⁴⁵.

5. PRINCIPIO DEL CARÁCTER COLECTIVO DEL DERECHO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL BAJO CONSIDERACIONES DE RESPETO A LOS DERECHOS E INTERESES SUBJETIVOS

2966. La vocación del derecho urbanístico y territorial tiene, bajo la configuración del Estado Social de Derecho, una esencia colectiva, lo que no implica el desconocimiento de los derechos e intereses subjetivos. Este es un postulado básico ya que si bien la delimitación y regulación que se hace del derecho de propiedad implica el respeto de una doble función social y ambiental, la tutela efectiva de este como prerrogativa individual y, por tanto, la afirmación de los intereses subjetivos de todo individuo no quedan cuestionados. Simplemente se exige un proceso de armonización, de adecuación y de integración, más que de sujeción, sometimiento o restricción que era a lo que se apelaba bajo los esquemas propios al *ancien régime* del Estado de Derecho.

6. PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE LAS CARGAS Y BENEFICIOS EN EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y URBANÍSTICO

2967. Es determinante para el ordenamiento territorial y urbanístico lograr la materialización del principio de igualdad, es decir que las cargas que se imponen tienen una vocación redistributiva, esto es, que los usos y la ordenación deben procurar que los equipamientos, los desarrollos y su proyección respeten la calidad de vida de todos los individuos, no generen discriminaciones, barreras sociales o económicas, físicas o arquitectónicas, que limiten por ejemplo el acceso de individuos con discapacidades, o que impidan el ejercicio de una actividad productiva, o que representen la vulneración del derecho al ambiente sano, entre otras, por deformación del paisaje al permitirse el desarrollo desmedido y desproporcionado, como producto de una ordenación territorial y urbanística que niega dicha vocación redistributiva.

II. LA LIBERTAD ECONÓMICA Y SU RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL

2968. El urbanismo no se agota en el ejercicio de la función administrativa. Interactúa de manera natural e inevitable con la iniciativa privada y la libertad de empresa dentro de los marcos del bien común. En ese sentido, el modelo económico definido en la Constitución Política de 1991 le es

perfectamente compatible y aplicable, combinando en consecuencia los postulados del Estado social de derecho con los de la libertad de Empresa. El modelo se funda en una mixtura entre principios y normas de naturaleza absolutamente diversa, que deben ser articuladas en aras de la convivencia pacífica de todos los asociados, con los efectos e incidencias que este ejercicio tiene para la integración de un régimen jurídico armónico y coherente, en todos los aspectos de la vida nacional, en especial en los relativos a la actividad de empresarios y privados en el cumplimiento de propósitos y finalidades propios de la actividad urbanística, en cuanto que la idea general de libertad económica entraña las de libertad de empresa, iniciativa privada, libertad de mercado, libre iniciativa económica privada, libertad de iniciativa económica, etc.

2969. La libertad económica, como su postulación doctrinal y Constitucional lo destaca, es un concepto ligado de manera vertebral al marco y contenido económico supremo del ordenamiento jurídico, por lo tanto, vinculado a la dinámica misma de la economía en la sociedad y a sus preceptos determinantes como son el mercado y la competencia²⁹⁴⁶, ideas, por lo demás, extra jurídicas, que implican altos grados de discrecionalidad técnica para su reconducción al ámbito del derecho propiamente dicho, lo que hace del concepto en sí mismo un ámbito de dificultades permanentes para el intérprete, lo cual no resta de manera alguna su carácter de pilar fundamental del orden constitucional y fuente de derechos subjetivos vinculante y garantizado por el Estado en aras del orden político y la paz social²⁹⁴⁷.

2970. El modelo constitucional de libertad económica sustenta y soporta el reconocimiento de un claro e inequívoco derecho de carácter subjetivo que, no obstante caracterizarse por poseer un núcleo esencial aparentemente intangible, surte efectos plenos en cabeza de sus titulares, quienes pueden reclamar en todo momento y hora, mediante los procedimientos judiciales o administrativos correspondientes, que se les garantice el mismo y que además les proteja de las agresiones o desconocimientos por parte de cualquier actor dentro del tráfico jurídico²⁹⁴⁸.

2971. Sin embargo, el mencionado modelo constitucional de libertad económica y el consecuente reconocimiento de los derechos subjetivos que hemos destacado, no son absolutos. Dicha libertad no es incompatible con el ejercicio de los poderes públicos interventores, no solo policivos sino también regulatorios, en procura de su adecuación a los cauces del interés público y general, hipótesis que se funda incluso en los mismos trabajos conceptuales de sus predicadores supremos dentro de las construcciones teóricas neoliberales²⁹⁴⁹, debiéndose respetar en todo caso su núcleo esencial, que si bien es cierto lo hemos entendido como aparentemente intangible, de todas maneras concentra la idea rectora de la subsistencia de la libertad, luego por vía de la intervención no se puede llegar a suprimirla, o materialmente desaparecerla²⁹⁵⁰.

2972. En tratándose del ordenamiento jurídico, el artículo 333 de la Constitución Política²⁹⁵¹ define un modelo económico para la sociedad colombiana fundado en los principios de libertad y de iniciativa económica privada²⁹⁵² dentro del mercado como motores vitales para el desarrollo y el progreso de la comunidad²⁹⁵³, reprochando en consecuencia modelos e ideologías económicas que desconozcan las bondades de la libertad individual y de las fuerzas transformadoras de la competencia en el mercado, tanto así, que la disposición eleva a la categoría de derecho subjetivo de los colombianos y de las personas residentes en el territorio nacional el de la “[...] libre competencia económica con responsabilidades [...]”. Aspecto que claramente destaca la Corte Constitucional, cuando al ocuparse del tema identifica la trascendencia que en el derecho nacional tiene el carácter de derecho individual de la libre competencia y las consecuentes responsabilidades para la organización política²⁹⁵⁴.

2973. En ese sentido, se espera que la libertad económica²⁹⁵⁵, que incluye la iniciativa y la competencia, genere condiciones para que de su dinámica surjan las respuestas a las necesidades públicas, entre las cuales inevitablemente está atender los servicios públicos²⁹⁵⁶. En la medida en que las fuerzas del mercado conduzcan a mejores ofrecimientos, el beneficiado no puede ser otro que el usuario o consumidor final²⁹⁵⁷.

III. SUJECIÓN AL CONCEPTO Y REGLAS DE LA PLANEACIÓN URBANA Y TERRITORIAL

2974. El derecho urbanístico gira en torno a los contenidos del plan de ordenamiento territorial; así las cosas, el plan se torna el elemento central de nuestro derecho urbanístico²⁹⁵⁸, básicamente, como lo hemos visto, en lo local. Constituye a todas luces el complemento ideal de una legislación general y abstracta en asuntos urbanísticos, para el caso colombiano de la contenida en las leyes 9.^a de 1989 y 388 de 1997. El legislador ha depositado en el plan, para ser desarrollada por las autoridades locales, la más amplia y variada gama de atribuciones tendientes a establecer regulaciones y expedir normas en materia urbanística que se caracterizan por su concreción, especialidad e individualización de la materia, que hacen que este conjunto normativo, sin perder su carácter de reglamento, no pueda asimilarse a un simple conjunto normativo ordinario general y abstracto, como tradicionalmente se entiende al reglamento en los ordenamientos jurídicos²⁹⁵⁹.

2975. Someter el plan a un tratamiento conceptual clásico dentro de la categorización de reglamentos impediría cumplir los propósitos y finalidades esperados de un plan normativo urbanístico, cual es referirse en concreto al problema urbano adoptando soluciones dentro del amplio esquema de posibilidades y alternativas recomendadas para tratar los conflictos territoriales y urbanos. Si bien es cierto, por su naturaleza el plan constituye un claro ejemplo de reglamento, sin perder su papel estelar en la defensa y protección del interés general, difiere sustancialmente de los reglamentos tradicionales o clásicos en el carácter especial y específico de sus disposiciones, que no obstante su vigencia genérica para la comunidad determinan condiciones directas y limitativas de derechos como el de propiedad, constitutivas de obligaciones y deberes, llegando incluso a prefijar el contenido mismo del concepto de propiedad²⁹⁶⁰.

2976. Una simple aproximación a la ley de ordenamiento territorial nos permite visualizar la magnitud de los asuntos que en concreto deben estar tratados en el plan y de paso la enorme discrecionalidad de que las autoridades locales son investidas en cuanto a lo genérico de las materias asignadas. Un simple repaso a los instrumentos de acción urbanística definidos en el artículo 8.^o de la Ley 388 de 1997 permite concluir que el contenido del plan estaría dado por materias significativas para el interés general municipal²⁹⁶¹.

2977. Por otra parte, en su elaboración se deben respetar claras normas de carácter superior, lo que condiciona inevitablemente a las autoridades locales al momento de definir su contenido. Es decir, existe un principio de determinación legal para la elaboración de la norma local o propiamente del reglamento urbanístico local, que hace imposible su estructuración sobre la idea de libertad absoluta de la autoridad local. La vinculación por lo tanto entre las decisiones adoptadas en el plan y el ordenamiento superior es ostensible, clara y vinculante²⁹⁶².

2978. En conclusión, si bien es cierto que el plan local corresponde en cuanto a su elaboración a una instancia inferior a la ley, su contenido prácticamente está definido por el legislador, no con carácter reglado sino más bien discrecional, dejando a las autoridades márgenes interesantes para su concreción

teniendo como base la realidad local, pero de todas maneras obligándolas al respeto profundo de todo el orden jurídico superior, esto es, cerrando cualquier puerta a la arbitrariedad.

IV. SUJECIÓN A LA DECISIÓN UNILATERAL DE LA AUTORIDAD URBANÍSTICA PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y SUBJETIVOS. LA LICENCIA URBANÍSTICA

2979. La licencia determina el marco para la efectiva y adecuada ejecución de la actividad o el derecho. El acto administrativo de autorización o licencia es un acto inagotable frente al objeto autorizado. En realidad se convierte en una norma jurídica inherente a dicho objeto y lo acompaña por el tiempo que el mismo subsista en el tráfico jurídico. La doctrina tradicional y clásica del derecho urbanístico ha retomado y aplicado de manera directa los conceptos de autorización, licencia, y limitaciones a las actividades y derechos urbanísticos y territoriales como elementos centrales de la disciplina, tanto así, que ha tipificado como uno de sus principios básicos, el del sometimiento de todas las actividades que impliquen un uso artificial del suelo y otros bienes vinculados con el urbanismo al control previo, cuya finalidad es comprobar la conformidad de las mismas con las normas en cada caso aplicables, control de competencia administrativa que se resuelve en el otorgamiento o negativa de una licencia o autorización urbanística al interesado²⁹⁶³.

2980. En consecuencia, se ha entendido por licencia de esa naturaleza aquel acto administrativo de autorización favorable de la administración con el que se remueven los obstáculos o limitaciones impuestas normativamente para el ejercicio de un derecho vinculado con el urbanismo. Derecho del cual ya era titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio no pone en peligro el interés protegido en la norma y de que cumple plenamente con las condiciones establecidas en el ordenamiento urbanístico. Para el caso del derecho de propiedad se permite que determinados sujetos puedan ejercitar el derecho a edificar que se entiende íncito en el mismo, con sujeción a los parámetros de las normas generales urbanísticas y territoriales, en especial en los planes correspondientes. Al otorgar la licencia urbanística la administración no confiere derecho alguno, simplemente controla si el acto solicitado se ajusta al ordenamiento jurídico.

2981. De acuerdo con los sustentos doctrinales expuestos a propósito de la teoría de las restricciones normativas, como sustrato de las autorizaciones, se entiende que las licencias urbanísticas se enmarcan en la categoría de las limitaciones administrativas de derechos y demás actuaciones de los particulares-administrados, establecidas en las normas urbanísticas generales, ley, reglamento, plan. En consecuencia, la decisión en ellas contenida no es otra cosa que una aplicación de técnica autorizatoria, que supone la remoción de una prohibición normativa al ejercicio de un derecho subjetivo, impuesta por la necesidad de verificar, de manera previa, si dicho ejercicio se atiene a los límites que configuran el propio derecho o actuación según la ordenación urbanística. En tratándose del derecho de propiedad, se incide, por lo tanto, sobre su ejercicio en el componente de edificabilidad, respecto del uso del suelo y precisamente no sobre el contenido del derecho en sí.

2982. En ese sentido, se considera que se trata de una simple autorización, la cual refleja solo un ejercicio de subsunción del proyecto urbanístico correspondiente con la legalidad urbanística aplicable en el territorio municipal. Lo anterior, sin valoraciones o consideraciones subjetivas de ninguna índole, lo que hace que la actuación de la administración esté dominada por un método objetivo y esencialmente reglado, excepcionalmente, en los precisos eventos señalados por el legislador lo cual podría hacer que se concibiera como discrecional o producto de valoración en cuanto sujeta a

conceptos jurídicos indeterminados. De todas maneras, debemos destacar que la doctrina encuentra en las licencias urbanísticas una arraigada y profunda regla general de que su otorgamiento es reglado en la medida en que están en juego el ejercicio de derechos como el de propiedad²⁹⁶⁴.

2983. Generalmente la doctrina acude a los anteriores elementos para caracterizar el fenómeno licenciatario. Al analizar el concepto jurídico de licencia urbanística el profesor Ramón Parada retoma los anteriores elementos objetivos y formales del concepto de licencia urbanística y los expone siguiendo sus parámetros clásicos, como lo hace la generalidad de ese sector doctrinal, reiterando que se trata de un fenómeno autorizatorio tendiente a la remoción de las limitaciones que las normas superiores imponen a los derechos y actividades relacionadas con el urbanismo²⁹⁶⁵.

2984. Parada agrega en su estudio que, de conformidad con el derecho español, y en esto es coincidente con la mayoría de la doctrina especializada en el tema, la licencia urbanística se caracteriza igualmente, por reglada, real y autorizatoria puntual. Lo primero, en cuanto que simplemente se trata de un fenómeno de confrontación de la norma con el proyecto respectivo con el fin de verificar su coincidencia y levantar las prohibiciones que correspondan²⁹⁶⁶; lo segundo, esto es, real en la medida en que atiende exclusivamente el objeto sobre el que recae²⁹⁶⁷, y autorizatoria puntual, en cuanto no es una típica autorización operativa que crea una relación más o menos estable y duradera entre la administración y la actividad autorizada. Para ese sector doctrinal la licencia de obras es una autorización puntual, frente a cada proyecto, que se agota una vez realizada la actividad edificatoria. Esa característica resulta relativa cuando se refiere a otros ordenamientos como el colombiano, en el cual la licencia acompaña prácticamente durante toda su vida la obra u actividad urbanística correspondiente, creando el legislador en algunos casos, efectos jurídicos frente a su desconocimiento como norma permanente. Por lo tanto, se trata de una afirmación válida exclusivamente para el régimen positivo dentro del cual se predica, como lo es, insisto, el español.

2985. Luciano Parejo Alfonso determina el alcance del concepto básico de licencia urbanística a partir de los poderes de intervención de la administración para su expedición, fundándolos precisamente en la existencia de limitaciones normativas que deben ser objeto de verificación previa por las autoridades con el fin de permitir la realización de actos relativos a la edificación y el uso del suelo. Bajo esa especial circunstancia se llega a la conclusión de que la licencia es una clásica medida de intervención administrativa en la actividad de edificación y uso del suelo, en cuanto excluye para esa actividad el régimen de libre ejercicio, reconduciéndose por lo tanto la actividad de la administración por los senderos de la técnica de la autorización²⁹⁶⁸, con la cual no se reconocen propiamente derechos, sino que, por el contrario, se hace viable su ejercicio²⁹⁶⁹.

2986. Desde la perspectiva del principio de legalidad, la licencia urbanística constituye un fenómeno de subsunción clara y evidente de la realidad fáctica representada por el proyecto correspondiente con el ámbito de las normas territoriales y urbanas.

... Ésta ha de otorgarse de acuerdo con las previsiones de la propia Ley, de los Planes de Ordenación y Programas de Actuación Urbanística y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, es decir, de la ordenación urbanística, precisándose que toda denegación de licencia debe ser motivada....²⁹⁷⁰.

CAPÍTULO CUARTO

*Incentivos y beneficios fiscales para la inversión ambiental. Herramientas para la complementación de la protección del ambiente en el derecho colombiano. Sanciones administrativas**

INTRODUCCIÓN. CONSTITUCIÓN VERDE Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO

2987. Los incentivos y beneficios fiscales son instrumentos económicos destinados a la protección del ambiente, y que responden a la configuración convencional y al modelo constitucional ecológico colombiano. Se pueden traducir en incentivos propiamente dichos, esto es, medidas para la inversión, fomento y desarrollo de actividades, acciones o desarrollos con los que se busca la mejora, el control y la adaptación de nuevas tecnologías para la protección del ambiente, todo dentro del concepto de gestión ambiental. En tanto que los beneficios fiscales son instrumentos de carácter tributario que tienen por objetivo reconocer todas aquellas acciones de los agentes económicos destinadas a la mejora y control ambiental, o a la reducción de los factores contaminantes.

2988. Estas dos herramientas son una clara manifestación de un modelo en el que la gestión ambiental, el respeto a la función ecológica de la libertad económica y de empresa (ponderadas y articuladas de acuerdo con la protección del ambiente), y la intervención modulada del Estado, operan y se encaminan a la realización de prácticas ambientales cada vez más sostenibles, en las que se propicia una participación más activa de los agentes económicos con inversiones, o aportes desde su actividad para la mejora continua y la aplicación de las más eficaces tecnologías disponibles.

2989. Se trata, sin lugar a dudas, de afirmar la eficiencia, reducir la excesiva burocratización de las herramientas de protección del ambiente, y permitir que el Estado Social y Derecho se concrete a partir de una participación más activa de los agentes económicos en dicha protección, como se deriva de los principios convencionales ambientales, y del espíritu de la configuración constitucional ecológica de Colombia a partir de 1991.

2990. La protección del ambiente en la Constitución Política de Colombia de 1991 representa la consolidación de todo un sistema jurídico de protección²⁹⁷¹ que previo a esta ya se venía aplicando, teniendo como premisa básica por un lado que el Estado puede crear instrumentos económicos como los incentivos y estímulos económicos²⁹⁷² “para fomentar programas e iniciativas encaminadas a la protección del medio ambiente” (art. 7.º de la Ley 23 de 1973), y por otro que la preservación y manejo del ambiente es deber radicado tanto en cabeza del Estado, como de los sujetos privados, considerándose que los bienes comprendidos dentro del ambiente, así como los recursos naturales renovables son de utilidad pública e interés social, tal como se desprende del Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974^[2973] (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables).

2991. Bajo ese postulado del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables (Dcto. 2811 de 1974), se consagran como herramientas para el desarrollo de la política ambiental los *incentivos y estímulos económicos* (art. 13), diseñados para el fomento de la conservación, mejoramiento y restauración del ambiente y de los recursos naturales renovables en Colombia.

2992. Una primera modulación en el mencionado código de tales incentivos y estímulos consiste en su destinación para que las empresas realicen exploraciones en las áreas donde existen los recursos naturales renovables (art. 45, lit. a, inc. 3).

2993. Una segunda modulación comprende aquellos incentivos y modalidades de créditos que se establecen para actividades o procesos de reforestación, o de explotación de plantaciones forestales industriales, siempre que se cuente con concesión o permiso de aprovechamiento (art. 233). Para el caso del establecimiento de plantaciones forestales industriales, la solicitud de incentivos queda sujeta a la existencia de una asistencia técnica idónea (art. 236).

2994. Una tercera modulación incluye incentivos para las actividades pesqueras, que pueden consistir en (1) la exención de los derechos de exportación en los siguientes supuestos: “1.

Embarcaciones, artes, redes, equipos electrónicos y de navegación, envases y empaques para la explotación; 2. Enseres de refrigeración destinados al transporte, conservación y almacenamiento de los productos de la pesca; 3. Maquinaria, equipos de laboratorio y demás elementos necesarios para la investigación y la industria pesquera”; (2) la exención “del pago de los derechos por servicios de ayuda a la navegación, faros, boyas y de muelle en todos los puertos del país”; (3) la “creación de escuelas de pesquería que tendrán a su cargo de métodos de pesca, navegación, preparación de motores y aparejos, conservación de productos, y en general, todo lo relacionado con el mejor conocimiento, explotación o industrialización de la pesca”, o (4) la organización de la asistencia técnica que debe prestar la industria pesquera (art. 288).

2995. La fijación de los incentivos y estímulos para la protección del ambiente²⁹⁷⁴, como se señaló anteriormente, no es extraña en el ordenamiento jurídico colombiano anterior a la Constitución de 1991. Con la entrada en vigencia de la Carta Política, dicha protección se concibió bajo ciertos presupuestos esenciales: (1) la protección de las riquezas naturales de la Nación es una obligación en cabeza del Estado y de toda persona (art. 8.º); (2) se afirma la existencia de un servicio público de saneamiento ambiental (art. 49); (3) a la propiedad le es inherente una función ecológica (art. 58, inc. 3.º, modificado por el art. 1.º del Acto Legislativo 01 de 1999); (4) se reconoce el derecho de toda persona al goce del ambiente sano, lo que implica que la comunidad pueda participar en todas las decisiones que la afecten, siendo deber positivo del Estado “proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines” (art. 79); (5) para garantizar el desarrollo sostenible, la conservación, la restauración y sustitución de los recursos naturales el Estado tiene el deber positivo de planificar su manejo y aprovechamiento, así como prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, bien sea imponiendo sanciones, o bien exigiendo la reparación de los daños ambientales y ecológicos (art. 80); (5) la interpretación del derecho al ambiente sano se hace teniendo en cuenta los principios y normas convencionales exigibles (arts. 93 inc. 2, y 94); (6) la actividad económica y la iniciativa privada deben respetar la función ecológica que les es inherente (art. 333 inc. final); (7) *sustancial para definición de los incentivos y estímulos fiscales (o económicos) es la afirmación de la intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales y del suelo para lograr la preservación del ambiente sano (art. 334 inc. 1)*, y (8) dentro de las finalidades sociales del Estado se incluye el saneamiento ambiental para procurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida (art. 366 inc. 1).

2996. Con la expedición de la Ley 99 del 22 de diciembre de 1993 (con la que se creó el Ministerio de Medio Ambiente, se reordenó el sector público para la gestión y conservación del ambiente y los recursos naturales renovables, y se organizó el sistema nacional ambiental –SINA–) se fijaron otros elementos necesarios para la configuración de los incentivos y beneficios fiscales, tal como se viene estudiando: (1) dentro de los principios generales ambientales se establece que el Estado debe fomentar el uso de instrumentos económicos para prevenir, corregir y restaurar en aquellos eventos en los que se produzca el deterioro ambiental, o para la conservación de los recursos naturales renovables (art. 1.º, num. 7); (2) como función del Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) se consagra que debe evaluar los alcances y efectos económicos de los factores ambientales, así como su incorporación al valor de mercado de bienes y servicios, y el impacto de estos sobre el desarrollo de la economía nacional y el sector externo (art. 5.º num. 8), y (3) al Presidente de la República se le confiere la facultad de establecer “un régimen de incentivos, que incluya incentivos económicos, para el adecuado uso y aprovechamiento del medio ambiente y de los recursos naturales

renovables y para la recuperación y conservación de ecosistemas por parte de propietarios privados” (art. 116).

2997. Como se puede ver, tanto en la normativa pre-constitucional, como en la Carta Política y en la legislación posterior es clara la existencia y el reconocimiento de los incentivos y beneficios fiscales como herramientas para la protección del ambiente, por lo que es necesario iniciar su estudio a partir de su base convencional, para luego, abordar la delimitación de las herramientas en las que se concretan los mismos.

I. DETERMINACIÓN DE LA BASE CONVENCIONAL DE LOS INCENTIVOS Y BENEFICIOS FISCALES PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE

2998. La convencionalidad como concepto amplio, omnicompreensivo e integrador de todo sistema jurídico involucra, por su configuración, un elemento amplificador del ordenamiento jurídico vigente en cada Estado (afirmación que a finales del siglo XIX se podía desprender de las reflexiones de Martens²⁹⁷⁵), no solo acudiendo al criterio de pertenencia a la comunidad internacional, ni por la sujeción a los tratados, convenciones e instrumentos jurídicos internacionales vinculantes, sino por ser de la esencia de los principios vertebradores del sistema jurídico universal respetar los valores, principios, derechos, libertades, garantías, deberes y obligaciones que son imprescindibles e inescindibles a todo sistema democrático.

2999. Planteada en los anteriores términos, puede afirmarse que la convencionalidad es una estructura sustancial y material que existe en el derecho, nutrida por valores uniformes, pero no ideales; de principios irrenunciables, pero no absolutos; de derechos cuya protección no se restringe a un solo ordenamiento, pero que no implica el desconocimiento de las singularidades, características, y especificidades de cada sociedad; de garantías que operan de manera directa, pero sin eliminar aquellas de todo orden interno; de deberes y obligaciones que imponen como elemento sustancial el respeto de la buena fe objetiva (a partir de la afirmación del principio *pacta sunt servanda*), sin renunciar a la autonomía, autodeterminación y soberanía de cada Estado.

3000. La convencionalidad, pues, como herramienta de todo sistema jurídico moderno, procura que los ordenamientos jurídicos se entiendan como un todo integrado, complementario y armónico, excluyendo cualquier lectura dualista; y más que una consecuencia de lo pactado, por convencionalidad se entiende de manera principal un claro derecho internacional de carácter consuetudinario surgido de las relaciones propias de la existencia de las naciones mismas y de su convivencia, así como del reconocimiento al valor supremo que representamos los seres humanos independientemente del contexto nacional al que por accidente nos corresponda pertenecer. La persona en sí misma no es solo una responsabilidad y compromiso directo de los Estados, es un interés general y supremo de la humanidad. Precisamente, la convencionalidad permite establecer criterios mínimos e igualitarios de tratamiento y respeto a nivel universal, y derivar de la lectura las fuerzas conformadoras de toda la humanidad, Estado y derecho, el fin último de la convencionalidad que no es otro que procurar la realización de la comunidad humana²⁹⁷⁶ a partir de la idea de la concepción universal del sistema jurídico²⁹⁷⁷.

3001. *Delimitada la convencionalidad* con base en los anteriores argumentos, podemos afirmar que existe también en materia ambiental, determinada tanto por principios vertebradores (reconocidos como de *ius cogens*), como por normas (tratados, convenios, convenciones) en las que se consagran ciertos presupuestos para el establecimiento de incentivos y beneficios fiscales para la protección del

ambiente: (1) desde los años setenta se impulsó en los Estados industrializados la incorporación de políticas ambientales, en las que quedaron comprendidos instrumentos económicos para la gestión ambiental, que debían complementarse con las herramientas tradicionales de regulación; (2) desde finales de los años sesenta y hasta los años setenta los instrumentos económicos implementados fueron los denominados fondos de indemnización, especialmente aquellos relacionados con la contaminación del mar por hidrocarburos²⁹⁷⁸; (3) en la Carta de la Naturaleza (Resolución 37/7, del 28 de octubre de 1982, de la Asamblea General de las Naciones Unidas), se vino a comprender la necesidad de asegurar “la disponibilidad de los medios financieros” para el logro de los objetivos de conservación de la naturaleza (num. 17); (4) el Convenio de Basilea sobre control de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación del 22 de marzo de 1989 (incorporado por la Ley 253 del 9 de enero de 1996); (5) el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (incorporado por la Ley 30 del 5 de marzo de 1990); (6) en el Protocolo de Montreal de 1990 (incorporado por la Ley 29 de 1992), relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, se dio continuidad a la herramienta de los fondos, como instrumento económico, creando el Fondo Multilateral para proporcionar cooperación financiera y técnica, así como transferencia técnica (dicho protocolo fue objeto de la Enmienda de Copenhague del 25 de noviembre de 1992, incorporado al sistema legal colombiano mediante la Ley 306 del 5 de agosto de 1996, así como por aquella de Beijing del 3 de diciembre de 1999, incorporada también por la Ley 960 del 28 de junio de 2005); (7) la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, de las Naciones Unidas del 14 de junio de 1992, en su principio 16 establece que las autoridades nacionales de todos los Estados están obligadas a fomentar el uso de instrumentos económicos, pero ligando los mismos a la materialización del principio quien contamina, paga, y exigiendo que se debe tener en cuenta tanto el interés público, como el hecho de no distorsionar ni el comercio ni las inversiones internacionales; (8) el Convenio sobre la diversidad biológica (incorporado mediante la Ley 165 del 9 de noviembre de 1994), y (9) el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas (incorporada por la Ley 164 del 27 de octubre de 1994) sobre el cambio climático (del 11 de diciembre de 1997, el cual fue incorporado por la Ley 629 del 27 de diciembre de 2000), introduce como incentivo económico para la protección del ambiente el denominado “mecanismo de desarrollo limpio” (art. 12), cuyo propósito es aportar al cumplimiento tanto del desarrollo sostenible como de los “compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones”, entre otros (1) el desarrollo de proyectos cuyo resultado debe ser la reducción certificada de emisiones, y (2) ayudar a organizar la financiación de actividades de proyectos certificadas.

3002. En el informe *Evaluación de los Ecosistemas del Milenio* (2005) se considera que la “degradación de los servicios de los ecosistemas supone la pérdida de bienes capital. Los recursos renovables, como los servicios de los ecosistemas, y también los recursos no renovables, como los depósitos minerales, algunos nutrientes del suelo y los combustibles fósiles, constituyen bienes de capital”²⁹⁷⁹. Precisamente, en el mismo informe se señala que

... a pesar de que en algunos casos se podría justificar la degradación de algunos servicios porque produce un beneficio mayor en otros servicios, la mayor degradación de los servicios de los ecosistemas que muchas veces tiene lugar no es de interés para la sociedad, porque muchos de los servicios degradados son ‘bienes públicos’. A pesar del beneficio que obtiene la población de los servicios de los ecosistemas, como la regulación del aire y la calidad del agua, o la presencia de un paisaje estéticamente agradable, no existe un mercado para estos servicios y nadie tiene un incentivo para pagar a fin de mantener esos bienes²⁹⁸⁰.

3003. De las anteriores normas convencionales ambientales surge un mandato claro de configuración para los instrumentos económicos de protección del ambiente, en especial aquellos que procuran la armonización con las herramientas vinculantes de protección del ambiente, y en el marco de un concepto que universalmente se exige como es el de *gestión ambiental*.

II. APROXIMACIÓN A LOS INCENTIVOS Y BENEFICIOS FISCALES COMO INSTRUMENTOS ECONÓMICOS DE PROTECCIÓN DEL AMBIENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

3004. En el ordenamiento jurídico colombiano los incentivos y beneficios fiscales, como instrumentos económicos destinados a la protección del ambiente, conforman una de las alternativas a los mecanismos de regulación²⁹⁸¹, ya que procuran que los agentes económicos, productivos o industriales modifiquen sus comportamientos bien sea incorporando nuevas tecnologías, reduciendo la carga contaminante, disminuyendo la presión sobre la extracción de materia prima, o transformando los residuos de sus procesos en material que puede reincorporarse a los procesos industriales y a la cadena de consumo nuevamente.

3005. Los incentivos y beneficios fiscales permiten la aplicación del principio de precaución al promover la anticipación de los riesgos ambientales derivados de las actividades en las que se explotan, usan, aprovechan o impactan los bienes ambientales, los recursos naturales, los ecosistemas, la biodiversidad y la naturaleza, mediante la aplicación de dos cláusulas: (1) la mejora continua en los procesos, actividades y desarrollos económicos, productivos o industriales, y (2) la prevalencia de la mejores técnicas disponibles para los mismos.

3006. Se trata de instrumentos que se incardinan en el concepto de *gestión ambiental* que cabe fomentar en todo agente económico, y que responde a la necesidad de la operatividad de un sistema dual, esto es, *regulatorio-represivo*, con aquel de *fomento-autorregulación*, en procura de la eficacia de la protección del ambiente. En ese sentido los incentivos y beneficios fiscales se distinguen de las sanciones, dado que estas últimas se encuadran como típicas herramientas de represión y de concreción del principio *quien contamina, paga*.

3007. En Colombia no existe una modalidad de conversión de la sanción en incentivo, ya que desde la Ley 23 de 1973, el Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables), el artículo 80 de la Constitución Política de 1991, y las leyes 99 de 1993 y 1333 de 1999, la facultad sancionadora tiene una vocación represiva, propia del *ius puniendi*, en tanto que la determinación de los incentivos está marcada por el ejercicio de la facultad de fomento en cabeza del Estado, y que permite armonizar el desarrollo económico y la protección del ambiente en los términos de los artículos 333 y 334 de la Constitución, así como el artículo 3.º de la Ley 99 de 1993, esto es, como afirmación del cumplimiento del principio del desarrollo sostenible.

3008. La configuración de los incentivos y beneficios para la inversión ambiental en Colombia tiene como sustento las siguientes políticas: (a) forestal; (b) de cuencas hidrográficas; (c) de emisiones atmosféricas, y (d) de producción más limpia.

III. INCENTIVOS Y BENEFICIOS FISCALES EN EL DERECHO COLOMBIANO COMO INSTRUMENTOS ECONÓMICOS PARA LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE

3009. En el ordenamiento jurídico colombiano, como se expuso al inicio de esta investigación, la existencia, el reconocimiento y la aplicación de instrumentos económicos para la protección del ambiente se concreta en las siguientes modalidades de incentivos y beneficios fiscales: (1) impuestos ambientales, (2) subsidios ambientales; (3) incentivos en materia forestal; (4) incentivos y beneficios fiscales para la producción más limpia; (5) incentivos y beneficios fiscales a la reforestación (que comprende (a) deducciones, (b) exenciones tributarias, (c) créditos, y (d) el certificado de incentivo forestal); (6) incentivos y beneficios fiscales en materia de contaminación atmosférica; (7) herramientas de inversión para el control ambiental; (8) tasas ambientales; (9) transferencias, y (10) inversión forzosa en materia hídrica.

3010. *Pago por servicios ambientales*. Se establece como obligación del Ministerio de Ambiente la elaboración de una estrategia de pago por servicios ambientales (Ley 1151 de 2007). El Ministerio expidió la Estrategia en 2008 y en 2013 el Decreto 953 para establecerla como obligación para los municipios con el fin de que paguen a los propietarios de predios ribereños de cuencas que surten a acueductos municipales.

3011. En cuanto a los impuestos ambientales se puede afirmar que tienen como vocación la internalización de los costos ambientales derivados del uso de los recursos naturales renovables o del ambiente. Así mismo, se imponen por razón de la actividad contaminante, y permiten monetizar el valor de contaminar, pero no así el contenido económico de los recursos naturales renovables, o del ambiente²⁹⁸².

3012. A su vez, los subsidios ambientales se constituyen en ayudas o beneficios económicos suministrados por el Estado y con destino a todos, algunos o a ciertos agentes económicos y productivos, y cuyo propósito es la reducción de los fenómenos contaminantes por medio de la realización de proyectos, actividades y acciones dirigidas al mismo.

3013. Los incentivos tributarios a la reforestación²⁹⁸³, como desarrollo del Plan Nacional de Desarrollo Forestal (2000^[2984]), permitieron introducir diferentes modalidades: (a) deducciones, (b) exenciones tributarias, (c) créditos, y (d) el certificado de incentivo forestal. Se trata de herramientas que se concretaron después de un proceso histórico en el que emergieron diferentes instrumentos económicos: (1) en 1976 el Plan Indicativo de la industria de pulpa, papel y carbón; (2) la exención del impuesto de renta presuntiva sobre el patrimonio cuando se desarrollaban actividades de reforestación (Dcto. 2247 de 1971); (3) la exención de la renta presuntiva a los cultivos de tardío rendimiento, que incluía a las plantaciones forestales, y la creación del Fondo Financiero Agropecuario con el que se procuraba el otorgamiento de líneas de crédito subsidiado para la reforestación (Leyes 4.^a y 5.^a de 1973); (4) el descuento tributario de hasta el 20% para las inversiones destinadas a la reforestación (Dcto. 2053 de 1974); (5) la implementación del Plan de Acción Forestal para Colombia –PAFC–, cuyo eje radicaba en el manejo, conservación y recuperación de los ecosistemas forestales y el impulso a los estímulos fiscales; (6) la Ley 139 de 1994 que creó el *certificado de incentivo forestal*, concebido bajo los siguientes presupuestos: (a) un aporte o contribución para el cubrimiento de los costos de establecimiento y manejo, equivalente al monto de las deducciones y exenciones tributarias, y cuya destinación se consagró para la inversión privada en nuevas plantaciones forestales; (b) cobertura a los actores económicos potenciales que no accedían al incentivo tributario; (c) puede comprender entre el 8 y el 10% de los costos de producción forestal; (d) el aporte o contribución de los costos de establecimiento para primer año puede alcanzar el 75% cuando se trata de especies nativas, y el 50% cuando son especies introducidas, otorgándose hasta el quinto año para su mantenimiento; (e) se concede solo cuando se encuentre establecida la plantación; (f) da cobertura al 75% de todos los costos

en los que se incurra dentro de los cinco años que correspondan al mantenimiento de áreas de bosque natural comprendidas en planes de establecimiento y manejo forestal; (f) su objetivo principal fue el incentivo de las plantaciones protectoras/productoras en suelos con capacidad forestal; (g) promueve el reconocimiento de las externalidades positivas que derivadas de la actividad forestal permiten la generación de servicios ambientales tales como la conservación de cuencas hidrográficas, recuperación de suelos, conservación de especies, etc.; (h) se trata de un instrumento económico destinado para el mejoramiento de las condiciones de la oferta maderera en Colombia; (i) como dificultades para su aplicación se formula que: – no ha logrado el impacto esperado, convirtiéndose en una herramienta a la que difícilmente los campesinos y los pequeños reforestadores no pueden acceder, especialmente por los elevados costos de transacción; – ha llevado al reconocimiento de un valor bajo del costo de reforestar; – existe una ausencia de gestión institucional; – hacen falta políticas a desarrollar, y – ha producido una débil e insuficiente reducción y eliminación de los incentivos a la conversión de los bosques para otros usos, su manejo sostenible y las adecuadas condiciones para la comercialización de los productos forestales.

3014. La Ley 139 del 21 de junio de 1994 vino a crear el *Certificado de Incentivo Forestal* (concretando lo establecido en los arts. 69 a 73 del Dcto. 1791 de 1996 con los que se reglamentan las plantaciones forestales), con las siguientes características: (1) con su creación se responde a los deberes del Estado consagrados en los artículo 79 y 80 de la Constitución; (2) se comprende como “un reconocimiento del Estado a las externalidades positivas de la reforestación en tanto los beneficios ambientales y sociales generados son apropiables por el conjunto de la población”²⁹⁸⁵; (3) su finalidad es la de “promover la realización de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor en terrenos de aptitud forestal”; (4) pueden acceder a este incentivo económico “las personas naturales o jurídicas de carácter privado, entidades descentralizadas municipales o distritales cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y entidades territoriales, que mediante contrato celebrado para el efecto con las entidades competentes para la administración y manejo de los recursos naturales y renovables y del ambiente, se comprometan a cumplir un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal” (art. 1.^o^[2986]); (5) se otorga para el manejo y administración de los recursos naturales renovables y del ambiente, y concede el derecho al beneficiario de obtener al presentarlo, y por una sola vez, unos recursos económicos (art. 3.^o); (6) tiene carácter personal, y no es negociable (art. 3.^o); (7) su cuantificación es la siguiente: (7.1) el 75% “de los costos totales netos de establecimiento de plantaciones con especies autóctonas”; (7.2) el 50% de los costos totales netos de establecimiento de las plantaciones con especies introducidas “siempre y cuando se trate de plantaciones con densidades superiores a 1.000 árboles por hectárea” (art. 4.a²⁹⁸⁷); (7.3) el 50% “de los costos totales netos de mantenimiento en que se incurra desde el segundo año hasta el quinto año después de efectuada la plantación, cualquiera que sea el tipo de especie” (art. 4.b), y (7.4) el 75% “de los costos totales en que se incurra durante los primeros cinco años correspondientes al mantenimiento de las áreas de bosque natural que se encuentren dentro de un plan de establecimiento y manejo forestal” (art. 4.c); (8) para su cuantificación se tienen cuenta los siguientes criterios: (8.1) la determinación de las especies forestales que se consideren autóctonas²⁹⁸⁸ o introducidas en cabeza del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Sostenible²⁹⁸⁹; (8.2) el valor promedio nacional de los costos totales netos por establecimiento y mantenimiento de las especies forestales (que debe fijarse por la misma entidad mencionada el 31 de octubre de todos los años²⁹⁹⁰), y (8.3) la fijación del incentivo por árbol²⁹⁹¹ (parág. 1.^o art. 4.^o^[2992]); (9) las condiciones para el otorgamiento del certificado son las siguientes: (9.1) que la autoridad competente apruebe el Plan de Establecimiento y Manejo

Forestal²⁹⁹³; (9.2) demostrar que el establecimiento de las plantaciones se hará en suelos con aptitud forestal²⁹⁹⁴; (9.3) acreditar que los suelos en donde se establezcan las plantaciones no tengan, ni en los últimos cinco años hayan tenido bosques naturales; (9.4) acreditar la calidad de propietario o arrendatario del suelo en donde se establezca la plantación²⁹⁹⁵; (9.5) que FINAGRO, a solicitud de la entidad ambiental competente, autorice el otorgamiento del certificado, fijándose cuantía y demás condiciones²⁹⁹⁶, y (9.6) finalmente, se debe celebrar un contrato entre la entidad ambiental competente y el beneficiario del certificado²⁹⁹⁷ (art. 5.º); (10) el Plan de Establecimiento y Manejo Forestal y el contrato que se suscribe con ocasión del otorgamiento del certificado deben ser objeto de evaluación, verificación de campo, seguimiento y control por las autoridades ambientales competentes²⁹⁹⁸, funciones que pueden delegarse en otras entidades públicas o privadas (parág. del art. 5.º); (11) en cuanto a las reglas para la administración de los recursos destinados para el otorgamiento de los certificados de incentivo forestal se deben observar las siguientes reglas: (11.1) su administración está a cargo de FINAGRO “a través de los mecanismos de redescuento o de administración fiduciaria, y (11.2) la misma entidad que administra los recursos debe expedir en cada caso la autorización para el otorgamiento de los certificados, determinando cuantías, términos y condiciones, así como la forma en que procede el reembolso cuando se incumpla total o parcialmente el contrato²⁹⁹⁹ (art. 6.º); (12) son fuentes de financiamiento del sistema de certificados de incentivo forestal: (12.1) apropiaciones en el presupuesto nacional; (12.2) apropiaciones en los presupuestos de las entidades descentralizadas; (12.3) los recursos provenientes de multas y sanciones pecuniarias impuestas a los beneficiarios de los certificados³⁰⁰⁰; (12.4) los recursos que sean transferidos por personas jurídicas públicas o privadas, y (12.5) aquellos que provengan de crédito externo o interno, o de entidades de cooperación internacional (art. 7.º^[3001]); (13) como efectos del otorgamiento de los certificados para los beneficiarios se consagran: (13.1) no tener derecho a los incentivos y exenciones tributarias que legalmente se encuentren fijadas para las actividades forestales (art. 8.a³⁰⁰²); (13.2) otorgado un certificado sobre el mismo suelo, solo podrá solicitarse otro igual cuando transcurran veinte años, salvo que por fuerza mayor o caso fortuito se haya perdido la plantación³⁰⁰³ objeto del certificado (art. 8.b), y (13.3) los “ingresos por certificados de incentivo forestal no constituyen renta gravable” (art. 8.c); (14) la reglamentación de los procedimientos y mecanismos para expedir, entregar y pagar los certificados está en cabeza del Presidente de la República (art. 9.º^[3004]); (15) las “áreas en proceso de desarrollo forestal y que estén cubiertas con el Certificado de Incentivo Forestal no serán sujetas de programas de reforma agraria” (art. 12), y (16) un porcentaje de los recursos recaudados por el incentivo forestal se destinan a desarrollar y promover programas especiales de investigación sobre semillas de especies forestales autóctonas (art. 13).

3015. Se trata de un incentivo económico cuya base política radica en la *Política de cultivos forestales con fines comerciales, de especies introducidas o autóctonas*³⁰⁰⁵, que debe ser fijada por el Ministerio de Agricultura y en relación directa con la *Política Nacional Ambiental* del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (art. 2.º).

3016. Con la creación del Certificado de Incentivo Fiscal se produjo también la del *Fondo de Incentivo Forestal* (art. 6.º del Dcto. 1824 de 1994^[3006]).

3017. Como modalidad de incentivo el Decreto 900 del 1.º de abril de 1997 consagra el *Certificado de Incentivo Forestal de Conservación* con el que se reconocen los costos directos e indirectos que debe asumir un propietario para “conservar en su predio ecosistemas naturales boscosos poco o nada

intervenidos³⁰⁰⁷, cuyo valor se definirá con base en los costos directos e indirectos por la conservación y la disponibilidad de recursos totales para el incentivo” (art. 2.º).

3018. Dicho certificado se otorga respecto de las siguientes áreas definidas legalmente (art. 3.º): (1) bosque que se encuentra por encima de dos mil quinientos metros sobre el nivel del mar; (2) bosque “cuya sucesión vegetal se encuentra en estado primario o secundario y que se halle localizado al margen de los cursos de agua y de los humedales”; (3) bosque ubicado en zonas al interior del *Sistema de Parques Nacionales* o de *Parques Regionales Naturales*³⁰⁰⁸, y (3) bosque ubicado en las cuencas hidrográficas surtidoras de acueductos veredales y municipales (art. 3.º). Sin perjuicio de lo anterior, no se puede otorgar el incentivo en áreas de propiedad de la nación, ni en aquellas en las que legalmente existe la obligación de conservar el bosque natural (inc. 2.º art. 3.º). Así mismo, todo certificado de incentivo forestal de conservación otorgado en áreas que integren el sistema de parques nacionales debe ser informado por la autoridad ambiental competente a la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales (inc. final art. 3.º).

3019. El otorgamiento del certificado de incentivo forestal con fines de conservación se otorga por un máximo de cincuenta hectáreas (parág. 1.º art. 4.º), y en dicha área se permite el desarrollo de actividades como

... investigación básica y/o aplicada, educación ambiental, recreación pasiva capacitación técnica y profesional en disciplinas relacionadas con medio ambiente y aprovechamiento doméstico del bosque, siempre y cuando no impliquen una alteración significativa del recurso (art. 5.º).

3020. Las condiciones para la cuantificación, alcance y pago son las siguientes: (1) el valor base es de siete salarios mínimos mensuales vigentes por hectárea de bosque (art. 7.º), pudiendo ajustarse con base en las condiciones regionales, teniendo en cuenta factores de piso térmico y de tamaño del predio (art. 11); (2) se otorga el certificado con un valor diferencial que comprende hasta el 100% para bosque natural primario, y hasta el 50% para bosque secundario de más de diez años (art. 8.º); (3) el certificado tiene una vigencia de diez años (art. 9.º); (4) el certificado se paga hasta en diez cuotas anuales (art. 10.º), y (5) el beneficiario del certificado una vez otorgado debe constituir una póliza de cumplimiento que equivalga al 10% del valor del incentivo, la que será renovable cada año y a favor de la autoridad ambiental competente.

3021. Determinados los incentivos económicos en materia forestal en Colombia, así como sus características, debe examinarse aquellos que operan para la producción más limpia.

3022. Desde 1995 la política ambiental en Colombia se ha encaminado a promover el otorgamiento de exenciones y descuentos tributarios a los agentes económicos que adopten, incorporen o introduzcan tecnologías limpias³⁰⁰⁹, en los siguientes supuestos: (1) exclusión del impuesto del IVA (1.1) por la importación de maquinaria o equipo que no se produzca en Colombia “destinados a reciclar y procesar basuras o desperdicios (la maquinaria comprende lavado, separado, reciclado y extrusión), y los destinados a la depuración o tratamiento de aguas residuales, emisiones atmosféricas o residuos sólidos, para recuperación de los ríos o el saneamiento básico para lograr el mejoramiento del medio ambiente”, así como “los equipos para el control y monitoreo ambiental, incluidos aquellos para cumplir con los compromisos del protocolo de Montreal” (art. 428.f Estatuto Tributario Nacional), y respecto de (1.2) los equipos y elementos de producción nacional e importados destinados “a la construcción, instalación, montaje y operación de sistemas de control y monitoreo, necesarios para el cumplimiento de las disposiciones, regulaciones y estándares ambientales vigentes”, lo que debe acreditarse ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (art. 424.7 Estatuto Tributario

Nacional); (2) descuento o disminución de la base gravable del impuesto de renta por la realización de inversiones en proyectos que el Consejo Nacional de Beneficios Tributarios en Ciencia y Tecnología e Innovación califica como de investigación, desarrollo tecnológico o innovación, teniendo en cuenta los criterios de impacto ambiental, puede deducirse el 175% del valor invertido en el período gravable respectivo, y sin que exceda del 40% de la renta líquida (art. 158.1 Estatuto Tributario Nacional); (3) deducción hasta el 20% en la renta líquida por inversiones en mejora y control ambiental (art. 158.2 Estatuto Tributario Nacional); (4) como rentas exentas se tienen aquellas por concepto de (a) venta de energía eléctrica generada con recursos eólicos, biomasa o recursos agrícolas; (b) por la prestación de servicios de ecoturismo, y (c) por el aprovechamiento de nuevas plantaciones forestales (art. 18 Ley 788 de 2002); (5) descuento al impuesto de renta en empresas de acueducto y alcantarillado (art. 104 de la Ley 788 de 2002); (6) deducción del IVA para las importaciones de maquinarias y equipos destinados a proyectos de reducción de emisiones de CO₂ (art. 95.1 Ley 788 de 2002).

3023. Los incentivos y beneficios fiscales para la protección del ambiente también tienen cabida en materia de contaminación atmosférica en Colombia, consistentes en beneficios tributarios del tipo de deducciones del IVA y de la renta, que deben ser certificados por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. En un informe de 2010 se indicaba que durante “el período 2002 a 2009, el MAVDT (siglas que identificaban al anterior Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) ha certificado beneficios tributarios en exclusión de IVA y deducción de renta por 232.299 millones de pesos, lo cual significa inversiones en materia ambiental por más de 1 billón de pesos”, recursos que han sido destinados al control y monitoreo del aire como recurso natural, a sistemas de control de emisiones contaminantes, en el que participaron especialmente las centrales térmicas³⁰¹⁰.

3024. Los incentivos tributarios mencionados han permitido, también, la implementación de tecnologías más limpias y de sistemas de control de emisiones en las industrias³⁰¹¹.

3025. Así como las anteriores modalidades de incentivos, podemos encontrar también herramientas para la protección del ambiente desde la perspectiva fiscal (en aplicación del Dcto. 3172 de 2003 y la Res. 0136 del 6 de febrero de 2004).

3026. En primer lugar, se trata de las *inversiones para el control ambiental*, destinadas a la implementación de sistemas que permitan alcanzar resultados de reducción en la demanda de recursos naturales renovables empleados en las actividades económicas, productivas o industriales, así como para la prevención, reducción o mejora de la calidad de los residuos líquidos o sólidos, y de las emisiones atmosféricas que las mismas generen.

3027. Así como la anterior, se puede tratar de inversiones para la obtención, verificación, procesamiento, vigilancia, seguimiento o monitoreo de la calidad en el uso y aprovechamiento de los bienes ambientales y los recursos naturales renovables, con base en criterios ambientales y en límites permisibles fijados al ejercicio de actividades económicas, productivas o industriales, con énfasis especialmente en los vertimientos, la generación, la disposición y la transformación de residuos, y en materia de emisiones.

3028. También puede tratarse de inversiones para el mejoramiento de los procesos de restauración, regeneración, repoblación, preservación y conservación de los bienes ambientales, recursos naturales, ecosistemas, biodiversidad y de la naturaleza.

3029. Con una vocación diferenciada se presentan otros instrumentos económicos para la protección del ambiente: las tasas ambientales³⁰¹² con las que se tarifica o impone un coste por utilización, aprovechamiento o compensación de acceso a los bienes ambientales y recursos naturales renovables.

Al efecto encontramos (1) la tasa retributiva³⁰¹³ (art. 42 de la Ley 99 de 1993, reglamentado por el Dcto. 3100 de 2003, modificado por el Dcto. 3440 de 2004) que tiene por objeto la contaminación que se produce en el recurso hídrico que supera los límites permisibles; (2) la tasa por utilización de agua (art. 43 de la Ley 99 de 1993, reglamentado por el Dcto. 155 de 2004, y la Ley 373 de 1997), que fomenta el uso racional del recurso hídrico (son tasas nacionales con destinación específica³⁰¹⁴); (3) la tasa compensatoria con la que se financian servicios públicos específicos³⁰¹⁵; (4) la tasa por aprovechamiento forestal; (5) la tasa de aprovechamiento de fauna y flora; (6) la tasa por material de arrastre; (7) las compensaciones por explotación de minerales (hidrocarburos, níquel, materiales radioactivos y otros); (8) la sobretasa al impuesto predial³⁰¹⁶, y (9) el impuesto de timbre de vehículos³⁰¹⁷.

3030. De otra parte, la Ley 99 de 1993 en su artículo 45 estableció como instrumento económico la transferencia del 6% de las ventas brutas de energía que las empresas generadoras de energía hidroeléctrica deben hacer a las Corporaciones Autónomas Regionales y a los municipios del área de influencia del proyecto o actividad (en proporción de 3% para cada uno), siempre que la potencia nominal instalada supere los 10.000 kilovatios. Así mismo, se consagra la transferencia del 4% cuando se trata de las centrales térmicas. Los recursos recaudados con estos instrumentos deben destinarse al saneamiento básico y mejoramiento de las condiciones ambientales.

3031. En materia hídrica también está la inversión forzosa del 1% del total de la inversión generada por las tasas por utilización de aguas, con el objeto de recuperar, preservar y vigilar las cuencas hidrográficas que alimentan cada una de las fuentes hídricas, la que no se comprende como carga tributaria, sino como carga social que deriva de la función social de la propiedad³⁰¹⁸.

3032. De la revisión realizada, brevemente, al ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra que haya un supuesto de incentivo encaminado a conjugarse con la sanción ambiental, salvo el contenido en el artículo 222 del Decreto 1608 del 31 de julio de 1978 (que reglamentó el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables en materia de fauna silvestre), según el cual cuando la “corrección de la actividad que genera contaminación o deterioro requiera instalar mecanismos o adoptar o modificar los procesos de producción”, la multa se aplica por una sola vez, otorgándose un plazo para hacer las instalaciones o adoptar los mecanismos adecuados, vencido el cual procede la clausura temporal del establecimiento o factoría.

3033. No se niega la posibilidad de que un incentivo y beneficio fiscal pueda estar interrelacionado con la sanción a imponer, sin embargo, en el ordenamiento colombiano aquel se entiende como una herramienta más de gestión ambiental que como un instrumento vinculante o sancionatorio, más como un instrumento que fomenta las medidas autorregulatorias y la estandarización tecnológica y técnica de las actividades económicas, productivas o industriales, de manera tal que se puedan complementar con las licencias, permisos, concesiones y autorizaciones, y se concrete con mayor eficacia la protección del ambiente.

IV. REFLEXIONES SOBRE EL MODELO DE INCENTIVOS EN COLOMBIA

3034. En Colombia el modelo de incentivos y beneficios fiscales lleva buen tiempo desarrollándose e implementándose como concreta manifestación de la facultad de fomento a la protección del ambiente, y con la vocación de complementariedad con los instrumentos jurídicos vinculantes en la materia (licencia, permiso, concesión, autorización), así como con las sanciones, sin excluirse y ofreciendo diversas alternativas para lograr los cometidos convencionales y constitucionales.

3035. La determinación del incentivo tiene como finalidad que se promueva, induzca o financie la implementación y aplicación de medios, medidas y acciones tecnológicas y técnicas que permitan reducir o modular razonablemente la demanda de bienes ambientales y de recursos naturales como materia prima, la reducción de carga contaminante que representa para estos por la complejidad de actividades que sobre ellas existen, y la adopción de las mejores tecnologías disponibles, todo enmarcado en el concepto de gestión ambiental, el logro de la eficiencia y la limitación de los modelos anacrónicos burocráticos que operan tradicionalmente.

3036. La fórmula de establecer una relación directa entre la sanción ambiental y el incentivo o beneficio fiscal resulta interesante, si con ella se quiere lograr como finalidad tanto la represión de la infracción ambiental, como la superación de los impactos que la misma actividad objeto del procedimiento sancionatorio pueda generar, para operar una suerte de compensación que tiene como objeto el ambiente y el sancionable.

V. LOS MODELOS SANCIONADORES AMBIENTALES EN EL DERECHO COLOMBIANO

3037. La facultad sancionadora ambiental es una de aquellas en las que se apuntala la protección del ambiente por expresa determinación del artículo 80 de la Constitución de Colombia³⁰¹⁹. Se trata de una de las herramientas con las que el sistema jurídico busca el sometimiento y la restricción de los agentes económicos a los principios, normas y reglas de protección del ambiente, especialmente en tiempos en los que el volumen de las actividades económicas, productivas o industriales ha crecido exponencialmente, y representa un reto para la administración pública que debe lograr adelantar el procedimiento administrativo sancionador con todas las garantías del debido proceso, del derecho de defensa y contradicción, pero a la vez debe lograr establecer e imponer las sanciones en todos los eventos en los que se concrete una infracción ambiental.

3038. La actividad sancionadora de la administración pública como manifestación concreta del ejercicio del denominado *ius puniendi* no está liberada en su configuración a la simple determinación, fijación o aplicación del operador jurídico. Como tampoco encuentra su pleno desarrollo por el legislador, quien no agota en la construcción y diseño del régimen administrativo sancionador las posibilidades para que pueda concretarse un modelo ideal en el que se logre el equilibrio entre la discrecionalidad y la necesaria proporcionalidad en el despliegue de la actividad sancionadora por parte de cada uno de los componentes de la administración pública.

3039. Lo anterior implica que la lectura del ejercicio de la actividad administrativa sancionadora no puede reducirse a una simple constatación del cumplimiento de un marco normativo, al despliegue de la discrecionalidad, teniéndose que examinar los principios que son operativos en el régimen administrativo sancionador, en especial aquellos que fijan límites, de tal manera que el operador administrativo tenga que observar un ejercicio ponderado de su actividad, y no se permite excesos constitutivos de situaciones patológicas o constitutivas de violaciones convencionales, constitucionales y legales. De ahí que se propone elaborar una metodología y una dosimetría sancionadora, con la que se permita a la administración pública, al operador jurídico, el ejercicio de la actividad sancionadora de forma proporcional, razonada, razonable y propia a una justicia distributiva.

3040. En materia ambiental la facultad sancionadora tiene como rasgo característico que no hay un solo régimen, ya que opera tanto el régimen consagrado en (1) un sistema abierto comprendido por la Ley 23 de 1973 y el Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables) y las normas de su desarrollo; (2) dos sistemas definidos por dos fenómenos de contaminación: el

consagrado en el Decreto 3930 de 2010 en materia de vertimientos de aguas, y el establecido en el Decreto 948 de 1995 en materia de contaminación atmosférica, y (3) el sistema general de la Ley 1333 de 2009.

3041. Cada uno de esos sistemas diseña unos procedimientos sancionatorios ambientales con los que se busca la restricción y represión de las infracciones ambientales, cuyo centro de atención para este trabajo de investigación está en la dosificación y dosimetría de la sanción ambiental.

3042. Como se señaló, son varios los modelos sancionatorios ambientales en el derecho colombiano. El primero es aquel que se deriva de la Ley 23 de 1973 que plantea como supuesto de infracción “toda acción que conlleve contaminación del medio ambiente”³⁰²⁰ (art. 17), y que, demostrado técnicamente, produce acciones que generan contaminación, las que, según la gravedad de la infracción, pueden consistir en “amonestaciones, multas sucesivas [...] suspensión de patentes de fabricación, clausura temporal de los establecimientos o factorías que están produciendo contaminación y cierre de los mismos, cuando las sanciones anteriores no hayan surtido efecto” (art. 18).

3043. A su vez, el Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables) y sus normas de desarrollo, tiene los siguientes supuestos de infracción: (1) la práctica de quemas para desmonte o limpieza de terrenos (art. 76); (2) la infracción a las normas que regulan las concesiones de agua de uso público (art. 163); (3) por incumplimiento a las normas y exigencias del permiso o concesión para el aprovechamiento forestal (art. 222), y (4) la infracción a las normas que regulan el manejo y uso de los recursos naturales renovables (art. 339).

3044. Como supuestos de sanción el Decreto 2811 de 1974 comprende: (1) la revocación inmediata como sanción por la transgresión de los artículos 56 y 57 relacionados con el permiso de estudios de los recursos naturales; (2) el decomiso de productos, instrumentos y equipos que se utilicen en la infracción de las normas de pesca (art. 284), y (3) la suspensión o cancelación del permiso de pesca (art. 284).

3045. En tanto que el Decreto 1541 de 1978 (Código de Aguas no Marítimas) establece que (1) son aplicables las sanciones fijadas por el artículo 18 de la Ley 23 de 1973 (art. 240); (2) determina como supuestos de infracción (2.1) la utilización de aguas o cauces sin concesión o permiso; (2.2) la utilización de mayor cantidad de agua a la concedida; (2.3) la interferencia en el uso legítimo a uno o más usuarios; (2.4) el desperdicio de las aguas; (2.5) la variación de las condiciones de la concesión o permiso; (2.6) el traspaso, total o parcial, de la concesión o permiso sin la previa autorización de la autoridad ambiental competente; (2.7) impedir u obstaculizar la construcción de obras hidráulicas; (2.8) la oposición al mantenimiento de acequias de drenaje, desvío o corona; (2.9) la alteración de las obras que se construyen para aprovechar las aguas o para defender los cauces; (2.10) la utilización de las obras de captación, control, conducción, almacenamiento o distribución del caudal sin la presentación previa de los planos, o sin haber sido aprobadas las mismas; (2.11) la destinación de las aguas o cauces diferente a la establecida en la concesión o permiso, y (2.12) la obstaculización o impedimento de la vigilancia o inspección a los funcionarios de las autoridades ambientales competentes, o la negación al suministro de información (art. 239).

3046. Como supuestos de sanción el Decreto 1541 de 1978 (art. 241) establece la imposición de (1) amonestaciones; (2) multas sucesivas (siempre que no sea reincidente³⁰²¹); (3) si impuestas las sanciones anteriores no cesa la acción, o no se produce corrección de la misma procede (3.1) la suspensión de la actividad; (3.2) la clausura temporal del establecimiento o factoría por seis meses, período que vencido sin que cese la actividad infractora se debe ordenar el cierre (art. 242); (4) el

requerimiento; (5) la suspensión temporal del aprovechamiento del recurso (hasta su corrección o cumplimiento de obligaciones); (6) la construcción de obras para “conjurar peligros derivados de la infracción”, y (7) la destrucción de las obras que sin permiso se hayan construido (art. 243). A los anteriores, se agrega que además de la multa el infractor está obligado a “retirar las obras construidas o demolerlas, y volver las cosas a su estado anterior, reponer las defensas naturales o artificiales, o pagar el costo de su reposición, o en el caso de las aguas subterráneas clausurar el pozo” (art. 245).

3047. El Decreto 1608 del 31 de julio de 1978 (que reglamentó el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables en materia de fauna silvestre), determinó un amplio catálogo de infracciones (art. 220 y 221), respecto del que se establecieron los siguientes supuestos de sanciones: (1) amonestación; (2) multas sucesivas; (3) cuando la “corrección de la actividad que genera contaminación o deterioro requiera instalar mecanismos o adoptar o modificar los procesos de producción”, la multa se aplica por una sola vez, otorgándose un plazo para hacer las instalaciones o adoptar los mecanismos adecuados, vencido el cual procede la clausura temporal del establecimiento o factoría, y (4) cierre definitivo cuando las anteriores sanciones “no hayan surtido efecto” (art. 222). Si de los supuestos de infracción no se produce contaminación o deterioro en la fauna silvestre o el ambiente, proceden las siguientes sanciones: (1) multas sucesivas (fija cuantías en función de la gravedad de la infracción³⁰²²); (2) suspensión del permiso de licencia de funcionamiento, y (3) revocatoria del permiso o licencia y cancelación del registro (art. 223). Adicionalmente se incorporó que la infracción sobre la fauna silvestre da lugar a “decomiso de los individuos, especímenes o productos obtenidos y de los instrumentos y equipos empleados para cometer la infracción”, la que también procede por la movilización de los mismas, o cuando esta se quiera amparar con salvoconductos vencidos o incorrectos (art. 226).

3048. Lo anterior comprende algunos de los subrégimenes abiertos del procedimiento sancionatorio ambiental. Ahora debe examinarse aquel que se refiere al fenómeno de contaminación hídrica por vertimientos.

3049. En el ordenamiento jurídico colombiano el régimen sancionatorio inicial se consagró en el Decreto 1594 de 1984, norma que regulaba los usos del agua con fines productivos, económicos o industriales y la generación de vertidos o residuos líquidos. Dicha norma estuvo vigente por más o menos veintiséis años, hasta que se expidió el Decreto 3930 del 25 de octubre de 2010, el que por virtud del artículo 59 se remitió a lo consagrado por la Ley 1333 de 2009.

3050. En materia de protección del ambiente la reciente Ley 1333 de 2009 (“por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental”) significa armonizar las reglas del procedimiento sancionador administrativo, cuya potestad es ejercida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por las Corporaciones Autónomas Regionales, por las Corporaciones de Desarrollo Sostenible, las “unidades Ambientales de los grandes centros urbanos” (en los términos del art. 66 de la Ley 99 de 1993), los “establecimientos públicos ambientales” (en los términos del art. 13 de la Ley 768 de 2002) y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

3051. Se trata de un régimen sancionador ambiental cuya estructuración se plantea bajo dos presupuestos: (1) la acción u omisión que ocasione la infracción de las normas ambientales, y (2) las acciones que deriven en la producción de daños. En ese sentido, el párrafo del artículo 1.º y el párrafo del artículo 5.º de la Ley 1333 de 2009 consagra como base del régimen la *presunción de dolo o culpa*, lo que ha sido objeto de críticas y de demandas ante la Corte Constitucional en las que se decidió que con esta presunción el legislador no había contrariado las normas constitucionales. En ese sentido, en la Sentencia C-595 del 27 de julio de 2010 la Corte Constitucional consideró: (1) la “ley

cuestionada conserva una responsabilidad de carácter subjetiva en materia sancionatoria ambiental toda vez que los elementos de la culpa y el dolo continúan vigentes por disposición expresa del legislador. Ello además permitirá sostener que cuando las infracciones ambientales constituyan a su vez ilícitos penales, frente al ámbito penal operará a plenitud la presunción de inocencia (art. 29 superior)”; (2) la “presunción de culpa o dolo establecida en el procedimiento sancionatorio ambiental se encaja dentro de las denominadas presunciones legales –*iuris tantum*–, toda vez que admiten prueba en contrario, como puede advertirse de una lectura literal de los párrafos legales cuestionados. En esa medida, hasta antes de imponerse la sanción definitiva, el presunto infractor podrá desvirtuar la presunción utilizando todos los medios probatorios legales”, y concluyó que (3) la “creación de la presunción legal resulta razonable por cuanto atiende la correspondencia entre la experiencia –circunstancias ambientales descritas– y la defensa del bien jurídico constitucional –medio ambiente sano–, bajo los principios internacionales ambientes (*sic*)”³⁰²³.

3052. El procedimiento administrativo sancionador ambiental se rige, en principio, por las reglas establecidas en la Ley 1333 de 2009, sin perjuicio de aquellas consagradas en la Ley 1437 de 2011 que sean aplicables. En su título IV la norma fija un procedimiento sancionatorio que comprende la indagación preliminar (art. 17), la iniciación del procedimiento (art. 18), las notificaciones (art. 19), las intervenciones (art. 20), la remisión a otras autoridades (art. 21), la verificación de los hechos (art. 22), la cesación de procedimiento (art. 23), la formulación de cargos (art. 24), los descargos (art. 25), la práctica de pruebas (art. 26), la determinación de la responsabilidad y de la sanción (art. 27), la notificación de la sanción (art. 28), la publicidad (art. 29), los recursos (art. 30), y las medidas compensatorias³⁰²⁴ (art. 31).

3053. Si bien se establece un amplio procedimiento administrativo sancionador ambiental, en la misma norma se tiene en cuenta la remisión a las reglas generales del Código Contencioso Administrativo, como puede verse en: a) la notificación del Auto de iniciación del procedimiento; b) las notificaciones; c) la procedencia del recurso de reposición contra el Auto de cesación de procedimiento; d) la notificación del Auto de formulación de cargos; e) la notificación del Auto sancionatorio; f) los recursos contra el Auto que pone fin a la investigación sancionadora ambiental; g) los actos administrativos proferidos “en desarrollo del procedimiento sancionatorio ambiental, quedarán en firme de conformidad con el Código Contencioso Administrativo” (parág. del art. 30).

VI. BREVE EXAMEN A LA DOSIMETRÍA DE LAS SANCIONES AMBIENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

3054. En cuanto a las sanciones (art. 40), la norma diseña una tipología que va desde la imposición de a) multas diarias (art. 43), b) el cierre temporal o definitivo (art. 44), c) la revocatoria o caducidad de la autorización ambiental (art. 45), d) la demolición de la obra (art. 46), e) el decomiso definitivo de especímenes (art. 47), f) la restitución de especímenes (art. 48), hasta g) el trabajo comunitario, teniendo en cuenta “la gravedad de la infracción” (art. 49) (expresión declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sent. C-703 del 6 de septiembre de 2010).

3055. Ahora bien, con respecto a la dosimetría de las sanciones el párrafo 2 del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009 le confiere al Gobierno Nacional la facultad de reglamentar los “criterios para la imponer las sanciones”, determinando las atenuantes y agravantes, y considerando la magnitud del daño ambiental y las condiciones socioeconómicas del infractor.

3056. El Decreto 3678 del 4 de octubre de 2010, que estableció los criterios para la imposición de las sanciones consagradas en el artículo 40 de la Ley 1333 de 2009, determinó como tipos de sanciones: (1) las multas diarias que pueden ascender hasta 5.000 smmv, que equivalen aproximadamente a \$3.200.000.000, o a US\$1.370.000; (2) el cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio que se presta; (3) la revocatoria o caducidad de la licencia, permiso, concesión y autorización; (4) la demolición de la obra a costa del infractor; (5) el decomiso definitivo “de especímenes, especies silvestres exóticas, productos y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción”; (6) la restitución de “especímenes de especies de fauna y flora silvestres”, y (7) el trabajo comunitario (art. 2.º).

3057. En la misma reglamentación se reiteró el presupuesto de la Ley 1333 de 2009 según la cual la imposición de las sanciones “no exime al infractor de ejecutar las obras o acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente, ni de restaurar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje afectados” (parág. 2.º, art. 2.º).

3058. Como resultado del proceso sancionatorio, las autoridades ambientales competentes (en la actualidad el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y las Corporaciones Autónomas Regionales) solo pueden imponer una sanción principal, y hasta dos sanciones accesorias (parág. 3, art. 2.º).

3059. Como criterios para determinar las multas se considera (1) el beneficio ilícito derivado de la comisión de la infracción³⁰²⁵; (2) el factor de temporalidad³⁰²⁶; (3) el grado de afectación ambiental³⁰²⁷; (4) la evaluación que del riesgo³⁰²⁸ se tenga para cada caso en concreto; (5) las circunstancias agravantes y atenuantes; (6) los costos asociados³⁰²⁹ al tratamiento de los efectos de la infracción, y (7) la capacidad socioeconómica del infractor (art. 4.º).

3060. Para el cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o prestación del servicio (art. 5.º), la revocatoria o caducidad de la licencia, permiso, concesión y autorización (art. 6.º), la demolición de obra (art. 7.º), el decomiso (art. 8.º), la restitución de especímenes (art. 9.º) y el trabajo comunitario (art. 10.º), y se fijan diferentes criterios para su dosificación.

3061. A su vez, por medio de la Resolución 2086 del 25 de octubre de 2010 se adopta la metodología para la tasación de las multas, norma reglamentaria que está siendo objeto de control de legalidad por el Consejo de Estado, de manera que continúa pendiente, especialmente para las multas, su modelo de gradación.

3062. Sin perjuicio de lo anterior, cabe aplicar las reglas de gradación del artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³⁰³⁰) cuando no se encuentren consagradas por la normativa especial urbanística.

3063. Desde la perspectiva de la dosimetría sancionadora, se estudiará con base en el “test de adecuación y justificación” que está compuesto de tres juicios: juicio de utilidad, imprescindibilidad e idoneidad; juicio de necesidad, y juicio de ponderación en estricto sentido (proporcionalidad³⁰³¹).

3064. El juicio de utilidad, imprescindibilidad e idoneidad exige verificar las infracciones en lo consagrado en la Ley 1333 de 2009. La norma en mención fija un modelo o esquema abierto de infracción, con un marcado carácter objetivo, tal como se establece en el artículo 5.º, ya que se considera como infracción “toda acción u omisión que constituya violación” de la normativa ambiental. A dicho presupuesto la norma agrega que constituirá infracción la “comisión de un daño al medio ambiente”. Para su delimitación, tanto el parágrafo del artículo 1.º, como el parágrafo 1.º del artículo 5.º, establecen que se presumirán la culpa y el dolo, de tal manera que existe un elemento

inicial de graduación de la infracción orientado hacia el dolo y la culpa en el que podría aplicarse lo contenido en el artículo 63 del Código Civil.

3065. Ahora bien, considerada con carácter abierto u objetivo, la determinación de la infracción ambiental puede verse dosificada al aplicarse las causales de atenuación, y de agravación que se deben tener en cuenta al momento de la dosimetría sancionadora (arts. 6.º y 7.º). Así como también cabe tener en cuenta las eximentes de responsabilidad consagradas en el artículo 8.º, y las causales de cesación del procedimiento del artículo 9.º.

3066. El juicio de necesidad implica determinar la sanción a imponer dentro del esquema o modelo previsto por la norma urbanística. De acuerdo con lo establecido en el Título V de la Ley 1333 de 2009 son diferentes las variables a tener en cuenta por la administración pública competente al momento de determinar la procedencia de una sanción ambiental: (a) la variable según la naturaleza de la infracción, con base en la cual se modula la graduación de las multas a imponer. En ese sentido, puede haber una dosimetría diferenciada cuando: 1) se trata de infracciones ambientales “sin poner en peligro grave la integridad o permanencia de los recursos naturales, el paisaje o la salud de las personas” (art. 37); 2) se trata de la “aprehensión material y temporal de los especímenes de fauna, flora, recursos hidrobiológicos y demás especies silvestres exóticas y el de productos” (art. 38, inc. 1.º); 3) se trata de la “ejecución de un proyecto, obra o actividad” (art. 39); (b) la variable de la gravedad de la falta. Para poder encuadrar esta variable se deben tener en cuenta tanto las causales de atenuación (art. 6.º), como de agravación de la responsabilidad sancionadora ambiental (art. 7.º), por lo que la administración pública debe ponderar la sanción o multa a imponer cuando alguna de ellas se concrete.

3067. Dentro de la tipología sancionadora la norma establece unas medidas preventivas como la “amonestación escrita” (art. 37), el “decomiso y aprehensión preventivos” (art. 38), la “suspensión de obra, proyecto o actividad” (art. 39). Las medidas preventivas en su espíritu tienen como objetivo la cesación de la actividad infractora cuando su continuidad pueda representar un agravamiento, o la concreción de otros supuestos. Se discute si estas medidas tienen fundamento precautorio, o preventivo, decantándonos por afirmar el último de los principios ya que en presencia de una infracción en curso, o de una perturbación derivada de un fenómeno de contaminación se perdería el efecto anticipatorio propio de la precaución, además de partir de elementos de certeza para la adopción de la decisión de imponer tales medidas preventivas.

3068. Con base en lo anterior es posible afirmar que el desarrollo del procedimiento sancionador ambiental colombiano tiende a consagrar un modelo de protección que debe servir para complementar los instrumentos jurídicos vinculantes, sin descartar su convergencia con los incentivos y beneficios fiscales con los que podría completarse un modelo dual de constreñimiento y de fomento de la gestión ambiental.

3069. Siendo expresión del *ius puniendi* del Estado, se debe racionalizar y delimitar la actividad administrativa sancionadora con base en el principio de proporcionalidad, no solo como forma de control de la discrecionalidad de dicha actividad, sino esencialmente con el objetivo de dotar de eficacia a los postulados convencionales y constitucionales que abogan por la eficacia del papel activo del Estado, pero en estricto equilibrio con los derechos de los sujetos o administrados.

3070. Con base en lo anterior, en el ordenamiento jurídico colombiano la actividad administrativa sancionadora está configurada en dos extremos: el subjetivo (servicios públicos, telecomunicaciones), y el objetivo (la construcción de la infracción), lo que incide, al momento de formular el “juicio de utilidad”, imprescindibilidad e idoneidad, ya que puede representar un mayor o menor espectro de discrecionalidad, lo que exigirá una mayor racionalidad argumentativa, o delimitación proporcional a

los hechos al momento de su adecuación típica, sin que se permitan fenómenos cuestionables como la violación del principio de reserva de ley, las aplicaciones analógicas (especialmente *in malam partem*, y la desfiguración típica), como estar ocurriendo en el sancionatorio ambiental.

3071. Sin duda, de la adecuada configuración de las infracciones depende la modulación de las sanciones, especialmente al realizar el “juicio de necesidad”, ya que así como se fijan cláusulas abiertas u objetivas de infracciones, en materia de sanciones ocurre algo similar, de manera que la construcción de supuestos genéricos ofrece a cada administración pública un ámbito de discrecionalidad que no puede ser colmado por una simple vocación reglamentaria, ni agotarse en la determinación de precedentes, lo que se percibe después del estudio de la legislación colombiana, y que invita a examinar el diseño o construcción de los modelos de sanciones.

3072. Así como es cuestionable un catálogo abierto de sanciones, también lo es que los criterios para la determinación ponderada de la sanción y de su intensidad sean amplios, genéricos o abiertos, e incluso ligados a la cláusula general del artículo 63 del Código Civil, ya que se invita a la administración pública a que opere en unos rangos tan amplios que su discrecionalidad da para que lo ajuste vía casuística, o reglamentaria.

3073. De ahí que, como manifestación concreta de la aplicación del principio de proporcionalidad, el “test de adecuación y justificación” le permite a la administración pública, al ejercer la actividad sancionadora, no solo contar con la racionalidad, la argumentación debida, sino también, ajustar sus decisiones de manera ponderada, con base en los hechos, las pruebas, y concretando la imposición de una sanción como resultado de un juicio basado en criterios objetivos, y no liberado a los impulsos subjetivos, o a las tentaciones internas con las que puede encontrarse revestido el servidor público, y que las invoca para provocar una decisión escasamente razonada, e ineficaz para el propósito de la protección del interés público.^[SEP] Dicho “test” tiene como herramienta normativa útil lo consagrado en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, al fijarse, con carácter general, una serie de criterios objetivos a los que toda administración pública en el ejercicio de la facultad sancionadora está llamada a acudir, y a fundar sus decisiones administrativas, sin que sea útil y racional afirmar la aplicación de la especialidad del procedimiento como excluyente, ya que ello iría en contra de las más mínimas garantías convencionales y constitucionales.

3074. Finalmente, debemos considerar que si bien en el procedimiento sancionatorio ambiental colombiano no está presente la incorporación de incentivos ambientales como parte del descuento o reducción de las sanciones a imponer, no queda descartado que pueda operar como fórmula para la modulación de las mismas, ofreciendo a modo de aporte la determinación de las medidas preventivas como herramienta para abordar la situación de inminencia y gravedad que represente la infracción.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS, ARTÍCULOS Y PUBLICACIONES CIENTÍFICAS

- ABBAGNANO, NICOLA. *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- ABENDROTH, WOLFGANG; ERNST FORSTHOFF y KART DOEHRING. *El Estado social*, JOSÉ PUENTE EGIDO (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, título original artículo “Verfassungsprobleme des Sozialstaats”, Colección Estudios Constitucionales, 1961.
- ABENDROTH, WOLFGANG. “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, en *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ACOSTA ROMERO, MIGUEL. “La unilateralidad del acto administrativo en el derecho mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXIX, n.º 112, enero-abril de 1979, UNAM.
- AGUILÓ REGLA, JOSÉP. “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, en *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- AHUMADA, CONSUELO. *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, Bogotá, El Áncora Editores, 1996.
- AIBAR, EDUARD y FERRAN URGEL. *Estado, burocracia y red*, Barcelona, Ariel, 2007.
- ALARCÓN ROJAS, FERNANDO. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- ALDAO, MARTÍN. “Racionalidad, derecho y democracia”, en LAURA CLÉRICO y JAN SIECKMANN (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- ALESSANDRI BESA, ARTURO. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1949.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO et al. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- ALESSI, RENATO. *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970
- ALEXANDRO, N. G. et al. *Teoría general de Estado y del derecho*, México, Grijalbo, 1966
- ALEXY, ROBERT. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Revista Doxa*, n.º 5, 1988, pp. 139-151.
- ALEXY, ROBERT. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ALEXY, ROBERT. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n.º 66, septiembre-diciembre de 2002.

- ALEXY, ROBERT. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ALEXY, ROBERT. *El concepto y la validez del derecho*, 2.^a ed., Barcelona, Editorial Gedisa, 2004.
- ALEXY, ROBERT. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación, en *Jueces y ponderación argumentativa*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- ALEXY, ROBERT. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en RODOLFO VÁSQUEZ y RUTH ZIMMERLING (coords.). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, 1.^a reimp., México, Fontamara, 2007.
- ALEXY, ROBERT. “La fórmula del peso”, en MIGUEL CARBONELL (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 1.^a reimp., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- ALESSANDRI BESA, ARTURO. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1949
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- ALESSANDRI R., ARTURO; MANUEL SOMARRIVA U. y ANTONIO VODANOVIC H. *Tratado de las Obligaciones*, vol. II, *Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. De la protección de los derechos del acreedor. De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes*, 2.^a ed. ampliada y actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004
- ALESSI, RENATO. *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970.
- ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO. *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1971.
- ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. “Reflexiones sobre un tema clásico: la personalidad jurídica del Estado”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 5, 1993.
- ÁLVAREZ-GENDÍN, SABINO. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Bosch, 1958.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA. *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- ANDUEZA, JOSÉ GUILLERMO. “El derecho de petición en la Ley orgánica de procedimientos administrativos”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. IV, 1980.
- ANGELETTI, ADOLFO. *La justicia administrativa en Italia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.
- ANKUM, HANS. *La noción de Ius publicum en derecho romano*, t. LII, Madrid, AHDE, 1983.
- ARAGÓN REYES, MANUEL. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ARAÚJO, FERNANDO. *Teoría Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

- ARIÑO ORTIZ, GASPAR. “La idea liberal y la reforma al Estado”, *Cuenta y Razón*, n.º 6, 1982.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, Granada, Comares, 2001
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR. “El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 3, 1999, pp. 19 a 36.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Madrid, Comares, 2004.
- ARROYO JIMÉNEZ, LUIS. *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2004.
- ARROYO JIMÉNEZ, LUIS. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA y DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, Edit. Marcial Pons, 2009.
- ASENSI SABATER, JOSÉ. “Crisis teórica, transiciones constitucionales”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 28, enero-junio, 2012.
- ASÍS, RAFAEL DE. *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III y Dykinson, 2001.
- ATIENZA, MANUEL. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Autónoma de México, 2003.
- ATIENZA, MANUEL y JUAN RUIZ MANERO. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, n.º 27, 2007, p. 7-28.
- ATIENZA, MANUEL y JUAN RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”, *Revista Doxa*, n.º 10, 1991, pp. 101-120.
- ATIENZA, MANUEL, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *REDA*, n.º 85, marzo de 1995.
- BACIGALUPO, MARIANO. *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, Marcial Pons, 1997
- BALADÍES ROJO, MARGARITA. *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- BALADÍES ROJO, MARGARITA. “La vinculación de la administración al derecho”, en *RAP*, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000.
- BARCELONA LLOP, JAVIER. *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Editorial Universidad de Cantabria, 1995.
- BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER. “Notas históricas sobre la Noción de Dominio Eminente”, *Revista Ius Publicum*, n.º 4, 2000.

- BARNES VÁSQUEZ, JAVIER. *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y Civitas, 1993.
- BARNES, JAVIER. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *RAP*, n.º 135, 1994
- BARNES, JAVIER. “Presentación de la Traducción de la obra del profesor Eberhard Schmidt-Assmann”, en EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema, objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, INAP, Marcial Pons, 2006, pp, XVII.
- BASSOLS COMA, MARTÍN. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, *RAP*, n.º 84, 1977.
- BASSOLS COMA, MARTÍN. “El medio ambiente y la ordenación del territorio”, en *Documentación Administrativa (Ecología y Medio Ambiente)*, n.º 190, extraordinario, abril-junio, 1981.
- BATTAGLIA, FELICE. *Estudios de teoría del Estado. El dogma de la Personalidad Jurídica del Estado*, Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966.
- BAUMOL, WILLIAM y WALLACE OATES. *The Theory of Environmental Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- BELADIEZ ROJO, MARGARITA. *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- BENDECK OLIVELLA, JORGE. “Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993”, *Gaceta del Congreso*, n.º 75, 23 de septiembre de 1992.
- BÉNOIT, FRANCIS-PAUL. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, *JurisClasseur Administratif*, Fascs. 700, 715, 716, 720, n.º 1178, 1954.
- BÉNOIT, FRANCIS-PAUL. “Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d’imputabilité)”, *JurisClasseur Public*, 1957.
- BÉNOIT, FRANCIS-PAUL. *Le droit administratif français*, París, Dalloz, 1968.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. “Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy”, en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BENDECK OLIVELLA, JORGE. “Exposición de Motivos a la Ley 80 de 1993”, *Gaceta del Congreso*, n.º 75, 23 de septiembre de 1992.

- BENVENUTI, FELICIANO. *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, CEDAM, 1987.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. *El acto ejecutivo. Origen y formación de la categoría central del derecho administrativo*, Madrid, CEC, 1992.
- BETTI, EMILIO. *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.
- BOBBIO, NORBERTO. *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, 2006.
- BOIX PALOP, ANDRÉS. “Libertad de expresión y pluralismo en la red”, REDC, n.º 65, mayo-agosto, 2002.
- BONNARD, ROGER. *Précis de droit public*, París, Sirey, 1946.
- BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA. “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española”, *Revista de Administración Pública*, n.º 23, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA. *Derecho administrativo*, t. I, Civitas, 1989.
- BODIN, JEAN. *Los seis libros de la República*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1997.
- BOVEN, THEODOOR C. VAN. “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en KAREL VASAK (ed.). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol I, Barcelona, Serbal-UNESCO, 1984.
- BRANDÃO CAVALCANTI, THEMISTOCLES. *Teoría do Estado, Rio de Janeiro*, Brasil, 2.ª ed., 1969.
- BRAVO LIRA, BERNARDINO. “El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla”, en AHDE, t. LVIII, 1988.
- BREWER-CARÍAS, ALLAN. *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, San Cristobal, Universidad Católica del Táchira y Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1977.
- BREWER-CARÍAS, ALLAN. *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.
- BREWER-CARÍAS, ALLAN. *El derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas, Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos n.º 16, 1992.
- BREWER-CARÍAS, ALLAN “Ley orgánica del procedimiento administrativo y el contencioso administrativo en el procedimiento administrativo”, *Archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración*, vol. IV, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1980-1981.
- BREWER-CARÍAS, ALLAN. “Contratos administrativos”, *Colección Estudios Jurídicos*, n.º 44, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992.
- BRICEÑO CHAVES, ANDRÉS MAURICIO. *La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado*, Tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2007.
- BUENAHORA, LUIS. *Derecho Administrativo*, Bogotá, Talleres de Ediciones Colombia, 1927.

- BUITRAGO VARGAS, YOHAN MANUEL. “Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Maestría en Derecho, Profundización en Administrativo, 2014.
- BURCH, SALLY. *Sociedad de la información/sociedad del conocimiento*, Palabras en juego: *Enfoques multiculturales sobre las sociedades de la información*, en ALAIN AMBROSI, VALÉRIE PEUGEOT y DANIEL PIMIENTA, C & F Éditions, 2005.
- BURDEAU, GEORGES. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Editora Nacional, Cultura y Sociedad Torregalinda, 1981.
- BYSE, CLARK. “Recenti sviluppi del diritto amministrativo negli Stati Uniti d’America”, RTDP, año XXVI, 1976.
- CALASSO, FRANCESCO. *Medioevo del diritto*, vol. I, Giuffrè, 1954.
- CARBONELL, MIGUEL. “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 5, México, Editorial Porrúa, enero-diciembre de 2006.
- CARREJO, SIMÓN. *Derecho civil*, t. I, Bogotá, Temis, 1972.
- CARBONELL PORRAS, ELOÍSA. “Los procedimientos administrativos en Estados Unidos”, en ELOÍSA CARBONELL PORRAS y JOSÉ LUIS MUGA MUÑOZ. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- CARBONELL, MIGUEL. “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>], consultado el 9 de febrero de 2014.
- CASAL H., JESÚS MARÍA. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*, 2.ª ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los proceso de privatización”, RAP, n.º 157, 2002.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en JUAN CARLOS CASSAGNE y GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo Perrot, 2005.
- CASSESE, ANTONIO. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, 1.ª ed., 1.ª reimp., Barcelona, Ariel, 1993.
- CASSESE, SABINO. *Las bases del derecho administrativo*, Madrid, MAP e INAP, 1994.
- CASSESE, SABINO. *Le basi del diritto amministrativo*, Editorial Garzanti, 1995.

- CASSESE, SABINO. “La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito”, en *Trattato di diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 2000.
- CASSESE, SABINO. “El espacio jurídico global”, *Revista de Administración Pública*, n.º 157, enero-abril de 2002.
- CASSESE, SABINO. *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*, Sevilla, Global Law Press, INAP, 2014.
- CASTELLS, MANUEL. *La sociedad red*, Madrid, Alianza Editorial, 1996.
- CASTELLS, MANUEL. *Comunicación y poder*, Madrid, Alianza Editorial, 2009.
- CAVANNA, ADRIANO. *Storia del diritto moderno in Europa; le fonti e il pensiero giuridico* 1, Milano, Giuffrè, 1982.
- CEDIÉL ÁNGEL, ERNESTO. *Ineficacia de los actos jurídicos*, Escuelas Gráficas Salesianas, 1943.
- HAPUS, RENÉ. *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, LGDJ, 1957.
- CHARLES J. VAN CAENEGEM, RAOUL. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- CHEVALLIER, JACQUES. *Le service public*, París, Presses Universitaires de France, 1991
- CHINCHILLA MARÍN, CARMEN. “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo”, en *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*, UNED y Civitas, 1992.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Edit. Jovene, 1960.
- CINTRA DO AMARAL, ANTONIO CARLOS. *Extinção do ato administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.
- CLARICH, MARCELLO. “La giustizia”, en AA.VV. *Trattato di diritto amministrativo*, t. II, Milano, Giuffrè, 2000.
- COHEN, JOSHUA. “Deliberación y legitimidad democrática”, *Revista Cuaderno Gris*, III época, n.º 9, Universidad Autónoma de Madrid, 2007, pp. 127-145.
- COLEMAN, JULES. *Riesgos y daños*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- COLOM PASTOR, BARTOLOMEU. *El derecho de petición*, Madrid, Universitat de les Illes Balears y Marcial Pons, 1997.
- CORREA HENAO, MAGDALENA. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- CORTÉS, ÉDGAR. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- CRAWFORD, JAMES. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado*, Edit. Dykinson.

- CUCHILLO FOX, MONTSERRAT. *Jueces y administración en el federalismo norteamericano (el control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Civitas, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administración Pública de Catalunya, 1996.
- DA ROCHA E MENESES CORDEIRO, ANTONIO MANUEL. *Da Boa Fé no Directo Civil*, Coimbra, Almedina, 2007.
- DAHRENDORF, RALF. *Oportunidades vitales. Notas para una teoría social y política*, RAMÓN GARCÍA COTARELO (trad.), Madrid, Espasa-Calpe, 1983.
- DOEHRING, KARL. “Estado social, Estado de derecho y orden democrático”, en WOLFGANG ABENDROTH, ERNST FORSTHOFF y KARL DOEHRING. *El Estado social*, JOSÉ PUENTE EGIDO (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp.107-207; título original: “Sozialstaat Rechtsstaat und Freinheitlich-Demokratische Grundordnung”, en BRUNO HECK. *Die Politische Meinung*, Bonn, Eich-Holz Verlag, Colección Estudios Constitucionales, 1978.
- DAVID, RENÉ. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- DAVID, RENÉ. *O direito inglês*, São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- DE ARAÚJO, ANTONIO CARLOS. *Cintra: motivo e motivação do ato administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. “Telecomunicaciones y Comunidades Autónomas en la Ley General de Telecomunicaciones”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (Redeti)*, n.º 2, 1998.
- DEGUERGUE, MARYSE. “Causalité et imputabilité”, *JurisClasseur*, n.º 5, Fasc. 830, 31 de enero de 2000.
- DEGUERGUE, MARYSE (coord.). *La justicia y la responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad de Santo Tomás, 2010.
- DELGADO BARRIO, JAVIER. *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Madrid, Civitas, 1993.
- DE LOS RÍOS, FERNANDO. “Prólogo”, en GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*, FERNANDO DE LOS RÍOS (trad.), Buenos Aires, Albatros, 1954.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal*, t. II, “Pruebas judiciales”, 7.ª ed., Bogotá, ABC, 1984.
- DÍAZ PALOS, FERNANDO. *Dolo penal*, Barcelona, Bosch, 1972.
- DÍEZ DE VELASCO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16.ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.
- DÍEZ PICAZO, LUIS. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, t. V, Navarra, Thomson-Civitas, 2011.

- DÍEZ, MANUEL MARÍA. “Actos administrativos”, en *Enciclopedia Jurídica Omega*, t. I, Bibliográfica Argentina.
- DÍEZ, MANUEL MARÍA. “Noción conceptual de acto administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, n.^{os} 3 y 4, Montevideo, julio-diciembre de 1975.
- DÍEZ, MANUEL MRÍA. “El acto administrativo en la Ley 19.549”, en *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus-Ultra, 1975.
- DÍEZ, MNUEL MARÍA. *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, 1956.
- DÍEZ SASTRE, SILVIA. *El precedente administrativo, fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- DUGUIT, LEÓN. *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1915.
- DUGUIT, LEÓN. *Las transformaciones generales del Derecho Público y Privado*, Buenos Aires, Heliasta, 1975.
- DUGUIT, LEÓN. *Manual de derecho constitucional*, Comares, 2005.
- DGUIT, LEÓN. “Estudio preliminar”, en LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones del derecho público*, Analecta, 2006.
- DUGUIT, LEÓN. *El pragmatismo jurídico*, México, Coyoacán, 2008.
- DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- DWORKIN, RONALD. “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en CÉSAR RODRÍGUEZ (ed.). *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 1997.
- DWORKIN, RONALD. *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Editorial Siglo Veintiuno, 2012.
- DWORKIN, RONALD. *Justicia para erizos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- ELLIOTT, CHRISTA. “Terror in the Press: How the U.K.’s threatened criminalization of the Guardian under the Terrorism Act 2000 would violate article 10 of the European Convention on Human Rights”, *American University International Law Review*, vol. 30, n.º 1, 2015.
- ENGISCH, KARL. *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- ENTRENA CUESTA, RAFAEL. “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración”, *Revista de Administración Pública*, n.º 24, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- ESCOLA, HÉCTOR JORGE. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1981.
- ESCRIBANO COLLADO, PEDRO. “¿Crisis de los conceptos de la Administración Pública y de Derecho Administrativo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 37, 1983, pp. 165 a 184.

- ESCOBAR GIL, RODRIGO. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999.
- ESCOBAR SANÍN, GABRIEL. *Negocios Civiles y Comerciales*, t. II. *Contratos*, Medellín, Diké, 1994.
- ESPINOSA JARAMILLO, GUSTAVO. *La Saga de los Ejidos. Crónica legal siglos XIII-XX*, Universidad Santiago de Cali, 1997.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ. *Técnica, riesgo y derecho*, Barcelona, Ariel, 2000.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ. “Responsabilidad de la administración y riesgos del desarrollo”, en TOMÁS QUINTANA LÓPEZ. *La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ. “Transparencia y legitimidad en las decisiones públicas adoptadas en torno de complejidad científica”, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CMPOAMOR, ALFONSO. “El Estado Social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 69, 2003
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4.ª ed., Madrid, Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34, 2011, pp. 15-53.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 1. *Teoría del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 2016.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 131, 2011.
- FERNÁNDES DE OLIVEIRA, REGIS. *Ato administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, RECAREDO. *Los contratos administrativos*, Librería General de Vitoriano Suárez, 1927.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de derecho administrativo*, tt. I y II, 6.ª ed., Madrid, Civitas, 1993.
- FERNÁNDEZ, TOMAS RAMÓN. *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994.

- FERNÁNDEZ, TOMAS RAMÓN. *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, Publicaciones Abella El Consultor, 1995.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, n.º 150, 1999.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR. *Justicia constitucional y democracia*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. *El derecho privado romano*, México, Esfinge, 1985.
- FRAGA, GABINO. *Derecho administrativo*, 40.ª ed. actualizada por MANUEL FRAGA, México, Porrúa.
- FRESSLER, JOSHUA. *Understanding Criminal Procedure*, 2.ª ed., California, 1996.
- FRIEDMAN, MILTON y ROSE FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, Grijalbo, 1980.
- FRIEDMAN, MILTON. *Capitalismo y libertad*, Madrid, Rialp, 1966.
- FREY, KLAUS. “Gobernanza electrónica urbana e inclusión digital: experiencias en ciudades europeas y brasileñas”, *Nueva Sociedad*, n.º 196, 2005.
- FORSTHOFF, ERNST. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FORSTHOFF, ERNST. *El Estado en la sociedad industrial*, Madrid, IEP, 1975.
- GALGANO, FRANCESCO. “El concepto de persona jurídica”, *Revista del Estado*, n.º 16, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO. *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el antiguo régimen y el Estado constitucional y los fundamentos de derecho administrativo español*, Madrid, IEA, 1971.
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO. *Derecho administrativo I, Materiales*, Madrid, 1989.
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO. *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid, Tecnos, 1992
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO et al. *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. “Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo”, *RAP* n.º 2, mayo-agosto de 1950.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. “Verso un concetto di Diritto Amministrativo come Diritto Statutario”, *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 1960.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.ºs 41 y 42, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO “Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo”, REDA, n.º 26, julio-septiembre de 1980.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Democracia, jueces y control de la administración*, S.L., Madrid, Civitas, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, 15.ª ed., S.L. Civitas, 2011.
- GARCÍA MACHO, RICARDO. “El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la administración, el ciudadano y el público”, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- GARCÍA MEXÍA, PABLO. *Derecho europeo de Internet. Hacia la autonomía académica y la globalidad geográfica*, La Coruña, Netbiblo, 2009.
- GARCÍA OVIEDO, CARLOS y ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS. *Derecho administrativo*, Iberoamericanas, 1954, t. II, Madrid, EISA, 1968.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. “El negocio jurídico del particular en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid, Tecnos, 1982.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n.º 119, mayo-agosto de 1989.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. “El concepto de servicio público en el derecho español”, RAP, n.º 135, 1994.

- GARRIDO FALLA, FERNANDO. “¿Réquiem por el servicio público?”, *Cuenta y Razón*, n.º 116, 2000, p. 9.
- GARCÍA GALLO, ALFONSO. “La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI-XVIII”, *AHDE*, t. XLIV, 1974.
- GARCÍA GALLO, ALFONSO. “Los principios rectores de la organización territorial indiana en el siglo XVI”, *AHDE*, t. XL, 1970.
- GARCÍA-PELAYO, MANUEL. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984.
- GARCÍA-TREVIJANO FOX, JOSÉ ANTONIO. *Los actos administrativos*, 2.^a ed., S.L. Civitas, 1991.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ERNESTO. *El silencio administrativo en la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, Civitas, 1995.
- GAUDEMET, EUGENE. *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, 1984.
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO. *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939.
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO. “Atto amministrativo”, *Enciclopedia del Diritto*, t. IV, Milano, Giuffrè, 1959.
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO. *Derecho administrativo*, vol. I, Ministerio para las administraciones Públicas, 1991.
- GIANNINI, MASSIMO SEVERO. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, Colección de Estudios Administrativos, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1980.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Madrid, 1990.
- GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO. *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964.
- GÓMEZ PUENTE, MARCOS. *La inactividad de la administración*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- GÓMEZ TORRES, MARY. “Política fiscal para la gestión ambiental en Colombia”, en *XV Seminario Regional de Política Fiscal*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, Santiago de Chile, enero de 2003.
- GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO. *El procedimiento administrativo español en la doctrina científica. Antología de textos, 1958-1970*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1972.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, MIGUEL. *Derecho procesal administrativo*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1984.
- GORDILLO, AGUSTÍN. *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2004.
- GUASTINI, RICCARDO. “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n.º 34, marzo de 1999, pp. 38-46
- GUASTINI, RICCARDO. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999,
- GUASTINI, RICCARDO. *Estudios de teoría constitucional*, México, Editorial Fontamara y Universidad Autónoma de México, 2001.
- GURVITCH, GEORGES. *La idea del derecho social. Noción y sistema del derecho social. Historia doctrinal desde del siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Granada, Comares, 2005.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Between Facts and Norms*, Cambridge, 1999.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 3.ª ed., Madrid, Trotta, 2001.
- HABERMAS, JÜRGEN. “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, en JÜRGEN HABERMAS. *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, 1.ª ed., 7.ª reimp., Barcelona, Paidós, 2010.
- HAURIOU, MAURICE. *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Reus, 1928.
- HAURIOU, MAURICE. *Derecho constitucional I. Instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980.
- HAURIOU, MAURICE. *Obra escogida*, Madrid, IEA, 1976.
- HAYEK, FRIEDRICH. *Camino de servidumbre*, Editorial Alianza, 1945.
- HELLER, HERMANN. “¿Estado de derecho o dictadura?”, en *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985.
- HELLER, HERMANN. *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- HENAO, JUAN CARLOS. “La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del Estado en derecho colombiano y francés”, en AA.VV. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. II, Madrid, Civitas, 2003.
- HENAO, JUAN CARLOS. “¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y en derecho francés?”, en *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- HENAO, JUAN CARLOS. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

- HERNÁNDEZ, NICOLÁS. “Privatizaciones: significado y razón de ser desde el punto de vista económico”, *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 3, 1999.
- HERRERA, CARLOS MIGUEL. “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 86, Madrid, 1994.
- HERRERA, CARLOS MIGUEL. “Estado social y derechos sociales fundamentales”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 340, abril de 2009.
- HERRERA ROBLES, ALEKSEY. “La personalidad Jurídica del Estado”, *Revista de Derecho*, n.º 14, Barranquilla, Universidad del Norte, 2000.
- HESSE, KONRAD. *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- HÖFFE, OTFRIED. *Justiça Política, Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- HOMO, LEÓN. *La Roma imperial y el urbanismo en la antigüedad*, Uteha, 1956.
- HUERGO LORA, ALEJANDRO. “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 137, mayo-agosto de 1995.
- IBÁÑEZ, PERFECTO ADRÉS y ROBERT ALEXANDER. *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006
- ITURRALDE SESMA, VICTORIA. *El precedente en el Common Law*, Civitas, 1995.
- JAKOBS, GÜNTHER. “Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung”, *ZStW* 89, 1977.
- JAKOBS, GÜNTHER. *La imputación objetiva en el derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.
- JAMES, EMILE. *Historia del Pensamiento Económico en el Siglo XX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- JELLINEK, GEORG. *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1954.
- JESTAEDT, MATHIAS. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008
- JÈZE, GASTÓN. *Principios generales del derecho administrativo*, t. II-1, Buenos Aires, Depalma, 1948.
- JIMÉNEZ DE ARECHÁGA, EDUARDO. “International responsibility”, en MAX SORENSEN. *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968.
- JINESTA LOBO, ERNESTO. “Administraciones públicas electrónicas: retos y desafíos para su regulación”, *Ivstitia*, año 22, n.º 261-262.

- JOSSERAND, LOUIS. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, Puebla, México, Cajicá, 1946.
- KANT, IMMANUEL. *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Alianza, 1989.
- KANT, IMMANUEL. *Lecciones de ética*, Barcelona, Crítica, 2001.
- KELSEN, HANS. *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, De Palma, 1948.
- KELSEN, HANS. *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara, 1992.
- KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito, versão condensada pelo autor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito, Introdução á problemática científica do direito (versão condensada pelo próprio autor 1933)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- KELSEN, HANS. *Teoría general del Estado*, Coyocán, México, 2008
- KELSEN, HANS. “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, México, Porrúa, julio-diciembre de 2008, pp. 3-46.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. “La categoría jurídica ‘sujeto/objeto’ y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVII, 2009.
- KEYNES, JHON MAYNARD. “El final del *laissez-faire*” (1926), en, *Ensayos sobre Intervención y Liberalismo*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987.
- KOTEICH, MILAGROS. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del ‘daño corporal’) en el ordenamiento francés”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010.
- LAFUENTE BENACHES, MERCEDES. *La ejecución forzada de los actos administrativos por la administración pública*, Madrid, Tecnos, 1995.
- LAGUADO GIRALDO, ROBERTO. *Actos administrativos por medios electrónicos*, Universitas, 2003.
- LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. *La autorización administrativa*, S.L. Civitas Ediciones, 2006.
- LAJUGIE, JOSEPH. *Los sistemas económicos*, Buenos Aires, Eudeba, 1994.
- LANDI, GUIDO. “Licenza (diritto amministrativo)”, *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIV, Milán, Giuffrè, 1974.
- LANDI, GUIDO y GIUSEPPE POTENZA. *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2002.
- LALINDE ABADÍA, JESÚS. “El régimen virreino-senatorial en Indias”, *AHDE*, t. XXXVIII, 1967.
- LARENZ, KARL. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, 1.ª reimp., Madrid, Civitas, 1990.
- LARENZ, KARL. *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

- LARENZ, KARL. “Derecho de obligaciones”, citado en LUIS DÍEZ PICAZO. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, t. V, 1.^a ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2011.
- LATORRE, ÁNGEL. *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1990.
- LAUBADÈRE, ANDRÉ DE. “Responsabilité administrative”, en ANDRÉ DE LAUBADÈRE, JEAN CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET. *Traité de droit administratif*, t. I, Libro II, 15.^a ed., París, LGDJ.
- LE CORBUSIER. *Principios de Urbanismo*, Barcelona, Ariel, 1989.
- LEGUINA VILLA, JESÚS. “Principios generales del derecho y Constitución”, RAP, n.º 114, septiembre-diciembre de 1987.
- LEGUINA VILLA, JESÚS. “Prólogo”, en MARGARITA BELADIEZ ROJO. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Madrid, Tecnos, 1997.
- LEVENE, RICARDO. “Fuentes del derecho indiano”, AHDE, t. I, 1924.
- LLISET BORRELL, FRANCISCO. “La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa”, RAP, n.º 80, mayo-agosto de 1976.
- LOBO BOTELHO GUALAZZI, EDUARDO. *Justiça administrativa*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986
- LOCKE, JOHN. *Tratado del gobierno civil*, Madrid, Imprenta de la Minerva Española, 1821.
- LOCKE, JOHN. *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991.
- LOPES MEIRELLES, HELY. *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1996.
- LÓPEZ CALERA, NICOLÁS. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la Teoría de los Derechos*, Barcelona, Ariel, 2000
- LÓPEZ GUERRA, LUIS. “Sobre la personalidad jurídica del Estado”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, n.º 6, 1980
- LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN, TOMÁS J. et al. “La reforma fiscal ecológica en la Unión Europea: antecedentes, experiencias y propuestas”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 8, n.º 15, II sem., 2006.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Universidad de los Andes y Legis, 2009.
- LÓPEZ RODO, LAUREANO. “Personalidad jurídica del Estado en el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, n.º 11, 1981.
- LÓPEZ RODO, LAUREANO. “Personalidad jurídica del Estado”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 5, 1993.
- LORDELLO DE MELLO, DIOGO. “Governo local (local government)”, en *Diccionario de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, 1986
- LOSANO, MARIO G. *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid, Debate, 1993.

- MADRID MALO G., MARIO. *Código contencioso administrativo*, Bogotá, Legis, 1985
- MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL ALEJANDRO. *La ciencia de la policía: una introducción histórica al derecho administrativo colombiano*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, 2006.
- MALARET I GARCÍA, ELISENDA. *El derecho de la administración pública: derecho público y derecho privado; relevancia de los principios constitucionales*, Madrid, Institut d'Estudis Autònoms-Marcial Pons, 1999.
- MARIENHOFF, MIGUEL. *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4.^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.
- MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO. *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MARTIN, CLAUDIA; DIEGO RODRÍGUEZ-PINZÓN y JOSÉ A. GUEVARA B. (comps.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara y Universidad Iberoamericana, 2004.
- MARTIN, GILLES. “Principe de précaution et responsabilité”, en *Les transformations de la régulation juridique*, París, LGDJ, 1998.
- MARTÍN MATEO, RAMÓN. “La ignorancia de las leyes. Las actuales circunstancias”, RAP, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000.
- MARTÍN REBOLLO, LUIS. *Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras* (s. l.), UNAM, Acervo Biblioteca Jurídica Virtual, IIJ.
- MARTÍN REBOLLO, LUIS. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000.
- MARTÍN REBOLLO, LUIS. *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Madrid, Iustel, 2005.
- MARTÍN REBOLLO, LUIS. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en RAFAEL BADELL MADRID (coord.). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo (en homenaje al profesor Luis H. Farias Mata)*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO. “La efectiva aplicabilidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el sistema jurídico español”, RAP, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, JOSÉ LUIS. “Nuevo sistema conceptual”, en *Privatización y liberalización de servicios*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 3, 1999.

- MARTENS. FRIEDRICH FROMHOLD VON. *Tratado de derecho internacional*, Madrid, La España Moderna, 1890.
- MASSERA, ALBERTO. “L’influenza della cultura tedesca sulla prolusione orlandina”, *Trimestrale de Diritto Pubblico*, n.º 4, 1989.
- MATÍAS PINTO, RICARDO. “Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año IV, n.º 7 y 8, enero-diciembre de 2007, pp. 305 a 337.
- MAURER, HARTMUT y LUÍS AFONSO HECK. *Elementos de direito administrativo alemão*, Sergio Fabris, 2001.
- MAURER, HARTMUT. *Derecho administrativo. Parte general*. Editorial Marcial Pons, 2011.
- MAYER, OTTO. *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- MAZEAUD, HENRY y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil. Parte primera. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.
- MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*, São Paulo, Editora Saraiva, 2010.
- MEDELLÍN FORERO, CARLOS. “Plures rei stipulandi et promittendi”, en III *Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, agosto de 1981.
- MERKL, ADOLF. *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, ERDP, 1935.
- MERKL, ADOLF. *Teoría general del derecho administrativo*, México, Edinal, 1975.
- MERKL, ADOLF. *Teoría general del derecho administrativo*, Comares. Granada. 2004.
- MERQUIOR, JOSE GUILHERME. *Liberalismo viejo y nuevo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- MESSINEO, FRANCESCO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. II, Buenos Aires, Ejea, 1954.
- MICHAUD, JEAN-LUC. *La ordenación de las zonas litorales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981.
- MILL, JHON STUART. *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.
- MODERNE, FRANK. “Decadencia del punto de vista orgánico de la definición del acto administrativo en derecho francés: los actos administrativos de origen privado”, *REDA*, n.º 4, enero-marzo de 1975.
- MOLES COUBET, ANTONIO. “La personalidad jurídica del Estado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 81, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1991.
- MONEDERO GIL, JOSÉ IGNACIO. *Doctrina del contrato del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. “El concepto de administración pública en el derecho comunitario europeo”, *Revista de Derecho del Estado* n.º 8, junio de 2000.

- MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.
- MONTES DE ECHEVERRI, SUSANA. “Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos”, *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Bogotá, Universidad de los Andes, junio de 2000
- MOREAU, JACQUES. *La responsabilité administrative*, París, PUF, 1995
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ IGNACIO. *Los actos presuntos*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- MUÑOZ MCHADO, SANTIAGO. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, Alianza, 1994
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Servicio público y mercado*. I. *Los fundamentos*. II. *Las telecomunicaciones*. III. *La televisión*. IV. *El sistema eléctrico*, Madrid, Civitas, 1998.
- NARANJO GÁLVEZ, RODRIGO. “La reforma contencioso administrativa de 1914”, *Estudios Socio-Jurídicos*, n.º 1, Bogotá, Universidad del Rosario, julio de 2001.
- NAVIA ARROYO, FELIPE. “Reflexiones sobre la máxima *nemo auditur*”, en *Homenaje a Fernando Hinestrosa. Liber Amicorum*, t. II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1993.
- NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- NEWMAN, FRANK C, y KAREL VASAK. “Derechos civiles y políticos”, en KAREL VASAK (ed.). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, Barcelona, Serbal y Unesco, 1984.
- NIEMEYER, GERHART. “Prólogo”, en *Teoría del Estado de Hermann Heller*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- NIETO, ALEJANDRO. “El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas”, *RAP*, n.º 32, Madrid, mayo-agosto de 1960.
- NIETO, ALEJANDRO. “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *RAP*, n.º 76, enero-abril de 1975.
- NIETO, ALEJANDRO. “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, *RAP*, n.º 81, septiembre-diciembre de 1976.
- NIETO, ALEJANDRO. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1986.
- NIETO, ALEJANDRO. “El derecho como límite del poder en la Edad Media”, *RAP*, n.º 91, enero-abril de 1990.
- NIETO, ALEJANDRO. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1986

- NINO, CARLOS SANTIAGO. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997.
- NINO, CARLOS SANTIAGO. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- OLGUÍN JUÁREZ, HUGO. *Extinción de los actos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento*, Editorial Jurídica de Chile, 1961.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Bogotá, Temis, 1998.
- OSPINA MEJÍA, LAURA y GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE. “Cambio de objetivos, modificación, traslado y supresión de funciones de entidades y organismos administrativos del orden nacional en proceso de reestructuración”, *Revista Vniversitas*, n.º 106, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2003, pp. 269-300.
- ORLANDO, VITTORIO EMANUELE. *Principios de derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1978.
- ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS IGNACIO. “El reto dogmático del principio de eficacia”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, España, 1994, pp. 7 a 16.
- ORTEGA, LUIS y SUSANA DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, Marcial Pons, 2009.
- ORTIZ DÍAZ, JOSÉ. “El precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 24, 1957.
- OTS CAPDEQUÍ, JOSÉ MARÍA. “Apuntes para la historia del municipio hispanoamericano del período colonial”, AHDE, t. I, 1924.
- OTS CAPDEQUÍ, JOSÉ MARÍA. *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965.
- PAILLET, MICHEL. *La responsabilidad administrativa*, JESÚS MARÍA CARRILLO (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO. *La cláusula de equilibrio contractual y sus efectos en los contratos de concesión*, Bogotá, Ministerio de Hacienda, Concesiones en Infraestructura, Coinvertir y Corporación Andina de Fomento, 1996.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO. “El equilibrio económico y financiero del contrato en la Ley 1150”, *Revista Economía Colombiana*, n.º 321, Bogotá, Contraloría General de la República, noviembre de 2007.
- PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo*, t. II, *Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000.
- PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo*, t. III, *Bienes Públicos. Derecho Urbanístico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000.
- PARADA, J. RAMÓN. “Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos”, RAP, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000.

- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *El concepto de derecho administrativo*, Caracas, Jurídica Venezolana, 1984.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Derecho urbanístico, instituciones básicas*, Ciudad Argentina, Mendoza, 1986.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Eficacia y administración. Tres estudios*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas y Boletín Oficial del Estado, 1995.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Manual de derecho administrativo*, vol. I, Barcelona, Ariel, 1998.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “El Estado social administrativo. Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, RAP, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”, en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO et al. *Las estructuras del bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes*, España, Civitas, 2002.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “Estudio preliminar”, en MAGDALENA CORREA HENAO. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Crisis y renovación en el Derecho público*, Lima, Palestra, 2008.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*, Madrid, Iustel, 2009.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “El sistema de la organización institucional en la reciente regulación colombiana del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, en *Comentarios a la Ley de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC– (Ley 1341 de 2009)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España*, Sevilla, Global Law Press, Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Derecho administrativo*, Manuales de Derecho Administrativo, Financiero e Internacional Público, 2016.
- PEÑA VALENZUELA, DANIEL. “La sociedad de la información y la ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, en *Comentarios a la Ley de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC– (Ley 1341 de 2009)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PÉREZ ROYO, JAVIER. *Curso de derecho constitucional*, 12.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2010.

- PÉREZ-GÓMEZ, CASTÁN. *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Dykinson, 1996.
- PESET REIG, MARIANO. “Notas para una interpretación de León Duguit”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 157, 1968.
- PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN ANDRÉS. *Derecho Administrativo de Bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- PISIER-KOUCHNER, EVELYNE. *Le service public dans la théorie de l'État de León Duguit*, París, LGDJ, 1972.
- PITSCHAS, RAINER. “El Derecho administrativo a la información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico”, en JAVIER BARNES (ed.). *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2007.
- POSADA, ADOLFO. *Estudio preliminar a la obra de Duguit. Las transformaciones del derecho público*, Analecta, 2007.
- POZZOLO, SUSANNA. “Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, n.º 21, II, 1998, pp. 339-353.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- PUGLIATTI, SALVADOR. *Introducción al estudio del derecho civil*, México, Porrúa, 1943.
- PUYANA SILVA, ALFREDO. “El sistema integral de seguridad social: parte general y el subsistema general de pensiones”, *Serie de investigaciones en Derecho Laboral*, n.º 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS. *La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- QUINTERO NAVAS, GUSTAVO. *Procedimiento administrativo electrónico: aportes de la Ley 1437 de 2011*, Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- RADBRUCH, GUSTAV. “El espíritu del derecho inglés”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1958.
- RADBRUCH, GUSTAV. *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1992.
- RAMBAUD, PATRICK. “La justicia administrativa en Francia”, en AA.VV. *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993.
- RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO. “El derecho internacional como fuente del derecho administrativo: análisis comparativo entre los ordenamientos jurídicos colombiano y francés”, ponencia, 2000.

- RAMÓN LEAL, ALBERTO. “La fundamentación del acto administrativo”, *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, n.º 522, Bogotá, mayo-julio de 1983.
- RAMOS CHAPARRO, ENRIQUE. *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos, 1995.
- RANELLETTI, ORESTE. *Teoria generale delle autorizzazione e concessione amministrativa in giurisprudenza italiana*, Torino, 1894.
- RANELLETTI, ORESTE. *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.ª ed. riveduta e integrata, Milano, Giuffrè, 1945.
- RAWLS, JOHN. *Liberalismo político*, 1.ª ed., 1.ª reimp., Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- RAWLS, JOHN. *Teoría de la justicia*, 7. reimp., 2a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- RAZ, JOSEPH. *Valor, respeto y apego*, MARTA BERGAS FERRIOL (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- REBUFFA, GIORGIO. “I lessici al tempo della prolusione di Vittorio Emanuele Orlando”, *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, n.º 4, 1989.
- RESTREPO BOTERO, DARÍO. *La falacia neoliberal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- RESTREPO PIEDRAHITA, CARLOS. *Constituciones de la primera república liberal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tt. I y II, 1986, tt. III, IV-1 y IV-2, 1979.
- RETORTILLO, MARTÍN L. “Actos administrativos generales y reglamentos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 40, enero-abril de 1963.
- RIAG, A. *La voluntad en la formación del acto jurídico*, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1965.
- RINCÓN CÁRDENAS, ERIK. *Manual de Derecho de comercio electrónico y de Internet*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. *Derecho administrativo laboral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- RIPERT, GEORGE y JEAN BOULANGER. *Tratado de derecho civil*, t. IV, Buenos Aires, La Ley, 1965.
- RIVERO, JEAN. *Derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
- RIVERO, JEAN. *Curso de direito administrativo comparado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- RIVERO, JEAN. “¿Existe un criterio de derecho administrativo?”, en *Páginas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002.
- RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Sevilla, Global Law Press, INAP, 2015.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000

- RODRÍGUEZ, CÉSAR (ed.). *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 1997.
- RODRÍGUEZ R., LIBARDO. *Derecho Administrativo. General y colombiano*, 14.^a ed., Bogotá, Temis, 2005.
- RODRÍGUEZ R., LIBARDO. *Derecho Administrativo. General y colombiano*, 17.^a ed. , Bogotá, Temis, 2011.
- ROLLAND, LOUIS. *Précis de droit administratif*, París, Dalloz, 1947.
- ROSS, ALF. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1974.
- ROUSSEAU, JEAN JACQUES. *El Contrato Social*, Madrid, Tecnos, 1998.
- SABINE, GEORGE H. *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- SABOURAULT, DIDIER. “La responsabilidad del servicio público de la justicia en Bélgica”, en MARYSE DEGUERGUE (coord.). *La justicia y la responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad de Santo Tomás, 2010.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. “Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación”, en JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS y CARLOS A. SOTO COAGUILA (dir). *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil*, t. 4, Lima, Grijley, 2006.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”. Disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].
- SALAMANCA, HERNÁN. *Derecho civil*, Curso IV, “Contratos”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1977.
- SAMPAY, ANTONIO ENRIQUE. “Prólogo”, en *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.
- SAMUELSON, PAUL A. y WILLIAM D. NARWHALS. *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 2002.
- SÁNCHEZ BELLA, ISMAEL. “La jurisdicción de hacienda en Indias”, AHDE, t. XXIX, 1959.
- SÁNCHEZ BLANCO, ÁNGEL. “La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de derecho”, RAP, n.º 119, mayo-agosto de 1989.
- SÁNCHEZ FIGUEROA, JUAN CARLOS. *La administración pública en la sociedad de la información: antecedentes de la adopción de las iniciativas de gobierno electrónico por los ciudadanos*, Tesis Doctoral, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009.
- SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2010.
- SÁNCHEZ TRIANA, ERNESTO. “Mecanismos financieros e instrumentos económicos para la gestión ambiental en Colombia”, en MIGUEL RODRÍGUEZ (ed.). *La política ambiental de fin de siglo*, Bogotá, CEREC, 1995.

- SANZ TAPIA, ÁNGEL. “El origen de la institución virreinal ante el caso concreto del virreinato de La Plata”, en Justicia, sociedad y economía en la América española, vi Congreso del Instituto de Historia del Derecho Indiano, Valladolid, Casa-Museo Colón, 1983.
- SANZ SALLA, CONSUELO OLIMPIA. “El derecho a la información administrativa en la era digital: una aproximación al Derecho norteamericano”, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1973.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Fundamentos de derecho administrativo*, Editorial Ceura, 1988.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Fundamentos de derecho administrativo I*, Madrid, Centro de Estudios “Ramón Areces”, 1991.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975.
- SARMIENTO GARCÍA, MANUEL GUILLERMO. “La Teoría del Riesgo y la Responsabilidad Civil”, en *Estudios de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.
- SARMIENTO PALACIO, EDUARDO. *Alternativas a la encrucijada neoliberal*, Escuela Colombiana de Ingeniería, Bogotá, 1998.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Bases constitucionales del régimen municipal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. “Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y decisión administrativa de licencia urbanística”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. “Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública”, en *Contratación estatal*.

- Estudios sobre la reforma contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, Tesis Doctoral, Madrid, Universidad Carlos III, Getafe, 2010.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Procedimientos administrativos y tecnología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en ALLAN R. BREWER CARÍAS y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora: aplicación en el sector energético, ambiental, de telecomunicaciones y en otros sectores*, Colección de Estudios en Derecho Minero y Energético, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *El Concepto de Convencionalidad, vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectora*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- SARMIENTO, DANIEL. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2008.
- SARTORI, GIOVANNI. *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1988.
- SAVATIER, RENÉ. *Traité de la responsabilité civile en droit français, civil, administratif, professionnel, procedural*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.
- SAYAGUÉZ LASO, ENRIQUE. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1974.
- SCHÄFFER HEINZ. “El procedimiento administrativo en Austria. Origen, desarrollo, situación actual y efectos expansivos en la codificación austriaca de 1925”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 9, Madrid, 2005.
- SCHMITT, CARL. *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Alianza, 1982.
- SCHMITT, CARL. *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. *Teoría general del derecho administrativo como sistema, objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, en JAVIER BARNÉS. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Sevilla, Global Law Press, 2012.
- SCOGNAMIGLIO, RENATO. *Teoría general del contrato*, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

- SEABRA FAGUNDES, MIGUEL. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciario*, São Paulo, Saraiva, 1984.
- SENDÍN GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*, Granada, Comares, 2003.
- SERNA BILBAO, MARIA NIEVES DE LA. “Las licencias urbanísticas”, en *Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- SEVILLA MERINO, IGNACIO. *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, Madrid, Civitas, 1996.
- SMITH, ADAM. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Fondo de Cultura económico. México. 1997.
- SOMMERMANN, KARL-PETER. “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de derecho”, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- SORACE, DOMENICO. *Estado y servicios públicos*, Lima, Palestra, 2006.
- SORIANO, JOSÉ EUGENIO. “El concepto de derecho administrativo y la administración pública en el Estado social y democrático de derecho”, *Revista de Administración Pública*, n.º 121, enero-abril de 1990.
- STARCK, BORIS. *Essai d'une théorie général de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, París, 1947.
- STIGLITZ, JOSEPH. *Los felices 90. La semilla de la destrucción* (s. l.), Antillana, 2005.
- STOETZER, CARLOS. “El espíritu de la legislación indiana y la identidad latinoamericana”, *REP*, n.º 53, 1986.
- TAFUR GALVIS, ÁLVARO. “Evolución del concepto de acto administrativo”, *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, n.º 512, octubre-diciembre de 1980
- TAFUR GALVIS, ÁLVARO. “El concepto de acto administrativo en el nuevo código”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 65, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, abril-junio de 1984.
- TAMAHANA, BRIAN Z. *En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría*, ALBERTO SUPELANO (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO. *El derecho y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 1986.
- TIGAR, MICHAEL E. y R. MADELEINE LEVY. *O direito e a ascensão do capitalismo*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1977.
- TRAYTER JIMÉNEZ, JUAN MANUEL. *El control del planeamiento urbanístico*, Madrid, Civitas, 1996.
- TRILLO-FIGUEROA MOLINUELO, MARÍA JOSÉ. “La influencia del derecho Canónico en la configuración del concepto de persona jurídica”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 21, 2009

- TOCQUEVILLE, ALEXIS. *El Antiguo Régimen y la Revolución*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, libro segundo, capítulos II a IV.
- TUCCI, MASSIMO A. *L'atto amministrativo implicito*, Milano, Giuffrè, 1990.
- ULLMANN, WALTER. *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Madrid, Alianza, 1985.
- UNTERMAIER, JEAN. *La conservation de la nature et le droit public*, Tesis de Doctorado, Universidad de Lyon III, UER Facultad de Derecho, 1972.
- UPEGUI, JUAN CARLOS. *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho: Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- URUETA, MANUEL S. “El Consejo de Estado”, *Revista Universidad Externado de Colombia*, n.º 2, octubre de 1976.
- UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. “Contratación estatal. Legislación y jurisprudencia”, *Banco de datos jurídicos*.
- URUETA AYOLA, MANUEL S. “La potestad reglamentaria”, en AA.VV. *El derecho administrativo en Latinoamérica*, t. II, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1986.
- VALENCIA ZEA, ARTURO y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE. *Derecho Civil. Derechos Reales*, t. II, 11.^a ed., Bogotá, Temis, 2007.
- VARANO, VINCENZO. “Problemi attuali della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione in Inghilterra”, RTDP, 1969.
- VARNÉS VÁSQUEZ, JAVIER. “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- VARGAS, ANDRÉS M. y MAURO A. REYES BONILLA. “Instrumentos económicos para el manejo y conservación de áreas naturales”, en *Observatorio Grupo de Estudios en Economía Política y Medio Ambiente*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, n.º 4, junio-septiembre de 2010.
- VEDEL, GEORGES. *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO. *Bienes*, 7.^a ed., Bogotá, Temis, 1998.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO. *Bienes*, 11.^a ed., Bogotá Librería Jurídica Comlibros, 2008.
- VIDAL PERDOMO, JAIME. *El contrato de obra pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979.
- VIDAL PERDOMO, JAIME. *La noción de contrato estatal en derecho colombiano*, s. p., Bogotá, 1999.
- VILLAPALOS SALAS, GUSTAVO. “Los recursos en materia administrativa en Indias”, AHDE, t. XLVI, 1976.
- VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, Universidad de Madrid, 1968.

- VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, t. III, *Contratación administrativa*, Madrid, Universidad de Madrid, 1983.
- VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, vol. I, 4.^a ed., Madrid, Universidad Complutense, 1999.
- VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. “Implicaciones jurídicas de la Internet”, *Revista Saberes*, Villanueva de La Cañada, Universidad Alfonso el Sabio, 2003.
- VILLEGAS ARBELÁEZ, JAIRO. *Derecho administrativo laboral*, 11.^a ed., t. I, Bogotá, Legis, 2016.
- VINEY, GENEVIÈVE. *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*, 2.^a ed., París, LGDJ, 1995.
- VINEY, GENEVIÈVE. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, 1.^a reimp., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- VISINTINI, GIOVANNA. *¿Qué es la responsabilidad civil?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Von HAYEK, FRIEDRICH. *Los fundamentos de la libertad*, tt. I y II, Unión S.A., 1998.
- VON TUHR, ANDREAS. *Derecho Civil*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1946.
- VON MISES, LUDWIG. *Política económica*, Unión S.A., 2009.
- WADE, HENRY WILLIAM RAWSON. *Derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- WALINE, MARCEL. *Manuel élémentaire de droit administratif*, París, Recueil Sirey, 1946.
- WALTER, ROBERT y LUIS VILLAR BORDA (trads.). “Presentación”, en *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- WEIL, PROSPER. *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1986.
- WEIL, PROSPER. *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1994.
- WHITTAKER, SIMON. “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.º 1, 2008.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 4.^a ed., Madrid, Trotta, 2012.
- ZOLO, DANILO. “Teoria e crítica do Estado de direito”, en *O Estado de direito: história, teoria, crítica*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- AVELLA, FRANCISCO et al. “Gestión del litoral en Colombia. Reto de un país con tres costas”.
 Disponible en
[\[http://hum117.uca.es/ibermar/Resultados%20y%20descargas/publicaciones/Colombia\]](http://hum117.uca.es/ibermar/Resultados%20y%20descargas/publicaciones/Colombia).

- BASSOLS COMA, MARTÍN. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”. Disponible en [https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/descarga/articulo/1098026.pdf]
- BREWER-CARIAS, ALLAN R. “El concepto”. Disponible en [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Aysu4nFeho0J:www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.204.EL%2520CONCEP.DER.ADMINIST.VZLA%2520-1983.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&client=safari].
- ENTRENA CUESTA, RAFAEL. “El concepto de administración pública en la doctrina y el derecho positivo español”. Disponible en [https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/descarga/articulo/2112459.pdf].
- FERRER MACGREGOR, EDUARDO. “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. Disponible en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf], consultado 9 de febrero de 2014.
- FERRER MACGREGOR, EDUARDO. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. Disponible en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf]; consultado el 9 de febrero de 2014].
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. “Sobre el derecho y sus ideas cardinales”. Disponible en [https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/descarga/articulo/2111834.pdf].
- KISS, ALEXANDRE CH. “El derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. Disponible en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/908/6.pdf], consultada el 29 de abril de 2013.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LUIS. “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”. Disponible en [https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/descarga/articulo/5066222.pdf].
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LUIS. “La administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*”. Disponible en [http://www.cepc.gov.es/gl/publicaciones/revistas/revistas-electronicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22224].
- MIR PUIG, SANTIAGO. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5 de mayo de 2003. Disponible en [http://criminet.urg.es/recpc].
- MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. “León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, julio-diciembre de 2005. Disponible en [https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/servlet/articulo?codigo=1972289].
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”. Disponible en [https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/descarga/articulo/1098092.pdf].
- OCHOA MONZÓ, JOSÉP. “¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?”. Disponible en [https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/servlet/articulo?codigo=568588].

PANTALEÓN, FERNANDO. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones públicas)”. Disponible en [https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/como%20repensar%20la%20responsabilidad.pdf].

PAREJO ALFONSO, LUCIANO; ANTONIO JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ y LUIS ORTEGA ÁLVAREZ. *Manual de derecho administrativo. Parte especial*, 4.^a ed., Barcelona, Ariel, 1998; “Realización del medio ambiente adecuado y procedimiento administrativo”. Disponible en [http://www.ecoiuris.com/paginas/art15.htm], consultada el 10 de junio de 2002.

REID, WALTER V. et al. “Un informe de la evaluación de los ecosistemas del milenio”, Final Draft, embargoed 30 march 2005, p. 5. Disponible en [http://www.millenniumassessment.org].

ROBAYO GALVIS, WILFREDO. “Corte Constitucional vs. Corte Internacional de Justicia: comentarios sobre la legitimidad de la delimitación territorial y marítima entre Nicaragua y Colombia”, *Serie de Documentos de Trabajo*, n.º 39, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, 2015, pp.1 a 20. Disponible en [http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2365/wp-content/uploads/2015/09/DOC-DE-TRABAJO-391.pdf], consultada 27 de marzo de 2016.

RODRÍGUEZ CAMARGO, AÍDA JAQUELÍN. “Fundamentos para el uso de instrumentos fiscales en la política ambiental: una aproximación al caso colombiano”, Oficina de Estudios Económicos, DIAN, octubre de 2008, p. 53. Documento Web 033. Disponible en [http://www.dian.gov.co/descargas/Servicios/OEE-Documentos/Cuadernos/Cuaderno_de_trabajo_033.pdf].

STIGLITZ, JOSEPH. “El malestar en la globalización”. Disponible en [http://www.javeriana.edu.co/personales/jramirez/PDF/Stiglitz_malestar_en_prologo_cap1.pdf]

VILLAVECES NIÑO, JUANITA y FABIO SÁNCHEZ. “Tendencias históricas y regionales de la adjudicación de baldíos en Colombia”, Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Economía, Serie de Documentos de Trabajo, n.º 179, febrero de 2015, pp. 11 y ss. Disponible en [http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10933/12538.pdf].

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral, Caracol Televisión S. A. vs. Comisión Nacional de Televisión, 26 de noviembre de 2001.

Laudo arbitral del 24 de noviembre de 2000.

Laudo arbitral Concesión Santa Marta Paraguachón S. A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, 24 de agosto de 2001.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de junio de 1961, CE, t. LXIII, n.^{os} 392 a 396, 1961.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de octubre de 1964, ACE, t. LXIII, n.^{os} 405 y 406.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 11 de marzo de 1968.

Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 1968 ACE, t. LXXIV.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 3 de octubre de 1968, ACE, t. LXXV, n.^{os} 419 y 420, 1968.

Auto del 11 de septiembre de 1969, ACE, t. LXXVIII, n.^{os} 423 y 424, 1969.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 1971, ACE, t. LXXXI, n.^{os} 431 y 432.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de marzo de 1971, ACE, t. LXXX, n.^{os} 429-430.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de octubre de 1971, ACE, t. LXXXI, n.^{os} 431 y 432.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto del 20 de enero de 1972, ACE, t. LXXXII.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de abril de 1973.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 29 de julio de 1974, salvamento de los consejeros JUAN HERNÁNDEZ SÁENZ y MIGUEL LLERAS, ACE, t. LXXXVII, n.^{os} 443 y 444, 1974.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 1975, ACE, t. LXXXVIII, n.^{os} 445 y 446, 1975.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de noviembre de 1975, ACE, t. LXXXIX, n.^{os} 447 y 448, 1975.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 29 de octubre de 1976.

Sección Primera. Auto del 30 de agosto de 1977, ACE, t. XCIII, n.^{os} 445 y 446, 1977.

Sección Primera. Sentencia del 6 de febrero de 1980.

Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 1980.

Sección Tercera. Sentencia del 12 de abril de 1984, exp. 2586.

Sección Segunda. Sentencia del 12 de diciembre de 1984.

Sección Cuarta. Sentencia del 22 de enero de 1987, exp. 549.

Sección Segunda. Sentencia del 19 de marzo de 1987.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 1988, exp. 3466.

Sección Cuarta. Auto del 1.º de octubre de 1988, exp. 2288.

Sección Primera. Auto del 18 de noviembre de 1988, exp. 950.

Sección Tercera. Sentencia del 5 de mayo de 1989, exp. 1728.

Sección Tercera. Auto del 16 de noviembre de 1989.

Sección Segunda. Sentencia del 15 de mayo de 1989, exp. 3753.

Sección Primera, Sala Unitaria. Auto del 26 de enero de 1990, exp. 1143.

Sección Cuarta. Auto del 4 de mayo de 1990, exp. 2286.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 1990, exp. 4333.

Sección Cuarta. Sentencia del 19 de octubre de 1990, exp. 2695.

Sección Segunda. Auto del 24 de octubre de 1990, exp. 5298.

Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990, exp. 5902.

Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 1990, exp. 5990.

Sección Tercera. Sentencia del 4 de marzo de 1991, exp. 5825.

Sección Primera. Sentencia del 15 de mayo de 1991, exp. 190.

Sección Primera. Sentencia del 6 de junio de 1991.

Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1991, exp. 5944.

Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1991, exp. 6253.

Sección Segunda. Auto del 23 de octubre de 1991, exp. 6121.

Sección Tercera. Sentencia del 25 de octubre de 1991, exp. 6376.

Sección Primera. Sentencia del 5 de agosto de 1991, exp. 1588.

Sección Tercera. Sentencia del 8 de noviembre de 1991, exp. 6701.

Sección Tercera. Auto del 17 de abril de 1991, exp. 6602.

Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 1991, exp. 6371.

Sección Segunda. Sentencia del 18 de diciembre de 1991, exp. 3936.

Sección Tercera. Sentencia del 14 de febrero de 1992, exp. 6477.

Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 1992, exp. 6255.

Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 1992, exp. 6654.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de mayo de 1992, exp. 2466.

Sección Tercera. Sentencia del 3 de junio de 1992, exp. 6773.

Sección Tercera sentencia del 23 de junio de 1992 bajo el radicado n.º 6032.

Sección Tercera. Sentencia del 3 de julio de 1992.

Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992, exp. 7217.

Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 1992, exp. 6.822.

Sección Tercera. Sentencia del 1.º de octubre de 1992, expediente: 7058.

Sección Tercera. Sentencia del 15 de octubre de 1992, exp. 7137.

Sección Tercera. Sentencia del 1.º de enero de 1993, exp. 7343.

Sección Segunda. Auto del 19 de febrero de 1993, exp. 7061.

Sección Tercera. Sentencia del 4 de marzo de 1993, exp. 7237.

Sección Tercera. Sentencia del 21 de mayo de 1993, exp. 7064.

Sala Plena. Sentencia del 14 de julio de 1993, exp. AC-853.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 1993, exp. 8231.

Sección Tercera. Sentencia del 1 de junio de 1994, exp. 8998.

Sentencia del 12 de agosto de 1994, exp. 5500.

Sala Plena, del 18 de noviembre de 1994, exp. AR-004.

Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 1995, exp. 9550.

Sección Primera. Sentencia del 3 de marzo de 1995, exp. 2691.

Sección Primera. Sentencia del 1.º de junio de 1995, exp. 3102.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de noviembre de 1995, exp. 745.

Sección Primera. Sentencia del 21 de marzo de 1996, exp. 3575.

Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 1996, exp. 10.151.

Sala Plena. Sección Tercera. Sentencia del 11 de julio de 1996, exp. 9409.

Sala Plena. Sentencia del 13 de julio de 1996, exp. S612 (3367).

Sección Primera. Sentencia del 12 de febrero de 1996, exp. 3359.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de septiembre de 1996, exp. 10327.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de octubre de 1996, exp. 925.

Sección Tercera. Sentencia del 10 de marzo de 1997, exp. 10038.

Sección Tercera. Sentencia del 10 de marzo de 1997, exp. 11500.

Sección Tercera. Sentencia del 16 de junio de 1997, exp. 10024.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 1997, exp. 951.

Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 1997, exp. 10760.

Sección Tercera. Sección Tercera. Sentencia del 9 de diciembre de 1993, exp. 7818; Auto del 12 de octubre de 1997, exp. 13977.

Sala Plena. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 1998, exp. 11099.

Sección Tercera. Sentencia de febrero 26 de 1998, exp. 11477.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998, exp. 1097.

Sección Tercera. Auto del 20 agosto de 1998, exp. 1042.

Sección Primera. Sentencia del 18 de marzo de 1999, exp. 5253.

Sección tercera. Sentencia del 11 de mayo de 1999, exp. 11949.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 1999, exp. 12387.

Sala Plena. Sentencia del 18 de enero del 1000, exp. AI-046.

Sala Plena. Sentencia de febrero del 1000, exp. S-7018.

Sección Tercera. Sentencia del 1 de marzo del 1000, exp. 11401.

Sección Tercera. Sentencia de Junio 8 del 1000, exp. 16973.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio del 1000, exp. 11842.

Sección Tercera. Auto del 14 de septiembre del 1000, exp. 13530

Sección Tercera. Sentencia del 18 de octubre del 1000, exp. 11834.

Sección Tercera. Sentencia del 9 de agosto del 1001, exp. 12998.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de octubre del 1000, exp. 12707.

Sección Primera. Sentencia del 24 de mayo del 1001 exp. AP-076.

Sección Quinta. Sentencia del 6 de julio de 2001, exp. AP-072.

Sección Quinta. Sentencia del 14 de agosto de 2001, exp. AP-100.

Sección Quinta. Sentencia del 14 de agosto de 2001, exp. AP-124.

Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, exp. 12722.

Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. AP-182.

Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, expediente: 31164.

Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 3531.

Sección Cuarta. Sentencia del 20 de mayo de 1994.

Sección Tercera. Sentencia del 5 de febrero de 1998, exp. 12043.

Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998, exp. 1402 de 1998.

Sección Primera. Sentencia del 14 de octubre de 1999, exp. 5064.

Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2000, exp. 11878.

Sección Primera. Sentencia del 6 de abril de 2000, exp. 5373.

Sección Tercera. Sentencia del 17 de agosto de 2000, exp. 12123.

Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2000, exp. 12166.

Sección Tercera. Auto del 1 de febrero de 2001, exp. 18904.

Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 3531.

Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 12161.

Sección Tercera. Sentencia del 15 de marzo de 2001, exp. 11162.

Sección Tercera. Sentencia del 15 de marzo de 2001, exp. 11222.

Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2001, exp. 12338.

Sección Tercera Sentencia del 17 de junio de 2001, exp. AP-166.

Sección Tercera. Sentencia del 28 de junio de 2001, exp. 13610.

Sección Primera. Sentencia del 6 de julio de 2001, exp. 32401.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001, exp. 11956.

Sección Primera. Sentencia del 26 de julio de 2001, exp. 6717.

Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2001, exp. 13187.

Sección Quinta. Sentencia del 24 de agosto de 2001, exp. AP-124.

Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 11090.

Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, radicado n.º 13.356.

Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002, exp. 12706.

Sección Tercera. Auto del 7 de febrero de 2002, exp. 21.854.

Sección Tercera. Sentencia del 14 febrero de 2002, exp. 12.924.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 23 de febrero de 2002, exp. 22495.

Sección Tercera. Sentencia del 4 de abril de 2002, exp. 13642.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002, exp. 13122.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de abril de 2002, exp. 13446

Sección Tercera. Sentencia del 14 febrero de 2002, exp. 13.238.

Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2002, exp. 12789.

Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 5863.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de abril de 2002, exp. 14076.

Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2002, exp. 13262.

Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 2002, exp. 12801.

Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 2002, exp. 12040.

Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 2002, exp. 13744.

Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 2002, exp. 13811.

Sección Tercera. Sentencia del 1.º de agosto de 2002, exp. 13248.

Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 2002, exp. 12850.

Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2002, exp. 18673.

Sección Primera. Sentencia del 2 de septiembre de 2002, exp. 6306.

Sección Quinta. Sentencia del 15 de octubre 2002, exp. 1687-01.

Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2002, exp. AP-518.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2002, exp. 13818.

Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2002, exp. 13879.

Sección Tercera. Sentencia de noviembre 7 de 2002, exp. 21943.

Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2002, exp. 13546.

Sección Quinta. Sentencia del 21 de noviembre de 2002, exp. 1571-01.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002, exp. 22511.

Sala Plena. Sentencia del 4 de marzo de 2003, exp. 8302.

Sección Tercera. Sentencia del 22 de mayo de 2003, exp. 23532.

Sección Primera. Sentencia del 11 de julio de 2003, exp. 8326.

Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 2003, exp. 13965.

Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 2003, exp. 14394.

Sección Cuarta. Sentencia del 20 de noviembre de 2003, exp. 01503(AP).

Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10799.

Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 13416.

Sentencia del 19 de febrero de 2004, exp. 24648.

Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 14043.

Sección Tercera. Sentencia de 2004, febrero 26, exp. 14043.

Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2004, exp. 12664.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2004, exp. 13935.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2004, exp. 15936.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2004, exp. 1750-01(AP).

Sección Tercera. Sentencia del 21 de abril de 2004, exp. 10875.

Sección Tercera. Sentencia del 21 de abril de 2004, exp. 14651.

Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004, exp. 15088.

Sentencia del 22 de abril de 2004, exp. 14292.

Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2004, exp. 15321.

Sección Tercera. Sentencia del 17 de junio de 2004, exp. 14452.

Sección Tercera. Sentencia del 24 de junio de 2004, exp. 15705.

Sección Tercera. Sentencia del 24 de junio de 2004, exp. 15235.

Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2004, exp. 2003-01003 AP.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004, exp. 12342.

Sección Primera. Sentencia del 26 de agosto de 2004, exp. 0003-01 (AP).

Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, exp. 14578.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, exp. 16503.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 13683.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 14421.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2004, exp. 19478.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2004, exp. 16433.

Sección Tercera. Sentencia del 15 de diciembre de 2004, exp. 14250.

Sección Tercera. Sentencia del 24 de febrero de 2005, exp. 14937.

Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2005, exp. 27.921.

Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2005 exp. 14583.

Sección Tercera. Sentencia del 5 de mayo de 2005, exp. 15.326.

Sección Tercera. Sentencia del 2 de junio de 2005, exp. 1999-02382 AG.

Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2005, exp. 12846.

Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12249.

Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 26308.

Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2005, exp. 15276.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2005, exp. 15070.

Sección Cuarta. Sentencia del 8 de septiembre de 2005, exp. 14.379.

Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14579.

Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 23058.

Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 15854.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2005, exp. 15001.

Sección Tercera. Sentencia del 27 de octubre de 2005, exp. 15384.

Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1682 del 2 de noviembre de 2005.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2005, exp. 15.003.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2005, exp. 14065.

Sección Tercera. Sentencia del 1.º de enero de 2006, exp. 14686.

Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2006, exp. 2001-00213 (AG).

Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13414.

Sección Tercera. Sentencia del 1.º de marzo de 2006, exp. 15284.

Sección Tercera. Sentencia del 1.º de abril de 2006, exp. 15537.

Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 16041.

Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, exp. 15352.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 14694.

Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006, 15162.

Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2006, exp. 1993-09034 (14807).

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 14287

Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 15772.

Sección Primera, 26 de octubre de 2006, exp. 6427.

Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006; radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; exp. 18059.

Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 30832.

Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 15707.

Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 16541.

Sección Tercera Sentencia del 7 de marzo de 2007, exp. 11.542.

Sección Tercera. Sentencia del 8 de marzo de 2007, exp. 15052.

Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 14464.

Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 16098.

Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15599.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 14669.

Sección Tercera. Sentencia del 29 de Agosto de 2007, exp. 15324.

Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15469.

Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 14854.

Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2007, exp. 16402.

Sección Tercera. Sentencia del 4 de octubre de 2007, exp. 16368.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2007, exp. 29273A.

Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2007, rad. exp. 15023.

Sección Tercera. Sentencia del 8 de noviembre de 2007, exp. 15967.

Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715.

Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2007, exp. 16652.

Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24710.

Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, rad. 24.715.

Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2007, exp. 16704

Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 14650.

Sección Tercera. Sentencia del 20 de marzo de 2008, exp. 16429.

Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 15725.

Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 14780.

Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085.

Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 15750.

Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008, rad. 15001233100019880843101-8031.

Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 14200.

Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 16.293.

Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008, exp. 8431.

Sección Tercera. Sentencia del 16 de julio de 2008, exp. 16695.

Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 23003.

Sección Tercera. Sentencia del 31 de julio de 2008, rad.. 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP).

Sección Tercera. Sentencia del 1.º de octubre de 2008, exp. 16270.

Sección Tercera. Sentencia del 1.º de octubre de 2008, exp. 17001.

Sección Tercera. Sentencia del 1.º de octubre de 2008, exp. 27268.

Sección Tercera. Sentencia del 15 de octubre de 2008, exp. 16350.

Sección Tercera. Sentencia del 8 de noviembre de 2008, exp. AG-00605.

Sección Tercera. Sentencias del 13 de noviembre de 2008, exp. 16335.

Sección Tercera. Sentencia del 1.º de diciembre de 2008, exp. 15603.

Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2008, exp. 16370.

Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 16335.

Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17031.

Sección Tercera. Sentencia del 1.º de diciembre de 2008, exp. 15603.

Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2008, exp. 15937.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1948 de 2009.

Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 2009, exp. 16700.

Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 15662.

Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2009, exp. 16689.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 14726.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 15757.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de febrero de 2009, exp. 16080.

Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 16103.

Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 15852.

Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2009, exp. 16372.

Sentencia del 14 de mayo de 2009, exp. 25901.

Sección Primera. Sentencia del 11 de junio de 2009, exp. 04632-02.

Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 17429.

Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 16 de julio de 2009, exp. 2009-00731 (AC).

Sección Tercera. Sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 17552.

Sección tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 16785.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 17733.

Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2009, exp. 17988.

Sala Plena. Sentencia del 29 de septiembre de 2009, exp. 2003-00442-01(S)IJ.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 35656.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 20536.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2009, exp. 17510.

Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24.639.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17138.

Sala de Servicio Civil y de Consulta. Sentencia del 3 de diciembre de 2009, exp. 11001-03-06-000-2009-00053-00(1969).

Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 2010, exp. 17819.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 17179.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 17606.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 17655.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 18756.

Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 18394.

Sección Tercera. Sentencias del 18 de marzo de 2010, exp. 32651.

Sección Tercera. Sentencias del 18 de marzo de 2010, exp. 18569.

Sección Tercera. Sentencia del 23 de marzo de 2010, exp. 17072.

Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 18960.

Sección Tercera. Sentencia del 9 de junio de 2010, exp. 18683.

Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 16.367.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 2010, exp. 18496.

Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. Sentencia del 28 de abril de 2010, exp. 17935.

Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 16432.

Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 18967.

Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010, exp. 18072.

Sección Tercera. Sentencia del 15 de abril de 2010, exp. 18014.

Sección Tercera. Sentencia del 15 de abril de 2010, exp. 18292.

Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010, exp. 17992.

Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 29 de abril de 2010, exp. 0821-09.

Sección Tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 18800.

Sección Tercera. Sentencia del 9 de junio de 2010, exp. 18078.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 2010, exp. 14496.

Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 18395.

Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 18376.

Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18636.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2011, exp. 17547.

Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2011, exp. 15940.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de enero de 2011, exp. 15996.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de febrero de 2011, exp. 17663.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de febrero de 2011, exp. 34387.

Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2011, exp. 17558.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de febrero de 2011, exp. 25032.

Sección Tercera. Auto del 9 de febrero de 2011, Sala Plena, exp. 37556.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 9 de febrero de 2011, exp. 16934.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 10 de febrero de 2011, exp. 19123.

Sección Tercera. Sentencia del 14 de febrero de 2011, exp. 15225.

Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 17555.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 20046.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2011, exp. 20683.

Sección Cuarta. Sentencia del 7 de marzo de 2011, rad.. 11001-03-28-000-2010-00006-00.

Sección Tercera. Sentencia del 10 de marzo de 2011, exp. 15666.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de marzo de 2011, rad. 18118.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 18224.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011, exp. 20220.

Sección Tercera. Sentencia del 13 de abril de 2011. Subsección C, exp. 37423.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 20502.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 20374.

Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2011,exp. 17476.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de mayo de 2011, exp. 20097.

Sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 18116.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 25 de mayo de 2011, exps. 15838, 18072, 25212, 18647, casos Las Delicias.

Sala Plena. Sentencia del 31 de mayo de 2011, exp. 2010-00388.

Sala Plena. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de junio de 2011 exp. 18836.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de junio de 2011, exp. 19548.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de julio de 2011, exp. 18.762.

Sección Tercera. Sentencia del 23 de julio de 2011, exp. 21318.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 25 de julio de 2011, rad. 19150.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 25 de julio de 2011, exp. 20132.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 25 de julio de 2011, exp. 20545.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de julio de 2011, exp. 16131.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 11 de agosto de 2011, exp. 20758.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 agosto 2011, exp. 20227.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de agosto de 2011, exp. 20144.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2011, exp. 20457.

Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 14461.

Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 31 agosto 2011, exp. 19195.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de septiembre de 2011, exp. 20571.

Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2011, exp. 15476.

Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 2011, exp. 16655.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de octubre de 2011.

Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2011, exp. 17549.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 20241.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 20861.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 16437.

Subsección C, Auto del 13 de octubre de 2011, exp. 110010326-000-2011-00039-00.

Sección Tercera. Sentencia del 15 de noviembre de 2011, exp. 21178.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012, exp. 20611.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de enero de 2012, exp. 22748.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de febrero de 2012, rad. 19730.

Sección Tercera. Subsección C 14 de febrero de 2012, por la Sala plena de lo contencioso Administrativo, exp. 38942.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 14 de febrero de 2012, exp. 38924.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 29 de febrero de 2012, exp. 21.314.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 14 de marzo de 2012. Subsección C, exp. 21578.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 21 de marzo de 2012, exp. 18834.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 21 de marzo de 2012, exp. 21391.

Sección Tercera. SubSección C. Sentencia 21 de marzo de 2012, exp. 39477.

Sección Tercera. Sentencia del 28 de marzo de 2012, exp. 22471.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 9 de abril de 2012, exp. 21510.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de abril de 2012, exp. 17434.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 21515.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 25 de abril de 2012, rad. 22167.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. 22304.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de mayo de 2012, exp. 23710.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 23 de mayo de 2012.

Sección Tercera. Sentencia del 24 de mayo de 2012. Subsección B, exp. 18931.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 6 de junio de 2012, exp. 21014.

Sección Tercera. Sentencia del 7 de junio de 2012. Subsección C, exp. 22341.

Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2012, exp. 23.972.

Sección Tercera. SubSección C. Sentencia del 5 de julio de 2012, exp. 22.873.

Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 12 de julio de 2012, exp. 05001-23-31-000-1998-02319-01.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2012, exp. 22221.

Sección Tercera. Sentencia del 8 de agosto de 2012. Subsección C, exp. 23044.

Sección Tercera. Sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 23358.

Sección Tercera. Sentencia del 23 de agosto de 2012, exp. 24392.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de agosto de 2012, exp. 25317.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 24335.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 24356.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de octubre de 2012, exp. 24070.

Sección Tercera. Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Sala Plena, exp. 24897.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 22043.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 21.130

Sección Tercera. Sentencia del 13 de febrero de 2013, exp. 22279.

Sección Tercera. Sentencia del 27 de febrero de 2013, exp. 22946.

Sección Tercera. Subsección C, Auto 27 de febrero de 2013, exp. 45316.

Sección Tercera. Sentencia del 27 de febrero de 2013, exp. 20812.

Sección Tercera. Sentencia del 27 de febrero de 2013, exp. 22601.

Sección Tercera. Sentencia del 17 de abril de 2013, exp. 22713.

Sección Tercera. Sentencia del 17 de abril de 2013, exp. 23359.

Sección Tercera. Subsección C, 24 de abril de 2013, exp. 27315.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 3 de mayo de 2013, exp. 26352.

Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 2013, exp. 24510.

Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2013, exp. 23313.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 31 de mayo de 2013, exp. 31724.

Sección Tercera. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C, 13 de junio de 2013, exp. 26637.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 26800.

Sección Tercera. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 24809.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 23730.

Sección Tercera. Sentencia del 12 de junio de 2013, exp. 22821.

Sección Primera. Sentencia del 4 de julio de 2013, exp. 2012-01437.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2013, exp. 25587.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2013, exp. 26465A.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2013, exp. 30283.

Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2013. Subsección C, exp. 39005.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de septiembre de 2013, exp. 26918.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de septiembre de 2013, exp. 38928.

Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2158 del 10 de diciembre de 2013.

Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013, exp. 23354.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de octubre de 2013, exp. 22076.

Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. 41719.

Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2014, exp. 16326.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. 40802.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. 31583.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de febrero de 2014, exp. 28579.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de marzo de 2014, exp. 26924.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 35420.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014, exp. 47830.

Sala Plena. Sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 2012-02201.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014, exp. 2010-00768.

Sección Tercera. Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 26251.

Sección Tercera. Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 28804.

Sección Tercera. SubSección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 24809.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 38.109.

Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 23 de octubre de 2014, exp. 2014-01380 AC.

Sección Tercera. Sala de Subsección C, del 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 28 de enero de 2015, exp. 31007.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de febrero de 2015, exp. 31579.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de marzo de 2015, exp. 32297.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2015, exp. 33223.

Sección Tercera. Auto del 26 de marzo de 2015, exp. 42523.

Sección Tercera. SubSección C. Sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52556.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 25574.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 35978.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 6 de mayo de 2015, exp. 35268.

Sección Primera. Sentencia del 13 de mayo de 2005, exp. 00606-01.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de mayo de 2015, exp. 29772.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 4 de junio de 2015, exp. 28400.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 4 de junio de 2015, exp. 37566.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 26 de junio de 2015, exp. 20764A.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 1.º de julio de 2015, exp. 33.507.

Sección Tercera. Subsección C. Auto del 19 de agosto de 2016, exp. 57830.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 23 de septiembre de 2015, exp. 34994.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de septiembre de 2015, exp. 34086.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de septiembre de 2015, exp. 21774.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de septiembre de 2015, exp. 25383.

Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2015, exp. 48.061

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de octubre de 2015, exp. 48061.

Sección Tercera. Auto 42.523 del 22 de octubre de 2015.

Sección Tercera. SubSección C. Sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 51376.

Sección Tercera. SubSección C, Auto del 30 de noviembre de 2015, exp. 52440.

Sección tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2015, exp. 46.736.

Sección Primera. Sentencia del 10 de marzo de 2016, exp. 2001-00141.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 1.º de abril de 2016, exp. 41217.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 1.º de mayo de 2016, exp. 33140A.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 34682.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 37383.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 30708.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de mayo de 2016, exp. 36526.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016, exp. 31327.

Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016, exp. 36329.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 31 de mayo de 2016, exp. 33650.

Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de junio de 2016, exp. 37331.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 8 de julio de 2016, exp. 24769.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 8 de julio de 2016, exp. 36148.

Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 8 de julio de 2016, exp. 36933.
Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 40441.
Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 41631.
Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 25 de julio de 2016, exp. 33868.
Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 1.º de agosto de 2016, exp. 29589.
Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 1.º de agosto de 2016, exp. 35116.
Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 1.º de agosto de 2016, exp. 41334.
Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 1.º de agosto de 2016, exp. 36288.
Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de agosto de 2016, exp. 37109.
Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2016, exp. 39584.
Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de septiembre de 2016, exp. 38804.
Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 3 de octubre de 2016, exp. 31159.
Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 3 de octubre de 2016, exp. 38160.
Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 3 de octubre de 2016, exp. 40057.
Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de noviembre de 2016, exp. 50642.
Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de noviembre de 2016, exp. 35.339.
Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 17 de noviembre de 2016, exp. 22976.
Sección tercera. Subsección C. Auto del 9 de diciembre de 2016, exp. 58119.
Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de febrero de 2017, exp. 52805.
Sección Tercera. Subsección C. Auto del 9 de febrero de 2017, exp. 52149.

CORTE CONSTITUCIONAL

Auto 138 del 28 de mayo de 2008.
Auto 209 del 27 de mayo de 2009.
Sentencia C-046 de 1991.
Sentencias T-012 de 1992.
Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992.
Sentencia C-479 de 1992.
Sentencia T-503 del 25 agosto de 1992.
Sentencia C-510 del 3 de septiembre de 1992.

Sentencia T-566 de 1992.

Sentencia T-533 del 23 septiembre de 1992.

Sentencia T-567 de 1992.

Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992.

Sentencia T-537 de 1992.

Sentencia T-540 de 1992.

Sentencia T-578 de 1992.

Sentencia C-580 de 1992.

Sentencia T-475 del 29 de julio de 1992.

Sentencia T-457 del 14 de julio de 1992 (exp. T-1376).

Sentencias T-522 de 1992.

Sentencia T-537 de 1992.

Sentencia C-006 de 1993.

Sentencia C-013 del 21 de enero de 1993.

Sala Plena. Sentencia de 1993.

Sala Plena. Sentencia C-104 de 1993.

Sentencias T-187 de 1993.

Sentencia C-270 del 13 de julio de 1993.

Sala Plena. Sentencia C-337 de 1993.

Sentencia T-361 de 1993.

Sentencia C-531 de 1993.

Sentencia C-542 de 1993.

Sentencia T-173 de 1993.

Sentencia T-081 de 1993.

Sentencia C-214 de 1994.

Sentencia C-224 de 1994.

Sentencia C-374 de 1994.

Sentencia T-260 del 1.º de junio de 1994.

Sentencia C-410 de 1994.

Sentencia C-424 de 1994.

Sentencia T-445 del 12 de octubre de 1994.

Sentencia C-527 del 18 de noviembre de 1994.

Sentencia T-578 de 1994.

Sentencia T-146 del 3 de abril de 1995.

Sentencia C-083 del 1.º de marzo de 1995.

Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995

Sentencia T-340 del 1.º de agosto de 1995.

Sentencia C-566 de 1995.

Sentencia C-594 de 1995.

Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996.

Sentencia C-263 de 1996.

Sentencia C-333 de 1996.

Sentencia T-576 del 10 de diciembre de 1993.

Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-419 del 23 de septiembre de 1994.

Sentencia T-118 del 16 de marzo de 1995.

Sentencia C-069 de febrero 23 de 1995.

Sentencia SU-620 de 1996.

Sentencia C-484 de 1995.

Sentencia T-279 de 1995.

Sentencia C-339 de 1996.

Sentencia T-403 del 25 de julio de 1996.

Sentencia de 1996, exp. C-489.

Sentencia C-495 de 1996.

Sentencia C-597 de 1996.

Sentencia C-037 de 1996.

Sentencia C-038 de 1996.

Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996.

Sentencia C-530 del 10 de octubre de 1996.

Sentencia C-633 del 21 de noviembre de 1996.

Sentencia C-691 del 5 de diciembre de 1996.

Sentencia SU-039 de 1997.
Sentencia C-154 de 1997.
Sentencia T-165 de 1997.
Sentencia C-448 de 1997.
Sentencia C-493 de 1997.
Sentencia C-584 de 1997.
Sentencia C-066 de 1997.
Sentencia C-309 de 1997.
Sentencia C-242 de 1997.
Sentencia T-227 de 1997.
Sentencia C-536 de 1997.
Sentencia T-001 de 1998.
Sentencia C-251 de 1998.
Sentencia T-068 de 1998.
Sentencia C-086 de 1998.
Sentencia C-126 de 1998.
Sentencia C-318 de 1998.
Sentencia T-395 de 1998.
Sentencia C-444 de 1998.
Sentencia SU-250 de 1998.
Sentencia C-563 de 1998.
Sentencia C-769 de 1998.
Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, exp. D-2268.
Sentencia C-066 del 10 de febrero de 1999.
Sentencia C-953 de 1999.
Sentencia C-595 de 1999.
Sentencia C-599 de 1999.
Sentencia T-364 del 20 de mayo de 1999.
Sentencia C-371 del 26 de mayo de 1999
Sentencia C-561 de 1999.

Sentencia SU-600 de 1999.

Sentencia T-714 del 27 de septiembre de 1999.

Sentencia C-722 de 1999.

Sentencia C-741 de 1999.

Sentencia C-068 de 1999.

Sentencia C-599 de 1999.

Sentencia C-866 de 1999.

Sentencia C-381 de 2000.

Sentencia C-385 de 2000.

Sentencia C-646 de 2000.

Sentencia C-866 de 1999.

Sentencia C-734 de 2000.

Sentencia C-110 de 2000.

Sentencia C-330 de 2000.

Sentencia C-371 de 2000.

Sentencia C-163 de 2000.

Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000.

Sentencia C-666 de 2000.

Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000.

Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000.

Sentencia C-371 de 2000.

Sentencia T-807 del 29 de junio de 2000.

Sentencia C-1404 de 2000.

Sentencia C-490 de 2000.

Sentencia C-734 de 2000.

Sentencia T-777 de 2000.

Sentencia T-836 de 2000.

Sentencia C-662 de 2000.

Sentencia T-1211 de 2000.

Sentencia C-1436 de 2000.

Sentencia C-361 de 2001.
Sentencia C-616 de 2001.
Sentencia C-648 de 2001.
Sentencia C-672 de 2001.
Sentencia C-922 de 2001.
Sentencia T-1319 de 2001.
Sentencia C-1064 de 2001.
Sentencia C-831 de 2001.
Sentencia C-892 de 2001.
Sentencia C-173 de 2001.
Sentencia 551 de 2001.
Sentencia C-709 del 5 de julio de 2001.
Sentencia C-1096 de 2001.
Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001.
Sentencia C-093 de 2001.
Sentencia T-1337 de 2001.
Sentencia C-832 de 2001.
Sentencia C-949 del 5 septiembre de 2001.
Sentencia C-1147 de 2001.
Sentencia SU-1184 de 2001.
Sentencia T-033 de 2002.
Sentencia C-090 de 2002.
Sentencia C-201 de 2002.
Sentencia C-251 de 2002.
Sentencia C-426 de 2002.
Sentencia C-506 de 2002
Sentencia C-619 de 2002.
Sentencia C-641 de 2002.
Sentencia C-649 de 2002.
Sentencias T-697 de 2002.

Sentencia C-891 de 2002.
Sentencia C-916 de 2002.
Sentencia C-948 de 2002.
Sentencia C-1038 de 2002.
Sentencia T-1451 de 2002.
Sentencia C-037 de 2003.
Sentencia C-128 de 2003.
Sentencia C-125 de 2003.
Sentencia C-183 del 4 de marzo de 2003.
Sentencia C-383 de 2003.
Sentencia C-254 de 2003.
Sentencia C-150 de 2003.
Sentencia T-603 de 2003.
Sentencia C-740 de 2003.
Sentencia C-741 de 2003.
Sentencia C-835 de 2003.
Sentencia C-150 de 2003.
Sentencia T-949 de 2003.
Sentencia T-1083 de 2003.
Sentencia T-136 de 2004.
Sentencia C-278 de 2004.
Sentencia C-864 de 2004.
Sentencia T-301 de 2004.
Sentencia C-043 de 2004.
Sentencia C-623 de 2004.
Sentencia C-644 de 2004.
Sentencia C-779 de 2004.
Sentencia T-830 de 2004.
Sentencia T-1094 de 2004.
Sentencia C-1172 de 2004.

Sentencia T-172 de 2005.
Sentencia T-175 de 2005.
Sentencia C-401 de 2005.
Sentencia C-590 de 2005.
Sentencia C-590 de 2005.
Sentencia C-822 de 2005.
Sentencia C-849 de 2005.
Sentencia C-1189 de 2005.
Sentencia T-062 de 2006.
Sentencia T-158 de 2006.
Sentencia C-044 de 2006.
Sentencia T-285 de 2006.
Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006.
Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006.
Sentencia 343 de 2006.
Sentencia T-653 de 2006.
Sentencia T-796 de 2006.
Sentencia T-1059 de 2006.
Sentencia C-454 de 2006.
Sentencia T-796 de 2006.
Sentencia C-805 de 2006.
Sentencia C-895 de 2006.
Sentencia T-1034 de 2006.
Sentencia T-188 de 2007.
Sentencia C-279 de 2007.
Sentencia T-391 de 2007.
Sentencia T-421 de 2007.
Sentencia C-491 de 2007.
Sentencia T-536 de 2007.
Sentencia T-730 de 2007.

Sentencia C-736 de 2007.
Sentencia T-772 de 2007.
Sentencia T-821 de 2007.
Sentencia C-030 de 2008.
Sentencia T-048 de 2008.
Sentencias T-723 de 2008.
Sentencia T-766 del 31 de julio de 2008.
Sentencia SU-1010 de 2008.
Sentencia T-014 de 2009.
Sentencia C-529 de 2009.
Sentencia T-058 de 2009.
Sentencia T-387 de 2009.
Sentencia T-769 de 2009.
Sentencia T-909 de 2009.
Sentencia T-104 de 2010.
Sentencia T-210 de 2010.
Sentencia T-260 de 2010.
Sentencia T-338 de 2010.
Sentencia C-570 de 2010.
Sentencia C-533 de 2010.
Sentencia T-722 de 2010.
Sentencia C-818 de 2010.
Sentencia T-1037 de 2010.
Sentencia T-171 de 2011.
Sentencia C-366 de 2011.
Sentencia C-632 de 2011.
Sentencia C-634 de 2011.
Sentencia C-644 de 2011.
Sentencia C-748 de 2011.
Sentencia C-816 de 2011.

Sentencia T-853 de 2011.
Sentencia C-875 de 2011.
Sentencia C-171 de 2012.
Sentencias C-588 de 2012.
Sentencia C-592 de 2012.
Sentencia C-302 de 2012.
Sentencia SU-539 de 2012.
Sentencia T-147 de 2013.
Sentencia C-248 de 2013.
Sentencia C-274 de 2013
Sentencia T-317 de 2013.
Sentencia C-471 de 2013.
Sentencia C-695 de 2013.
Sentencia C-405 de 2013.
Sentencia T-863 de 2013.
Sentencia C-914 de 2013.
Sentencia C-269 de 2014.
Sentencia C-288 de 2014.
Sentencia C-593 de 2014.
Sentencia C-796 de 2014.
Sentencia SU-555 de 2014.
Sentencia SU-770 de 2014.
Sentencia C-951 de 2014.
Sentencia C-018 de 2015.
Sentencia T-129 de 2015.
Sentencia T-180 de 2015.
Sentencia C-146 de 2015.
Sentencia T-246 de 2015.
Sentencia SU-172 de 2015.
Sentencia T-426 de 2015.

Sentencia T-661 de 2015.

Sentencia T-766 de 2015.

Sentencia C-035 de 2016.

Sentencia T-107 de 2016.

Sentencia T-133 de 2016

Sentencia C-180 de 2016

Sentencia C-179 de 2016.

Sentencia SU-424 de 2016.

Sentencia T-064 de 2016.

Sentencia SU-448 de 2016.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia de 1932, *G. J.*, t. XXXIX.

Sentencia del 29 de octubre de 1936.

Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre de 1939, *G. J.*, t. XLVIII.

Sala Plena. Sentencia del 30 de julio de 1940.

Sala de Negocios Generales. Sentencia del 21 de agosto de 1940, *G. J.*, vol. L.

Sala de Casación Civil. Auto del 9 de junio de 1943, *G. J.*, t. LV.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de mayo de 1961.

Sentencia del 8 de febrero de 1962, *G. J.*, t. XCVIII.

Sala de Negocios Generales. Sentencia del 3 de febrero de 1964, ACE, t. LXVIII, n.^{os} 405 y 406.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de noviembre de 1964.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de abril de 1969, *G. J.*, t. CXXX.

Sentencia del 16 de noviembre de 1978, *G. J.*, t. CLVII, n.º 2397.

Sala Plena. Sentencia del 22 de noviembre de 1984.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de julio de 1987.

Sentencia del 24 de agosto de 1983.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de agosto de 1993.

Sala de Casación Penal. Providencia del 31 de agosto de 1995, exp. 8866.

Sala de Casación Laboral sentencia del 18 de octubre de 1999 exp. 11731.

Sala de Casación Laboral sentencia del 28 de marzo de 2003 exp. 19701.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de junio de 2006, exp. 00009-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de junio de 2006, ref. 11001-31-03-010-1998-17333-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de agosto de 2008, exp. 11001-3103-022-1997-14171-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de junio de 2009, exp. 11001-3103-020-1999-01098-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012, exp. 11001-31-03-040-2006-00537-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012, ref. 11001-31-01-040-2006-00537-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de marzo de 2012, exp. 11001-3103-010-2001-00026-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de abril de 2013, exp. 11001-31-03-043-2006-00782-01.

ESPAÑA

Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia del 20 de febrero de 1991.

FRANCIA

Consejo de Estado

Arrêt Rothschild vs. Larcher et Administration des Postes, 6 de diciembre de 1855.

Arrêt Carcassonne, 20 de febrero de 1858.

Arrêt Bandry vs. Ministre de la Guerre, 1.º de junio de 1861.

Arrêt Terrier, 6 de febrero de 1903.

Arrêt Théron, 4 de marzo de 1910.

ITALIA

Corte costituzionale. Sentenza 18 luglio 1991.

JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988.

Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Sentencia del 20 de enero de 1989.

Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras. Sentencia del 15 de marzo de 1989.

Caso Aloeboetoe y otros *vs.* Surinam, Fondo. Sentencia del 4 de diciembre de 1991.

Caso Gangaram Panday *vs.* Surinam, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 21 de enero de 1994.

Caso El Amparo *vs.* Venezuela, Fondo. Sentencia del 18 de enero de 1995.

Caso Neira Alegría y otros *vs.* Perú. Sentencia del 19 de enero de 1995.

Caso Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia, Fondo. Sentencia del 8 de diciembre de 1995.

Caso Garrido y Baigorria *vs.* Argentina, Fondo. Sentencia del 2 de febrero de 1996.

Caso Neira Alegría y otros *c.* Perú, fallo de reparaciones y costas del 19 de septiembre de 1996.

Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú, Fondo. Sentencia del 17 de septiembre de 1997.

Caso Barrios Altos *vs.* Perú, Fondo. Sentencia del 3 de noviembre de 1997.

Caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997.

Caso Blake *vs.* Guatemala, Fondo. Sentencia del 24 de enero de 1998.

Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) *vs.* Guatemala, Fondo. Sentencia del 8 de marzo de 1998.

Caso Castillo Petruzzi *vs.* Perú. Sentencia del 29 de mayo de 1999 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Fondo).

Caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia. Sentencia del 26 de enero de 2000 (Fondo).

Caso Durand y Ugarte *vs.* Perú. Sentencia del 16 de agosto de 2000.

Caso Castillo Páez *vs.* Perú, Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000.

Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos *vs.* Chile) (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 5 de febrero de 2001.

Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú. Sentencia del 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y costas).

Caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala, Fondo. Sentencia 14 de marzo de 2001.

Caso Las palmeras *vs.* Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001 (Fondo).

Caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala, Reparaciones y costas. Sentencia del 22 de febrero de 2002.

Caso Uzcátegui y otros *vs.* Venezuela. Sentencia del 3 de septiembre de 2002 (Fondo y reparaciones).

Caso Myrna Mack Chang *c.* Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre de 2003.

Caso Molina Theissen *vs.* Guatemala. Sentencia del 4 de mayo de 2004 (Fondo).

Caso Herrera *vs.* Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso de los 19 comerciantes *vs.* Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004.

Caso del “Instituto de Reeducación del Menor” *vs.* Paraguay. Sentencia del 2 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Casos Hermanas Serrano Cruz. Sentencia del 1.º de marzo de 2005 (fondo, reparaciones y costas).

Caso de la Comunidad Moiwana *vs.* Surinam. Sentencia del 15 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia del 23 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Casos Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala. Sentencia del 20 de junio de 2005.

Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros *vs.* Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 de junio de 2002.

Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana. Sentencia del 8 de septiembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Gómez Palomino *vs.* Perú. Sentencia del 22 de noviembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas).

Caso de la masacre de Pueblo Bello *c.* Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006.

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) *vs.* Venezuela. Sentencia del 5 de julio de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Goiburú *c.* Paraguay, fallo del 22 de septiembre de 2006.

Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) sentencia del 26 de septiembre de 2006.

Caso Trabajadores cesados del Congreso *vs.* Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso La Cantuta *vs.* Perú, 29 de noviembre de 2006.

Caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 4 de julio de 2007.

Caso Boyce y otros *vs.* Barbados. Sentencia del 20 de noviembre de 2007 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Caso Chaparro Álvarez y Lopo Íñiguez *vs.* Ecuador. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Caso Saramaka *vs.* Suriman. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Kimel *vs.* Argentina. Sentencia del 2 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Salvador Chiriboga *vs.* Ecuador. Sentencia del 6 de mayo de 2008.

Caso Yvon Neptune *vs.* Haití. Sentencia del 6 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Aptiz Barrera *vs.* Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Castañeda Gutman *vs.* Estados Unidos Mexicanos. Sentencia del 6 de agosto de 2008

Caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá. Sentencia del 12 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Tristán Donoso *vs.* Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009.

Casos Perozzo *vs.* Venezuela. Sentencia del 28 de enero de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela. Sentencia del 28 de enero de 2009 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela. Sentencia del 28 de enero de 2009 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Reverón y otros *vs.* Venezuela. Sentencia del 30 de junio de 2009 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Anzualdo Castro *vs.* Perú, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2009.

Caso Barreto Leiva y otros *vs.* Venezuela. Sentencia del 17 de noviembre de 2009 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Radilla Pacheco *vs.* México. Sentencia del 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Usón Ramírez y otros *vs.* Venezuela. Sentencia del 20 de noviembre de 2009 (Fondo reparaciones y costas).

Caso Masacre de las Dos Erres *vs.* Guatemala. Sentencia del 24 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Caso Chitay Nech *vs.* Guatemala. Sentencia del 25 de mayo de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia. Sentencia del 26 de mayo de 2010.

Casos Fernández Ortega *vs.* Los Estado Unidos Mexicanos. Sentencia del 30 de agosto de 2010 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Caso Vélez Loor *vs.* Panamá. Sentencia del 23 de noviembre de 2010.

Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil, 24 de noviembre de 2010.

Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México. Sentencia del 26 de noviembre del 2010 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Gelman *vs.* Uruguay. Sentencia de fondo del 24 de febrero de 2011.

Caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela. Sentencia del 1.º de julio de 2011 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Caso López Mendoza *vs.* Venezuela. Sentencia del 1.º de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Familia Barrios *vs.* Venezuela. Sentencia del 24 de noviembre de 2011.

Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones).

Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela. Sentencia del 3 de septiembre de 2012 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Caso Nadege Dorzema y otros *vs.* República Dominicana. Sentencia del 24 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

Caso de la Masacre de El Mozote y lugares aledaños *c.* El Salvador. Sentencia del 25 de octubre de 2012.

Caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador. Sentencia del 25 de octubre de 2012, Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán.

Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) *c.* Guatemala, fallo del 20 de noviembre de 2012.

Caso Artavia Murillo (fecundación *in vitro*) *vs.* Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso García y familiares *vs.* Guatemala, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2012.

Caso de la Masacre de Santo Domingo *vs.* Colombia. Sentencia del 30 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo y reparaciones).

Caso Gelman *vs.* Uruguay, Resolución del 20 de marzo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

Caso de la Suprema Corte de Justicia (Quintana Coello y otros) *vs.* Ecuador. Sentencia del 23 de agosto de 2013. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Caso García Lucero y otros *vs.* Chile (Excepciones preliminares, fondo y reparación) sentencia del 28 de agosto de 2013.

Caso Osorio Rivera y Familiares *vs.* Perú, 26 de noviembre de 2013.

Caso Liakat Ali Alibux *vs.* Suriname. Sentencia del 30 de enero de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Personas dominicanas y haitianos expulsados *vs.* República Dominicana. Sentencia del 28 de agosto de 2014 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Rochac Hernández y otros *c.* El Salvador, fallo del 14 de octubre de 2014.

Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros *vs.* Panamá. Sentencia del 14 de octubre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) *c.* Colombia, fallo del 14 de noviembre de 2014.

Casos Cruz Sánchez y otros *vs.* Perú. Sentencia del 17 de abril de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Granier y otros (RCTV). Sentencia del 22 de junio de 2015 (fondo, reparaciones y costas).

Caso Wo Ho Wing *vs.* Perú. Sentencia del 30 de junio de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso González LLuy *vs.* Ecuador. Sentencia del 1.º de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Caso Omar Humberto Maldonado Vargas *vs.* Chile (fondo, reparaciones y costas) sentencia del 2 de septiembre de 2015.

Asunto James y otros. Medidas Provisionales respecto de Trinidad y Tobago, Resolución del 29 de agosto de 1998.

Resolución de medidas provisionales solicitadas respecto de la República Dominicana, del 18 de agosto de 2000.

Resolución de medidas provisionales respecto de la República Dominicana, del 12 de noviembre de 2000.

Resolución de medidas provisionales respecto de la República Dominicana, del 21 de mayo de 2001.

Caso del Periódico la “La Nación”. Medidas Provisionales respecto de Costa Rica. Resolución del 7 de septiembre de 2001.

Resolución del 22 de noviembre de 2004. Caso de las Penitenciarías de Mendoza.

Caso del Internado Judicial de Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución del 13 de enero de 2006.

Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución del 30 de marzo de 2006.

Resolución del 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros.

Caso Carpio Nicolle y otros. Medidas provisionales respecto de Guatemala. Resolución del 6 de julio de 2009.

Reglamento aprobado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

Asunto Danilo Rueda. Medidas provisionales respecto de Colombia. Resolución del 28 de mayo de 2014

Caso *Mémoli vs. Argentina*. Sentencia de fondo del 22 de agosto de 2013.

Caso Torres Millacura y otros. Solicitud de medidas provisionales respecto de Argentina. Resolución del 23 de junio de 2015.

Opinión Consultiva OC 16/99, 1999.

Opinión Consultiva 14/1994. Responsabilidad Internacional por la Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1.º y 2.º Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Opinión Consultiva 4/84, párrafo 21.

Opinión Consultiva 7/86.

Opinión Consultiva 2/82.

Opinión Consultiva 3/83.

Opinión Consultiva 8/87.

Opinión Consultiva 18/03.

Opinión Consultiva 10/89.

Opinión Consultiva 5/85.

Opinión Consultiva 14/1994.

Opinión Consultiva OC 16/99

Opinión Consultiva OC-21/14, 2014.

Caso *Gelman c/Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, voto razonado de EDUARDO FERRER-MAC GREGOR a la resolución del 20 de marzo de 2013 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A n.º 5, “La colegiación obligatoria de periodistas” (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Relatoría Especial para la libertad de expresión. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente, 2010.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Disputa territorial y marítima (Nicaragua vs. Colombia), 13 de diciembre de 2007, objeciones preliminares, n.º 2007/30.

Reparación de los perjuicios sufridos al servicio de Naciones Unidas, Opinión Consultiva, Recueil, 1949.

Fisheries, Judgment, I.C.J. Reports 1951.

Disputa maritime y territorial (Nicaragua v. Colombia, 19 de noviembre de 2012, n.º 2012/33.

Caso Rumania vs. Ucrania (Caso del mar negro), 3 de febrero de 2009.

Vapeur "Wimbledon", 1923, Series A, no 1.

Exchange of Greek and Turkish Populations, Advisory Opinion, 1925, Series B, n.º 10.

Caso Lotus. Sentencia del 7 de septiembre de 1927.

NORMAS

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Acta Tripartita de Límites y Navegación entre Colombia, Perú y Brasil.

Acuerdo Liévano-Brutus.

Acuerdo Liévano-Jiménez.

Convenio Liévano-Lucio.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.

Convención sobre la Plataforma Continental suscrita en Ginebra el 29 de abril de 1958.

Declaración universal de los derechos humanos de la organización de naciones unidas de 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General n.º 34, artículo 19. CCPR/C/GC/34, distribución general del 12 de septiembre de 2011.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo de Amistad y Cooperación entre la República de Colombia y la República del Perú.

Tratado de Bogotá entre Colombia y el Brasil.

Tratado de Límites y Navegación Fluvial entre Colombia y el Brasil.

Tratado de Límites y Libre Navegación Fluvial entre la República de Colombia y la República del Perú.

Tratado de Límites entre la República de Colombia y la República de Panamá.

Tratado Liévano-Boyd.

Tratado Fernández-Facio.

Tratado Lloreda-Gutiérrez.

Tratado Ramírez-López.

Tratado Sanín-Robertson.

Tratado sobre Demarcación de Fronteras y Navegación de los Ríos Comunes con Venezuela.

Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales.

NORMAS NACIONALES

CÓDIGO CIVIL

Ley 153 de 1887.

Ley 110 de 1912.

Ley 63 de 1923.

Ley 105 de 1931.

Ley 2.^a de 1938.

Ley 9.^a de 1961.

Ley 54 de 1962.

Ley 22 de 1967.

Ley 23 de 1967.

Ley 20 de 1969.

Decreto 1950 de 1973.

Decreto ley 627 de 1974.

Decreto 2811 de 1974.

Ley 27 de 1976.

Ley 26 de 1976.

Decreto 1390 de 1976.

Ley 10 de 1978.

Ley 12 de 1981.

Ley 23 del 18 de febrero de 1981.

Decreto 01 de 1984.

Decreto 2324 de 1984.

Ley 45 de 1985.

Ley 56 de 1987.

Ley 1.^a de 1990.

Ley 13 de 1990.

Constitución Política de 1991.

Ley 1.^a de 1991.

Ley 393 de 1991.

Ley 585 de 1991.

Decreto 838 de 1992.

Ley 12 de 1992.

Ley 27 de 1992.

Decreto 2134 de 1992.

Ley 62 de 1993.

Ley 80 de 1993.

Ley 99 de 1993.

Ley 100 de 1993.

Ley 101 de 1993.

Ley 152 de 1994.

Ley 160 de 1994.

Ley 164 de 1994.

Ley 165 de 1994.

Decreto 407 de 1994.

Decreto 679 de 1994.

Decreto 1772 de 1994.

Decreto 2284 de 1994.

Decreto 855 de 1994.

Decreto 2150 de 1995.

Ley 222 de 1995.

Ley 270 de 1996.
Ley 357 de 1997.
Ley 388 de 1997.
Ley 411 de 1997.
Ley 489 de 1998.
Ley 472 de 1998.
Decreto 1568 de 1998.
Ley 524 de 1999.
Ley 527 de 1999.
Decreto 1159 de 1999.
Decreto 1173 de 1999.
Decreto 274 de 2000.
Ley 658 de 2001.
Ley 678 de 2001.
Ley 685 de 2001.
Ley 734 de 2002.
Ley 768 de 2002.
Ley 790 de 2002.
Decreto 1607 de 2002.
Decreto 2250 de 2002.
Ley 830 de 2003.
Ley 873 de 2004.
Ley 909 de 2004.
Ley 915 de 2004.
Decreto 770 de 2005.
Ley 962 de 2005.
Decreto 2766 de 2005.
Ley 1014 de 2006.
Decreto 2828 de 2006.
Decreto 1011 del 3 de abril de 2006.

Ley 1150 de 2007.
Ley 1152 de 2007.
Ley 1258 de 2008.
Ley 1286 de 2009.
Ley 1341 de 2009.
Ley 1437 de 2011.
Ley 1444 de 2011.
Ley 1507 de 2012.
Ley 1562 de 2012.
Ley 1563 de 2012.
Ley 1564 de 2012.
Decreto 1510 de 2013.
Decreto 1946 de 2013.
Ley 1712 de 2014.
Decreto 2353 de 2015.
Decreto 2363 de 2015.
Decreto 2364 de 2015.
Decreto 1071 de 2015.
Ley 1751 de 2015.
Ley 1753 de 2015.
Ley 1755 de 2015.
Ley 1821 de 2016.
Ley 1801 de 2017.

NOTAS AL PIE

- 1 En su momento comentamos dicho proceso en ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “El proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Colombia”, *Revista de Derecho Público*, n.º 55-56, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, julio-diciembre de 1993, pp. 47-59; y en JUAN CARLOS CASSAGNE (dir.). *Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, 1998, pp. 157-172.
- 2 ANDRÉ DEMICHEL. *Le Droit Administratif. Essai de réflexion théorique*, París, 1978, p. 14.
- 3 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “El concepto de Derecho Administrativo en Venezuela”, *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, vol. I, Madrid, 1983, p. 688; cfr., igualmente, ÍD. “Bases constitucionales del derecho administrativo en Venezuela”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. El Derecho Público en Venezuela y Colombia*, vol. VII, 1984-1985, Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1986, pp. 215-231.
- 4 Cfr. al respecto, además, ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “Sobre el modelo político y Derecho administrativo”, en ALBERTO MONTAÑA PLATA y ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN (eds.). *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 231-256.
- 5 ALEJANDRO NIETO. “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 76, Madrid, 1975; reproducido en ALEJANDRO NIETO GARCÍA. *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su Centenario, Madrid, 1983*, pp. 880 y 881.
- 6 Cfr. MARTÍN BASSOLS. “Sobre los principios originarios del Derecho Administrativo y su evolución”, en *Libro Homenaje al Profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, p. 57.
- 7 PROSPER WEIL. *El Derecho Administrativo*, Madrid, 1966, p. 31.
- 8 FERNANDO GARRIDO FALLA. “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales”, *Revista de Administración Pública*, n.º 7, Madrid, 1952; reproducido en ALEJANDRO NIETO GARCÍA. *34 artículos seleccionados..., cit.*, p. 22.
- 9 Cfr. las muy completas referencias al sistema de *administrative tribunals* y de órganos administrativos con fundaciones cuasi-jurisdiccionales, en Inglaterra y Estados Unidos en JORGE VÉLEZ GARCÍA. *Los dos sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*, Bogotá, 1994, pp. 113 y ss.
- 10 ALLAN R. BREWER-CARÍAS. *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993*, Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización, Caracas, 1994, 1.076 pp.
- 11 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional”, *Revista de Estudios de la Administración Local –REAL–*, 292-293, Madrid, mayo-diciembre de 2003, pp. 11-43; DIEGO VALADÉS y JOSÉ MARÍA SERNA DE LA GARZA (coords.). *Federalismo y regionalismo*, Serie Doctrina Jurídica n.º 229, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 717-750; y ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “La federación centralizada en Venezuela. Una contradicción constitucional”, *Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos*, Madrid, Centro de Estudios de Derecho Público y Gobierno “Goberna y derecho”, Syntagma, Centro de Estudios Estratégicos de Madrid, año 1, n.º 1, Guayaquil, 2005, pp. 59-68.
- 12 Cfr. los comentarios en JORGE HUMBERTO BOTERO. “Nueva Constitución ¿Nuevo Derecho?”, *Quaestiones Juridicae*, n.º 2, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1994, p. 25.
- 13 Cfr. la referencia en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 164.
- 14 Cfr., por ejemplo, *Quaestiones Juridicae*, n.º 1 junio de 1993 y n.º 2 junio 1994, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- 15 Cfr. ALBERT VENN DICEY. *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, E.C.S. WADE (intr.), Londres 1973 pp. 195, 196 y 203.
- 16 Cfr. la referencia en CHARLES HOWARD MCILWAIN. *THE HIGH COURT OF PARLIAMENT AND ITS SUPREMACY*, Yale, 1910, p. 323.
- 17 ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado)”, en *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 770 y ss.

- 18 Cfr., por ejemplo, JUAN FRANCISCO LINARES. *La razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1970.
- 19 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela a los derechos fundamentales en Colombia: una aproximación comparativa”, en MANUEL JOSÉ CEPEDA (ed.). *La Carta de Derechos. Su interpretación y sus implicaciones*, Bogotá, 1993, pp. 25 y ss.
- 20 Cfr. “Discurso” en *Universitas*, n.º 86, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, junio 1994, pp. 295 y 296.
- 21 ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “*El amparo a los derechos...*”, *cit.*, p. 28; Cfr: JORGE VÉLEZ GARCÍA. *Los dos sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*, Bogotá, 1994, pp. 93 y ss., y 321 y ss.
- 22 Cfr. la referencia en ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “La Constitución de 1961 y los problemas del Estado Democrático y Social de Derecho”, en *Reflexiones sobre la Constitución (Tres décadas de vigencia)*, Caracas, Fundación Procuraduría General de la República, 1991, p. 34.
- 23 Cfr. ALEJANDRO NIETO. “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *cit.*, p. 890.
- 24 FERNANDO GARRIDO FALLA. “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales”, *cit.*, p. 223.
- 25 MARCEL WALINE. *Droit administratif*, París 1963, p. 4.
- 26 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. *El Principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1983.
- 27 RAFAEL NIETO NAVIA. “Comentarios sobre las libertades y algunos derechos humanos contemplados en la nueva Constitución colombiana”, en *Libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, San José de Costa Rica, Colegio Santo Tomás de Aquino, Universidad Autónoma de Centroamérica, 1994, p. 142.
- 28 Cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS. *Principios del Procedimiento Administrativo*, Madrid 1990, p. 120; ÍD. *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993, pp. 158 y ss., y 195 y ss.
- * Capítulo revisado por los profesores MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS y BERNARDO REINA PARRA.

1 MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, INAP, 1987, pp. 9 a 12; ÍD. *Derecho administrativo*, Madrid, MAP, 1991, pp. 37 a 40; ÍD. “L’amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo”, en *Trattato di diritto amministrativo*, vol. i, Padova, CEDAM, 1988. En su trabajo sobre “premisas” destaca GIANNINI, que si bien es cierto el concepto de administración pública deviene íntegro al lenguaje moderno con posterioridad a la revolución francesa, su proceso de formación es paralelo al de la formación del Estado. Si la “administración pública” es una creación reciente de la lingüística en el sentido que actualmente le otorgamos, solo puede identificar fenómenos contemporáneos y no referentes históricos de la antigüedad. El autor hace una breve aproximación al origen etimológico de la palabra administración para demostrar lo relativo de su utilización histórica y reafirmar el sentido que la Revolución Francesa le imprimió. Por ejemplo, en el lenguaje romano del período republicano se encuentran vocablos como *administrare* o *Minister*, etc., que por sus utilizaciones y transformaciones no pueden constituirse en términos jurídicos. Sufrieron con el transcurso de los años muchos cambios de acepción; así, *ministrare* en latín clásico significaba “estar al servicio de una obligación” (*ministra-coenam*); posteriormente lo encontramos significando “dar, suministrar”; *Minister*, por su parte, era el subalterno encargado de la obligación, y *ministerium* la obligación menor. “Por la evolución, se transformó en acepción honorífica (p. ej., los magistrados como *Ministri legum*. Sin embargo, *administrare*, *administrator*, *administer*, *administra*, *administratio* expresaban una función más elevada que se podría traducir en la perífrasis de “desarrollar una actividad especializada como auxiliar o como cargo secundario”. Pero enseguida el significado tiende hacia el sentido de “encargarse de una actividad especializada”, “tener el encargo de”. Así, el procónsul ayuda al cónsul en el *administrare provinciam*, pero *administrare bellum* significa dirigir la guerra, *administrario navis* es el gobierno de la nave, etc., hasta que encontramos en los juristas *administrare negotia*, equivalente a encargarse de los negocios”. En la época imperial *administrare* comienza a tener un significado mucho más técnico, y *ministerium* empieza a significar cargo o función: “... téngase en cuenta que el antiguo significado de ministro estaba todavía en uso hasta el siglo pasado, para indicar al oficial de confianza del gran propietario agrícola, encargado de gestionar los problemas del patrimonio agrícola”. En el alto medievo *administratio* cobra un significado técnico y preciso, sobre todo en el derecho privado: “administración del buen padre de familia”. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 26 a 42. La noción de administración pública es relativamente nueva en el léxico jurídico-político. Obtiene su consolidación en el vocabulario moderno a partir de las renovaciones conceptuales generadas por la Revolución Francesa.

2 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 41 y ss. La noción de derecho administrativo surge a propósito de los sucesos revolucionarios franceses “... como el precio de una disidencia, como un arbitrio con que la revolución contrarresta el apartamiento sustancial que de su doctrina efectuaron los mismos poderes revolucionarios. Es, en ese sentido, un subproducto más que un producto directamente procurado...”. Cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, Caracas,

Jurídica Venezolana, 1984, pp. 43 y ss., quien propone una visión históricamente mucho más amplia de la noción de derecho administrativo, encontrando sus antecedentes en la vieja concepción de la “ciencia de la policía”, sin negar obviamente su papel consolidador en la construcción del Estado constitucional, a partir de los aportes generados por la doctrina y originados en el fenómeno revolucionario francés, y sobre todo a partir del principio de la división de poderes (p. 71).

- 3 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, cit., destaca, entre otros, los criterios orgánicos, los funcionales y entre estos los de los servicios públicos. Así mismo, las prerrogativas públicas, la procura existencial, la teoría pura del derecho, los conceptos derivados de los criterios negativos y los criterios fundados en el concepto de Estado social de derecho. En su reciente actualización de esta obra (Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2009, pp. 469 y ss.) propone otros como los derivados de los avances de las concepciones neoliberales y los que pueden surgir de las recientes crisis del modelo de Estado social. Cfr. JEAN RIVERO. “¿Existe un criterio de derecho administrativo?”, en *Páginas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002. En ese interesante, y por lo demás histórico y premonitorio trabajo el profesor RIVERO analiza el alcance de los criterios propuestos por la más destacada doctrina francesa en la búsqueda de la sustantividad de la disciplina, encontrando las fallas y alcances limitados de todos ellos. Esta pluralidad de criterios está configurada, entre otros, por los de la utilidad pública de WALINE, *puissance publique* de HAURIOU, servicio público de DUGUIT. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. “Las concepciones de derecho administrativo y la idea de participación en la administración”, en *RAP*, n.º 84, septiembre-diciembre de 1977, p. 519. HARTMUT MAURER. *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- 4 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España*, Sevilla, Global Law Press, Instituto Nacional de Administración Pública, 2012. La obra en general identifica la gran crisis y la necesidad de transformación y renovación del derecho administrativo, así como sus causas; en realidad propone la idea de un derecho administrativo en permanente adaptación.
- 5 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, cit.
- 6 JEAN RIVERO. “¿Existe un criterio de derecho administrativo?”, cit.
- 7 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España*, cit.
- 8 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, cit.
- 9 MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, cit.; CARMEN CHINCHILLA MARÍN. “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo”, en *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*, UNED y Civitas, 1992.
- 10 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, cit.; ALEJANDRO NIETO. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1986.
- 11 RAOUL CHARLES J. VAN CAENEGEM. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009; ALLAN BREWER-CARÍAS. *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.
- 12 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, cit., pp. 41 y ss. LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, cit., pp. 43 y ss.
- 13 SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. “Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”, disponible en [<https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/descarga/articulo/1098092.pdf>], p. 519; RAFAEL ENTRENA CUESTA. *El concepto de administración pública en la doctrina y el derecho positivo español*, en [<https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/descarga/articulo/2112459.pdf>]; están separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus funciones.
- 14 JEAN RIVERO. “¿Existe un criterio de derecho administrativo?”, cit., pp. 27 y ss. La búsqueda de un criterio jurídico definidor y delimitador del derecho administrativo lo suficientemente sólido como para montar la gran arquitectura de la disciplina ha estado mediada por signos de inestabilidad. La pretendida definición de la disciplina sobre un punto de reflexión cierto no se ha dado. Cuando se cree haber llegado a la pureza conceptual sus sustentaciones prontamente se tornan inestables e inadecuadas frente al debate y la dialéctica. En fin, el tema solo llama a una cadena permanente de frustraciones. El profesor RIVERO, repasando las diversas posturas doctrinales en el derecho administrativo francés, encuentra de qué manera la noción de servicio público marcó una época de la disciplina en cuanto se creyó haber llegado al punto culminante de esa búsqueda incansable. Destaca el autor cómo “[...] La última parada de la caravana, la más larga, la que permitía llevar a lo más alto la construcción de un derecho administrativo organizado, la que durante mucho tiempo permitió al espíritu creer que había terminado el nomadismo y que la tierra prometida finalmente se había encontrado, fue la noción de servicio público [...]”. Noción que desafortunadamente, y no obstante su prolongada predicación doctrinal, se desmoronó respecto de sus prédicas fundamentalistas originales. A la par de esta construcción doctrinal, el autor identifica otros

criterios de importancia y significación como el de la “utilidad pública” predicado por M. MARCEL WALINE, o el del “poder público” que enfrentó históricamente a MAURICE HAURIUO y LEÓN DUGUIT. Sin embargo, esta lista no se agota en la doctrina francesa: la búsqueda de un criterio que permita darle sustantividad al derecho administrativo ha comprometido la doctrina en otras latitudes y ordenamientos; al respecto, por ejemplo, el profesor LUCIANO PAREJO destaca en su obra *El concepto del derecho administrativo*, cit., los aportes de KELSEN y MERKL sobre la base de la “teoría pura del derecho”; ERNST FORSTHOFF en Alemania, con sus trabajos en torno a la “procura existencial”; y en los últimos años, las teorías fundadas en las concepciones del Estado social y democrático de derecho. Así mismo, resulta necio desconocer las explicaciones y elaboraciones que, recientemente sustentadas en las concepciones económicas neoindividualistas, han impregnado la lectura e interpretación de la disciplina. Puede consultarse igualmente, SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. “Las concepciones de derecho administrativo...”, cit. Una aproximación a la historia del derecho administrativo nos muestra la incansable y permanente búsqueda del elemento conceptualizador clave de la administración pública, en consecuencia definidor de su derecho propio, esto bajo el entendido de que los intereses públicos son diferentes y sustancialmente diversos a los de los particulares; en consecuencia, a los del derecho privado. Es así como se ha forjado un inmenso campo de criterios jurídicos referidos a la administración pública como objeto del derecho administrativo, algunas veces caracterizados por su inmensa variabilidad, que ha dejado una “pequeña historia de pequeñas frustraciones” doctrinales-administrativistas. Se atribuye esta proliferación a la incansable búsqueda de un elemento primario y esencial, de un criterio único que sea capaz de explicar la sustancia de la disciplina. En igual dirección, LUIS MARTÍN REBOLLO. “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, disponible en [<https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/descarga/articulo/5066222.pdf>]; ÍD. *Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras*, (s. l.) UNAM, Acervo Biblioteca Jurídica Virtual, IJ (s. f.).

15 Al respecto cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, cit., pp. 71 a 82; destaca el ilustre tratadista español que el criterio en cuestión, además de ser uno de los primeros con que se pretendía explicar el derecho administrativo, posee indiscutibles raíces en el derecho del anterior régimen, que dicho sea, llevaba muy pocos años de desaparecido. Desde esa perspectiva el derecho administrativo “tiene su origen no en las nuevas ideas políticas revolucionarias, sino en el principio autoritario de régimen absoluto. Principio a cuya supervivencia se debe la existencia en el nuevo Estado del *commandement* y del derecho público especial, y que subsiste precisamente porque el *gouvernement représentatif a substitue a la volonté d’un seul*, asumiendo su papel en la nueva etapa histórica” (p. 73).

16 Respecto de las elaboraciones de la doctrina europea pueden observarse importantes citas y referencias en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. “Las concepciones del derecho administrativo”, cit., pp. 521 y 522; LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, cit., pp. 71 a 82.

17 Ídem.; cfr. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. “Las concepciones del derecho administrativo”, cit., pp. 521 y 522.

18 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, cit., p. 139; JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Universidad Complutense de Madrid, 1999, p. 21; PEDRO ESCRIBANO COLLADO. “¿Crisis de los conceptos de la Administración pública y de Derecho administrativo?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 37, 1983, pp. 165 a 184; FRANK MODERNE. “Decadencia del punto de vista orgánico de la definición del acto administrativo en derecho francés: los actos administrativos de origen privado”, en REDA, n.º 4, enero-marzo de 1975; JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER. *Derecho administrativo*, t. I, Civitas, 1989; RAFAEL ENTRENA CUESTA. *El concepto*, cit.; FERNANDO GARRIDO FALLA. *Sobre el derecho y sus ideas cardinales* en [<https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/descarga/articulo/2111834.pdf>]; ÍD. *Reflexiones*, cit.; ÍD. *Tratado*, cit.; SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Las concepciones*, cit.; LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo: general y colombiano*, Bogotá, Temis, 1995, distingue este autor tres elementos o instrumentos que permiten, en nuestra opinión, colaborar en la interpretación de la existencia del criterio orgánico (el autor los califica como “factores que intervienen en la elaboración del acto jurídico”): 1. El autor del acto (órgano o sujeto): el acto será legislativo si lo dicta el órgano legislativo, administrativo si lo es de la rama ejecutiva y jurisdiccional si pertenece a la rama judicial; 2. El procedimiento de expedición, que tiene en cuenta si la producción del acto correspondió al ejercicio de trámites legislativos, administrativos o judiciales, y 3. La forma: si reviste la forma o denominación de ley (legislativo), decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos (administrativo), autos o sentencias (judicial) (pp. 191 y 192).

19 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*, Editorial Ceura, 1988, p. 38.

20 El contexto político español de la dictadura, que fundamentó un orden jurídico anormal, soportado no en un sistema constitucional sino en un régimen de leyes fundamentales que se caracterizaban por la concentración del poder en el Jefe del Estado, esto es, en un supuesto “Ejecutivo”, bajo criterios de unidad, centralización, uniformidad y jerarquía, fueron los que dominaron los trabajos doctrinales que llevaron a sustentar el criterio orgánico-institucional. ESCRIBANO COLLADO (*¿Crisis?*, cit., p. 170) fundamentó en esos términos las razones políticas de las posiciones jurídicas de los juristas españoles. Y agrega: “... El Ejecutivo en este período detentó, para sí, las más importantes funciones y poderes estatales. Las cortes y el poder judicial se oscurecieron, reducido el primero a un órgano de colaboración y el segundo sujeto al Ministerio de Justicia: ‘difícilmente tales órganos podían dar lugar a actuaciones que plantearan el problema de si debían ser sometidas al derecho administrativo’, no solo porque carecían de autonomía, sino también porque en la práctica sus funciones habían sido asumidas por el Ejecutivo”.

21 SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Las concepciones*, cit. y FERNANDO GARRIDO FALLA. *Sobre el derecho y sus ideas cardinales*, cit., p. 12.

- 22 FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, Editorial Tecnos, 1982; igualmente en las ediciones de su *Tratado* posteriores a 1982. En nuestro caso hemos consultado la edición de 1994, donde plenamente reconsidera su posición inicial (pp. 41 a 47).
- 23 Véase infra, nota 37.
- 24 En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, el fundamento de la articulación y coordinación de la totalidad de la actividad administrativa del Estado por la persona jurídico administrativa radica en el mismo ordenamiento constitucional español que distingue entre una administración fundamental (Ejecutivo) y unas menores sujetas a él: “Alrededor de estos dos órdenes administrativos fundamentales del Estado y de las comunidades autónomas giran todas las demás administraciones, que son, en este sentido, administraciones ‘menores’ sometidas a una tutela más o menos amplia, pero efectiva, de las primeras. Así, a través del sistema constitucional que integra las dos instancias superiores y asegura la resolución de sus conflictos (art. 161 CP) [...] y de la supremacía que a estas corresponden sobre toda la pléyade de las administraciones menores, a través de las técnicas de tutela y, en el caso de los entes institucionales, de instrumentalidad, toda la galaxia administrativa se reconduce a una unidad estructural y sistemática: el principio constitucional de ‘coordinación’ (art. 103 num. 1 CP) es expresión de este principio correlativo de la unidad global del Estado”: cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, 15.ª ed., Civitas, 2011, pp. 33 y 34.
- 25 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “Verso un concetto di Diritto Amministrativo come Diritto Statutario”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960. Los inspiradores de la teoría de la personalidad jurídica aplicada al derecho público fueron los alemanes ALBRECHT, GERBER, LABAND y JELLINEK quienes consideraban este concepto como básico para explicar el Estado. Precisamente el último insistía en que, en cuanto a sus implicaciones con la división de los poderes, colocaba a estos en situación de simples órganos de la personalidad jurídica unitaria del Estado. Ahora bien, la formulación de esta tesis obedeció a la necesidad de justificar dentro del Estado de derecho la primacía de una gran cantidad de poderes en manos del monarca; se trata entonces de un postulado de origen absolutista. Esta concepción sirvió para justificar los Estados europeos en el siglo XIX. Respecto de España, sostiene PAREJO ALFONSO (*El concepto de derecho administrativo*, cit., p. 159), la situación fue diferente. En la evolución político-jurídica de ese país tradicionalmente el reconocimiento de la personalidad jurídica pública se ha hecho en la “administración”; de ahí que la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA tenga raíces históricas y por lo tanto no sea novedosa. Se forjó esa concepción en la especificidad del compromiso entre el principio monárquico y el de la soberanía de la nación, desarrollado en las constituciones políticas de 1845 y 1876. La soberanía se reconocía conjuntamente al Rey y a las Cortes. Al primero, como representante del Estado y a las segundas, de la sociedad. Circunstancia que permitía a quienes defendían un Ejecutivo fuerte sostener la necesidad de romper con la creencia de que esta fórmula los colocaba en condición de órganos dependientes. De esta manera se dio paso a una concepción administrativo-procesalista: la de encontrar un punto procesal de imputación del Estado, el cual no fue otro que el de la administración elevada a la condición de persona jurídica.
- 26 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, cit.
- 27 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, cit., pp. 160, 175 y 176.
- 28 Los criterios que ocupan nuestra atención no son jurídicamente puros: los hemos aislado para efecto de su estudio y conocimiento; de ahí que eventualmente tengamos algunas diferencias sobre su ubicación y características. En ese sentido compartimos lo expuesto al respecto por BOQUERA OLIVER. *Derecho administrativo*, cit., p. 64: “Es difícil encontrar representaciones puras de las concepciones enumeradas, pero cabe y conviene aislarlas intelectualmente para su estudio”.
- 29 Respecto de las características, concepto, elementos y consecuencias jurídicas de las funciones cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Derecho administrativo*, vol. I, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, pp. 95, 99, 100, 102, 106, 107, 171, 237 y 261; FELICIANO BENVENUTI. *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, CEDAM, 1987, pp. 37 a 54; SABINO CASSESE. *Le basi del diritto amministrativo*, Edit. Garzanti, 1995, pp. 85 a 109, indica, en cuanto al concepto de la función frente al derecho, que puede adoptar varias acepciones según el uso y las costumbres políticas de los diferentes países. Por lo menos se advierten seis importantes usos: primero, para identificar cada una de las divisiones del poder dentro de la concepción tradicional de la separación de poderes; segundo, como descriptivo de las actividades estatales; tercero, como actividades de autoridad contrarias al servicio (concepto propio del derecho penal) y actividad necesaria para el funcionamiento de la colectividad (orden público, servicios públicos); cuarto, en el sentido de función pública, para identificar a los servidores estatales, galicismo adaptado a la terminología jurídica a partir del nombre impuesto al ministro francés que se ocupaba de esos asuntos; quinto, en el derecho privado como actividad y derechos dirigidos a un fin, por ejemplo, la función social de la propiedad, y sexto, en el derecho administrativo como actividad relevante en su globalidad. En tratándose del contenido mismo de la función en el último sentido son importantes los aportes de la doctrina francesa en cuanto a su naturaleza específica y concreta. Actos-reglas: generales e impersonales; actos subjetivos o concretos: crean sistemas específicos; los primeros, condicionantes doctrinales de la ley; los segundos, del acto administrativo individual. Al respecto cfr. los trabajos de DUGUIT, BONNARD y JÈZE.

- 30 SABINO CASSESE. *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 89. Por ejemplo, las empresas públicas en el siglo XIX tenían, según la ley, una prevalente finalidad de aportar ingresos. En el siglo XX tuvieron un fin principal, el de procurar el desarrollo económico.
- 31 CORSO ZANOBINI, citado por SABINO CASSESE. *Le basi del diritto amministrativo*, cit., pp. 90 y 91. Sin embargo, advierte CASSESE que ZANOBINI se queda en simples postulados retóricos, pues no aborda la teoría de la función desde el punto de vista sustancial como sustento del derecho administrativo.
- 32 *Ibíd.*, p. 88.
- 33 FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, cit., pp. 321 y ss.; ÍD. “¿Réquiem por el servicio público?”, en *Cuenta y razón*, n.º 116. 2000, p. 9. GARRIDO FALLA, retomando en ese sentido algunos trabajos doctrinales, en especial de E. BAQUER y de VILLAR EZCURRA, concluye que el servicio público no fue en su conformación un fenómeno incidental, sino que corresponde a un perfecto desarrollo dialéctico en el cual identifica por lo menos cuatro grandes etapas: la primera, vinculada al Estado gendarme en donde de manera incipiente se observan los primeros pasos en relación con las necesidades apremiantes de la burguesía y vitales para su desarrollo económico tales como las comunicaciones, el transporte, y en algunos casos los domiciliarios, etc.; la segunda, vinculada a las primeras manifestaciones intervencionistas, en la que se presenta indudablemente su apreciable expansión bajo la concepción de los servicios públicos; la tercera, la profundización a partir de la concepción y el desarrollo de los fines sociales y económicos del Estado en lo que se ha dado en llamar la consolidación del Estado de bienestar, en donde se pueden ubicar servicios como los de beneficencia, sanidad y educación, y la cuarta, que se desarrolla bajo las condiciones de crisis del concepto a partir de la entronización del neoliberalismo económico y sus consecuencias. No obstante, es importante anotar que de todas maneras es abundante la bibliografía que demuestra, a partir de profundos estudios, cómo el fenómeno prestacional ya tenía sus antecedentes más allá en la antigüedad, inclusive en las conformaciones pre-estatales. De todas formas, se reconoce que la conformación del concepto propiamente dicho se produce en la evolución del derecho francés de finales del siglo XIX e inicios del XX.
- 34 LEÓN HOMO. *La Roma imperial y el urbanismo en la antigüedad*, Edit. Uteha, 1956, pp. 1, 2, 3, 4 y 452. Es necesario destacar, desde la perspectiva de la dialéctica profunda de la historia política e institucional, que en los ordenamientos anteriores al surgimiento del Estado, como lo fueron el romano o el griego, se dejaban ya ver algunas responsabilidades en materia de servicios en cabeza del que pudiéramos catalogar hoy como sector público, consistente en la asistencia a la población, en aspectos considerados como básicos para el bienestar diario, los que se prestaban de manera general, o en algunos casos de manera concreta, según la jerarquía del usuario de acuerdo con el derecho de la época. Desde esa perspectiva, las atribuciones públicas en servicios públicos gozan de profundas e innegables raíces en el desarrollo de las instituciones, lo que ha permitido forjar, a través de los siglos, conceptos y regulaciones vinculantes para las autoridades y la población en torno a la prestación y las características materiales de los servicios públicos. En el caso de Grecia, sostiene LEÓN HOMO, las reflexiones sobre el ordenamiento urbanístico y de servicios en la ciudad estuvieron a cargo de los filósofos. Los grandes filósofos del siglo IV aplicaron a la vida de la ciudad la noción soberana de *nous* organizador. PLATÓN, por ejemplo, dentro de una comprensión general e integradora del urbanismo, incluye los incipientes servicios a cargo de las autoridades locales como el de defensa. ARISTÓTELES, en sus reflexiones sobre la política, se refiere a otros servicios básicos para la comunidad local como los de higiene, defensa, condiciones de vida social y plazas públicas. En el Imperio romano, la ciudad imperial (Roma) “[...] aparece ante la historia con un doble carácter: fue, a la vez, una ciudad inmensa –con un millón a millón y medio de habitantes– y la capital de un imperio, lo que implicó un tratamiento diferente en obras y servicios tales como vías públicas y monumentos, y la expedición de reglamentaciones especiales de tránsito, edificación e higiene. No obstante, se advierte que muchos servicios o no existían como hoy los conocemos o se prestaban de manera restrictiva a determinados grupos sociales como el caso del acueducto [...]. Durante el Imperio, fue abundante el agua en Roma, pero no se distribuía a particulares por domicilios de una manera regular. Tener agua en casa era un privilegio personal que durante la república otorgaba el Senado y en la época imperial resultaba una gracia del emperador [...]”. Algunos otros servicios como los de alumbrado y tránsito públicos fueron deficientes y rudimentarios; por ejemplo, en Roma se prohibió el tránsito en las horas del día por lo estrecho de las vías. En materia de alcantarillado, se poseía una extensa y excelente red, pero limitada a las necesidades de las vías públicas, sin posibilidad de conexión con las casas o edificios privados para la disposición final de sus inmundicias.
- 35 MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, cit., pp. 9 a 25. Recuerda el profesor GIANNINI que antes de la institucionalización del poder no se puede hablar de administración pública ni mucho menos de una función administrativa, conceptos que surgieron precisamente con ocasión de los grandes cambios ideológicos producidos por la gran Revolución Francesa. Así mismo, resulta inadmisibles referirse al fenómeno estatal antes del surgimiento del Estado moderno; por esta razón, sugiere identificar fenómenos como el romano como meros ordenamientos y no como Estados en los términos y el sentido de la hora actual de la evolución de nuestro derecho. En el mismo sentido cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, cit.: “[...] No es extraño por ello que la Revolución Francesa tuviese efectos inmediatos sobre la lengua. Toda la representación del mundo social y colectivo cambió súbitamente [...]. Todo el sistema léxico de representación

del mundo colectivo tuvo que sufrir [...]”. La Revolución Francesa fue sin duda una verdadera revolución lingüística que llevó a replantear muchos de los conceptos tradicionales del derecho y de la ciencia política.

- 36 LEWIS MUMFORD. *A cidade na historia. Suas origens, transformações e perspectivas*, São Paulo, Martins Fontes, 2004, pp. 109 y ss. Desde la antigüedad, la ciudad fue ante todo un centro de cooperación y encuentro de los individuos. No solo se le identifica como el centro de encuentro religioso y cultural sino, también, como la base para la satisfacción de necesidades elementales: agua, reposo, mercado, transporte, etc. Históricamente, es en la ciudad en donde el ser humano en primer lugar ha procurado la atención a sus necesidades vitales, de aquí la vinculación primordial de los servicios públicos con la política territorial y urbana; la sujeción de cualquier decisión en la materia a lo dispuesto en las normas urbanísticas resulta fundamental en los actuales momentos de nuestra evolución institucional. Bajo esa consideración, el derecho administrativo urbano y el urbanismo como su ciencia fundamentada nos muestran el papel trascendental que desde los orígenes mismos de la humanidad cumplió la ciudad en la prestación de los servicios básicos a sus habitantes. Para esos efectos cfr.: MARIO LIVERANI. *L'origine delle città. Le prime comunità urbane del Vicino Oriente*, Roma, Riuniti, 1986, pp. 20 y 28, quien destaca los esfuerzos de una antigua comunidad mesopotámica por obtener servicios públicos fundamentales como el de acueducto para el uso comunal dentro del contexto de la ciudad; FERNANDO CHUECA GOITI. *Breve historia del urbanismo*, Madrid, Alianza, 1974, p. 48, quien señala que la ciudad es el centro de todas las aspiraciones de la vida colectiva y en muchos casos de la misma humanidad, de ahí su relación indudable con los servicios, sobre todo con los generales y fundamentales para la comunidad; LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico. Instituciones básicas*, Ciudad Argentina, Mendoza, 1986, p. 8. Ante el crecimiento desproporcionado y desordenado de las ciudades, el urbanismo, por lo menos para las ciudades inglesas de la revolución industrial, aporta técnicas de ordenación general en aspectos tan importantes como los servicios públicos básicos para la población. Se proyectan servicios de alcantarillado, suministro de agua potable, diseño urbano y de las viviendas desde criterios o estándares sanitarios, etc.
- 37 MARTÍN BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, en RAP, n.º 84, 1977.
- 38 PROSPER WEIL. *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1989, p. 105. En su concepción inicial francesa y en general en los ordenamientos bajo su influencia, la identificación de un servicio público de interés general implicaba la asunción de competencia por la administración bajo reglas, criterios y principios propios del derecho administrativo.
- 39 GASTÓN JÈZE. *Principios generales del derecho administrativo*, t. II-1, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. 3. La prestación de los servicios públicos puede estar a cargo exclusivo de la administración, de los particulares autorizados o conjuntamente entre administración y particulares.
- 40 *Ibid.*
- 41 En relación con la obra de LEÓN DUGUIT cfr. principalmente *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1915, pp. 93 a 141; el mismo autor, profundiza en varios aspectos de su teoría en las siguientes obras: *La transformación del Estado*, cit., y *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, 1926, pp. 71 y ss.; así mismo, la compilación efectuada bajo el título *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, pp. 27 a 45, donde se retoman los dos trabajos clásicos del autor en torno a las transformaciones del derecho público y las transformaciones generales del derecho privado. En cuanto a los presupuestos de la teoría del Estado de LEÓN DUGUIT, cfr. los análisis efectuados por el profesor PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, cit., pp. 83 a 86; y en relación con las características y los alcances de la teoría, en esta misma obra, consultar las páginas 86 a 88. Resultan de trascendencia las notas en relación con el contexto y contenido de la teoría de LEÓN DUGUIT escritas en el trabajo introductorio a la edición referida de 1915 de la obra *Las transformaciones del derecho*, efectuadas por su traductor, el profesor ADOLFO POSADA. En igual sentido, EVELYNE PISIER-KOUCHNER. *Le service public dans la théorie de l'État de León Duguit*, Paris, LGDJ, 1972; JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ y JOSÉ CALVO GONZÁLEZ. “León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, julio-diciembre de 2005, pp. 483 a 547. Disponible, en [<https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/servlet/articulo?codigo=1972289>]; MARIANO PESET REIG. “Notas para una interpretación de León Duguit”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 157, 1968, pp. 169 a 208. En relación con el contexto doctrinal y la época de DUGUIT, cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo”, REDA, n.º 26, julio-septiembre de 1980. Resultan de interés bibliográfico las observaciones en torno a los aportes tanto de DUGUIT como de JÈZE y HAURIOU efectuadas por el profesor MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*, Granada, Comares, 2003.
- 42 Al respecto cfr., entre otros, GEORGES GURVITCH. *La idea del derecho social. Noción y sistema del derecho social. Historia doctrinal desde del siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, Granada, Comares, 2005, pp. 657 y ss.
- 43 MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. “León Duguit (1859-1928):...”, cit., pp. 483 a 547. LEÓN DUGUIT, uno de los más relevantes publicistas europeos, nació en Libourne (Gironde, Francia) el 4 de febrero de 1859, y murió en Bourdeaux el 18 de diciembre de 1928. Recibido como agregado de facultades de derecho el 1.º de enero de 1882, se incorporó a la Universidad de Caen donde permaneció hasta 1886. Sin embargo, toda su dilatada y fecunda carrera académica tuvo como escenario la Facultad de Derecho bordelense. En ella alcanzó la categoría de profesor de Derecho público el

2 de abril de 1892, figuró como asesor de su Decanato a partir de 1912 y ocupó el cargo desde el 1.º de mayo de 1919 hasta la fecha de su fallecimiento. En cuanto al alcance de la obra de DUGUIT cfr. MARTÍN REBOLLO. “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, cit., quien destaca, entre otras cosas, el carácter algunas veces contradictorio de tal manera que su obra no solo ha sido tachada de socialista y marxista, invocada por FIDEL CASTRO en su famosa “La Historia me absolverá”, sino también de fascista, en cuanto a la influencia que ejerció en la doctrina italiana de aquella oscura época europea.

44 En diferentes textos LEÓN DUGUIT mantiene su línea expositiva e ideológica sobre el concepto de poder, soberanía y servicios públicos. En diversas ediciones pueden consultarse tanto su manual de derecho constitucional como su tratado de derecho constitucional. Ahora bien, en donde se profundiza en las razones de sus planteamientos es en los escritos conocidos como las “transformaciones”, que constituyen un conjunto de libros sobre las transformaciones del Estado, el derecho público y el derecho privado, obras traducidas al español por el tratadista español ADOLFO POSADA y públicas por la famosa librería de Francisco Beltrán de Madrid en los inicios de la centuria pasada. Las dos últimas obras fueron recogidas en un solo tomo por la editorial Heliasta de Buenos Aires en 1975 bajo el título de *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. También se conoce la reciente compilación de esos trabajos por la editorial Comares de Granada, España (2007), bajo la dirección del profesor JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, donde se incluye otro de los trabajos de DUGUIT denominado *Las transformaciones del Estado*.

45 En relación con el contexto doctrinal y la época de DUGUIT, cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo”, cit. Las razones de los servicios públicos, como construcción sociológica jurídica, y en consecuencia profundamente teleológica y finalística, provienen de las elaboraciones jurisprudenciales francesas magníficamente retomadas por el profesor LEÓN DUGUIT, dentro de una novedosa concepción del poder político, la soberanía y el Estado. Esa etapa del derecho público francés, indica GARCÍA DE ENTERRÍA, constituyó la más brillante de la historia. La época de “[...] madurez de la disciplina en que ésta no solo supera su legalismo esterilizador y organiza definitivamente, para darle una fuerza sistemática superior, los grandes hallazgos, sobre todo jurisprudenciales del siglo XIX, sino que, segura de operar desde una perspectiva virgen y especialmente fecunda de lo jurídico, se lanza arriesgadamente a proponer verdaderas teorías generales del derecho y del Estado”. DUGUIT significa para el derecho francés el arribo al realismo jurídico, el objetivismo jurídico, el gran giro copernicano y la gran transformación contemporánea del derecho público que “[...] desaloja el mito tradicional del poder como pieza central del sistema para poner en su lugar la idea de servicio público [...]”. En ese sentido, el aporte de DUGUIT es amplio y se torna cabeza doctrinal del derecho público. Tratándose del derecho administrativo, es el pensamiento de GASTÓN JÉZE el que consolida la teoría del “servicio público” en cuanto a su concepto y a la determinación del contenido de la administración pública.

46 MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. “León Duguit (1859-1928):...”, cit., pp. 483 a 547. De los mismos autores puede consultarse el trabajo introductorio a la edición española del libro clásico de LEÓN DUGUIT *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Granada, Comares, 2007, titulado “Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit”, pp. XI a XXXIX. La obra del profesor DUGUIT estuvo profundamente influenciada por los trabajos de ÉMILE DURKHEIM (1858-1917), de quien fue su discípulo, y del filósofo AUGUSTE COMTE (1798-1857). Del primero absorbió el pensamiento sociológico y experimental en sus relaciones con el derecho, el rechazo a las concepciones metafísicas, la idea siempre latente de solidaridad social, esto es, de la preeminencia de lo social sobre lo individual, que indudablemente identifican y demarcan con un especial tinte toda su obra. La influencia resulta significativa a partir de ideas básicas del pensamiento de este filósofo, como las del *hecho social*, que lleva a DUGUIT a profundizar en la preeminencia de lo social sobre lo individual, en donde resulta ostensible cómo las reglas del método sociológico de DURKHEIM influyen en las apreciaciones jurídicas de DUGUIT. El mismo concepto de solidaridad social, deviene de los trabajos doctorales de DURKHEIM; y con el segundo (COMTE) reafirmó su profundo sentimiento social y de crítica radical no reaccionaria sumiéndose, según los autores, en el legado comteano del consenso fundamental de la organización social. La razón y la ciencia como las únicas con fuerza suficiente para explicar y alcanzar el orden social por fuera del oscurantismo teológico y metafísico.

47 GEORGES GURVITCH. *La idea del derecho social...*, cit., pp. 657 y ss., pone en duda el verdadero carácter positivista de la doctrina de DUGUIT calificándola de simple positivismo sensualista. Sostiene que si bien es cierto que DUGUIT caracterizó su doctrina como un sistema realista, socialista y objetivista, en contra de cualquier tipo de metafísica y en consecuencia de la utilización de la vía conceptual para la sustentación del derecho, los hechos y la concreción de su pensamiento parecen tomar una dirección diversa o, por lo menos, no auténticamente positivista. Para GURVITCH el pensamiento de DUGUIT está basado también en conceptos e ideas; es más: muchas de ellas sumidas materialmente en conceptos propios del derecho natural. “[...] Hay un conflicto inextricable entre sus premisas filosóficas, tan simplistas como pasadas de moda, y su clarividente y profunda visión de la realidad jurídica [...]”, asunto que ha debilitado sus ideas y mermado importancia a sus planteamientos y enseñanzas. Parodiando a WALINE, sostiene GURVITCH que DUGUIT, más que un positivista puro y radical, fue ante todo un simple moralista y que esta fue sinceramente la visión del mundo y del derecho que realmente predicó.

48 LEÓN DUGUIT. *El pragmatismo jurídico*, México, Coyoacán, 2008, p. 116. El alcance final de su gran construcción teórica está claramente plasmado en la totalidad de su obra de DUGUIT, y en eso se deduce la gran coherencia de sus planteamientos. En palabras de su ideador, la doctrina realista

tiene un valor pragmático, “[...] porque sólo ella permite fundar sobre base sólida la limitación jurídica del poder del Estado. Porque sólo ella permite garantizar y proteger situaciones legítimas, tras de las que no se percibe ningún sujeto de derecho; en fin, porque sólo ella puede explicar toda una serie de actos nuevos, por los que se realiza el comercio en la época moderna [...]”.

49 A partir de la influencia de los trabajos de É. DURKHEIM y de COMTE, como se ha expuesto y detallará más adelante.

50 PESET REIG. “Notas para una interpretación de LEÓN DUGUIT”, cit., pp. 169 a 208.

51 LEÓN DUGUIT. “Estudio preliminar” en LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones del derecho público*, Edit. Analecta, 2006, pp. 93 a 141.

52 MONEREO PÉREZ y CALVO GONZÁLEZ. “Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en LEÓN DUGUIT”, trabajo introductorio a la edición española del libro clásico de LEÓN DUGUIT *Las transformaciones del derecho público y privado*, Comares, Granada, 2007, pp. XI y ss.

53 ADOLFO POSADA. Estudio preliminar a la obra de LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones del derecho público*, cit., pp. 7 y ss.

54 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, cit., nota 10, pp. 86 a 90.

55 LEÓN DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, Comares, 2005, pp. 180 y 181. Esta idea, que irradia la totalidad del trabajo doctrinal de DUGUIT, es resumida por él en los siguientes términos: “[...] ¿En qué consiste, pues, esta noción de función social? Se reduce a lo siguiente: el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene. Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad, es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esa función, de ejecutar esa tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social. Por otra parte, todos los actos que realizase contrarios a la función que le incumbe serán socialmente reprimidos. Pero, por el contrario, todos los actos que realice para cumplir la misión que le corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad serán socialmente protegidos y garantidos [...]”.

56 LEÓN DUGUIT. *La transformación del Estado*, cit., p. 31, complementa lo anterior anotando: “[...] Esta noción de función social que advierten los hombres políticos y los teóricos publicistas, y que sitúan en la base del derecho público, es en el fondo la noción de servicio público [...]”.

57 En cuanto a los orígenes jurisprudenciales de la teoría de los servicios públicos cfr. MARTÍN REBOLLO. “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, cit. Importantes resultan también los aportes de los profesores JOSÉ LUIS MEILÁN GIL. *Proceso tecnológico y servicio público*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 21 a 30, y DIEGO ZEGARRA VALDIVIA. *El servicio público. Fundamentos*, Lima, Palestra, 2005.

58 *Arrêt Blanco* (8 de febrero de 1873. Tribunal de conflictos). El fallo *Blanco*, más que una providencia relativa al fondo del conflicto suscitado a propósito de una actividad de la administración pública francesa, es una resolución de clara stirpe procedimental por medio de la cual se resolvió un conflicto de competencias entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria. El carácter del asunto puesto a consideración del tribunal y la profundidad de sus razonamientos le dan a esta providencia un carácter sustancial y definitorio en torno a la autonomía del derecho administrativo; la universalidad del fallo le permitió servir de fundamento a gran cantidad de los planteamientos típicos del derecho público administrativo, incluso a la justificación del criterio de los servicios públicos como determinante de la administración, su derecho, la jurisdicción contenciosa y los servicios públicos como elementos clave de cualquier análisis administrativo. De ahí que sea considerado por algunos la piedra angular del derecho administrativo, el punto de partida o nacimiento de un derecho administrativo moderno, y por otros la consolidación de un proceso de formación, cuyo instante estelar, anterior, se produjo con la Revolución Francesa. Los hechos que fundamentan esta providencia no tienen nada especial frente a algunos otros, anteriormente resueltos por los tribunales. Lo importante de este fallo es que dio origen a un conflicto de competencias de la jurisdicción llamada a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Los sucesos ocurrieron en la ciudad de Burdeos en 1872. Agnes Blanco, una pequeña de solo cinco años de edad, fue atropellada y herida gravemente al atravesar una calle de esa población por un carro transportador de propiedad de la fábrica estatal de tabaco conducido por cuatro de sus empleados. El padre de la menor, con fundamento en las normas de los códigos Civil y de Procedimiento Civil de la época, inició ante el tribunal civil de Burdeos un proceso de responsabilidad contra los cuatro operarios de la tabacalera, como coautores de las heridas producidas a su hija, y contra el Estado francés como responsable civilmente por la imprudencia de sus empleados. La pretensión invocaba la responsabilidad solidaria tanto de los empleados como del Estado, y solicitaba una indemnización de cuarenta mil francos; el representante del Estado planteó el conflicto de competencia en el que argumentaba la incompetencia del tribunal civil para conocer de un asunto en donde una de las partes era el Estado, al que en razón de la ejecución de un servicio público se le demandaba su responsabilidad con fundamento en los principios del derecho privado. El tribunal del conflicto que conoció la impugnación se pronunció el 18 de febrero de 1873 en los siguientes términos, en lo pertinente: “[...] La responsabilidad que le puede corresponder al Estado, en razón de los daños proferidos a los particulares por sus empleados, en la prestación de los servicios públicos, no se rige por los principios consagrados en los artículos 1382 y siguientes del Código Civil en lo que respecta a las relaciones entre los particulares. Esta responsabilidad, que no es ni general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las exigencias del servicio y la

necesidad de conciliar los derechos del Estado con los de los particulares. Corresponde por lo tanto a la autoridad administrativa conocer y valorar tal responsabilidad, y no a los tribunales ordinarios [...]”.

59 *Arrêt Rothschild vs. Larcher et Administration des Postes* (6 de diciembre de 1855). En ese pronunciamiento el Consejo de Estado francés estableció el concepto de servicios públicos como generador de obligaciones para la administración pública, en los siguientes términos: “[...] con la autoridad de la ley, le corresponde reglar las condiciones de los servicios públicos donde le correspondiere su prestación. Determinar igualmente las necesidades que se susciten con su operación, e indicar los nombres de los agentes que actúan en su representación [...]”. También reconoció que en la prestación del servicio público se generan relaciones entre la administración y los particulares. Por esa razón, a aquélla le corresponde “[...] conocer y apreciar las características y la extensión de los derechos y de las obligaciones recíprocas que se susciten entre el Estado y los beneficiarios de los servicios [...]”. El marco de esas relaciones está sujeto a un régimen jurídico de derecho privado: el derecho común, el mismo derecho que regula las relaciones entre los particulares. En esa primera época, si bien los servicios públicos ya eran considerados como fenómenos con repercusiones frente al derecho, aún no se consolidaba un derecho propio de carácter público: “[...] las necesidades, los derechos y las obligaciones que se susciten a propósito de los servicios se rigen por las reglas y según los principios y disposiciones del derecho civil y común, como si se tratara de las relaciones entre particulares [...]”. Por último, en esa providencia se reconoció que, como consecuencia de la ejecución de los servicios públicos, la administración puede quedar sujeta a responsabilidad: “[...] En lo que corresponde con la responsabilidad del Estado en caso de fraude, negligencia o de errores cometidos por sus agentes en la prestación de los servicios, se reconoce la misma, pero sin carácter general ni absoluto. Ella se determina según las características y necesidades de cada servicio, sus condiciones y proporciones [...]”.

60 *Arrêt Carcassonne* (20 de febrero de 1858). En las consideraciones de esta providencia se observan sustanciales cambios respecto del fallo anterior: en primer lugar, insistió en el poder de dirección que le corresponde a la administración pública en la prestación de los servicios públicos, poder que le genera responsabilidades para organizarlos y para dirigir el personal encargado de su desarrollo; en segundo lugar, aclaró lo relacionado con la competencia de ejecución de la ley y su reglamentación, en todo lo que le concierne a la administración en cuanto a los servicios públicos, a la cual “[...] por otra parte, le corresponde aplicar las leyes y reglamentos que determinan las necesidades y que establecen las oportunidades de los servicios entre los particulares y los agentes que representan al Estado [...]”; en tercer lugar, introdujo dos importantes modificaciones a los anteriores criterios jurisprudenciales en lo referente al régimen jurídico de los servicios públicos: estableció una regla general, de competencia de la jurisdicción administrativa, para conocer de todos los conflictos generados con ocasión de la aplicación de las leyes y los reglamentos referentes a los servicios públicos, y una regla de excepción, que implicó la existencia de una norma legal expresa que asignara conflictos de esa misma naturaleza en cabeza de las autoridades judiciales; además, aclaró lo relacionado con el régimen aplicable a los asuntos de responsabilidad del Estado a propósito de la prestación de los servicios públicos, que no podía seguir siendo el del derecho común: “[...] Que esas leyes y reglamentos tienen un carácter especial y que los conflictos respecto de sus aplicaciones hacen aparecer una gran cantidad de asuntos que deben comparecer ante la jurisdicción administrativa, a no ser que una norma expresa otorgue su conocimiento a las autoridades judiciales”; en cuanto a la responsabilidad expuso: “... que entre otras cosas la responsabilidad del Estado, en caso de falta, negligencia o de errores cometidos por los agentes de la administración no se rige por los principios del derecho común; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que ella se modifica según la naturaleza y necesidades de cada servicio [...]”.

61 *Arrêt Bandry vs. Ministre de la Guerre* (1.º de junio de 1861). En este fallo la jurisdicción administrativa insiste en la necesidad de abandonar las normas del ordenamiento civil para los casos de responsabilidad del Estado en razón de la ejecución de servicios públicos, pues el régimen jurídico de esa actividad posee reglas especiales aplicables a todos los servicios públicos: “[...] Considerando que la responsabilidad que le puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares, por el hecho de las personas que el Estado emplee en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código de Napoleón para las relaciones entre los particulares; que esta responsabilidad y sus reglas especiales son iguales para todos los servicios [...]”.

62 *Arrêt Terrier* (6 de febrero de 1903). El caso se reconduce a las reclamaciones formuladas por el señor Terrier con ocasión de la destrucción de animales dañinos (víbora) en virtud de recompensa contractual ofrecida para esos efectos por la administración, la cual, al ser requerida, se negó a pagar la contraprestación ofrecida argumentando carencia de recursos presupuestales. En esa providencia se resuelve un aspecto trascendental para la autonomía del derecho administrativo con fundamento en la teoría de los servicios públicos, cual es el del régimen jurídico aplicable a los asuntos en que definitivamente quede involucrado el interés general. Para esos efectos se hacen las siguientes apreciaciones: que el concepto de actos de autoridad y actos de gestión no opera para estos efectos y que tal concepto ya había sido abandonado desde el fallo *Blanco* de 1873. Al respecto el comisario del gobierno se pronunció en los siguientes términos: “[...] Cuando se trate de intereses nacionales o de intereses locales, a partir del momento en que se está en presencia de necesidades colectivas que las personas públicas tienen que satisfacer, la gestión de esos intereses no podrá considerarse como necesariamente gobernada por los principios del derecho civil [...]”; que en los asuntos relativos al interés general como son los contratos de las entidades administrativas, el derecho aplicable es el administrativo y sus litigios de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa a no ser que se trate de actividades o gestiones típicamente privadas. Para esos efectos el comisario del gobierno expuso lo siguiente:

“[...] Corresponde a la jurisprudencia determinar [...] en cuáles casos se está en presencia de un servicio público que funciona con sus reglas propias y su carácter administrativo, o, por el contrario, de actos que, interesando mucho a la comunidad, revisten la forma de la gestión privada y entienden mantenerse exclusivamente en el terreno de las relaciones de particular a particular, en las condiciones del derecho privado [...]”. En lo que se refiere al criterio general que se ha de seguir para efectos de determinar la actividad pública de servicios de la meramente privada, en la providencia se indicó: “[...] Todo lo que concierne a la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales, constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, de competencia de la jurisdicción administrativa [...] Todas las acciones entre las personas públicas y los terceros o entre esas personas públicas entre sí, fundadas en la prestación, no prestación o mala prestación de un servicio público, son de competencia de la jurisdicción administrativa [...]”.

63 *Arrêt Thérond* (4 de marzo de 1910). El conflicto resuelto en esta providencia se relaciona con el contrato monopólico y de exclusividad suscrito entre la ciudad de Montpellier y el señor Thérond para la captura de perros callejeros y de todos aquellos declarados como peligrosos para la ciudadanía y su posterior traslado a la perrera municipal; al igual que para el levantamiento de animales muertos en las estaciones del ferrocarril, el matadero municipal, o en los domicilios particulares de los cuales no se ocuparen sus propietarios, lo mismo que en las vías públicas de aquella ciudad. El contrato comprendía obligaciones para el señor Thérond relativas al destino final de los desechos orgánicos de origen animal. El precio del contrato dependía del valor que en el mercado obtuviese el contratista por la venta o disposición de los restos mortales de los animales que quedaran en su poder. El contrato no fue cumplido por la administración. El contratista demandó la resolución del contrato y el pago de indemnizaciones. En su decisión el Consejo de Estado se pronunció reiterando lo expresado en el fallo *Terrier* a propósito de la naturaleza de los contratos de las entidades departamentales y municipales, esto es, que por regla general implican una atención a necesidades públicas y por lo tanto involucran la prestación de servicios públicos. Al respecto expuso lo siguiente: “[...] Considerando que al contratar en las condiciones arriba mencionadas con el señor Thérond, la ciudad de Montpellier actuó buscando la higiene y la seguridad de la población y, en consecuencia, tuvo como finalidad la prestación de un servicio público; que ante falta de norma que atribuya el conocimiento a otra jurisdicción, las dificultades que pudieran resultar por el incumplimiento o la mala ejecución de ese servicio son de competencia del Consejo de Estado [...]”. 2. Se insiste, en aras de la consolidación del servicio público como criterio identificador del derecho administrativo y de la jurisdicción contenciosa como su jurisdicción natural, en que “[...] Todo acto realizado con un fin de interés general es de competencia de la jurisdicción administrativa; en especial, todos los contratos suscritos por la administración con tal fin son contratos administrativos [...]”.

64 GASTÓN JÈZE. *Principios generales del derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1948. Prefacio del autor a la edición argentina, pp. XLV a LI.

65 GASTÓN JÈZE. *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, París, Marcel Giard, 1932.

66 JACQUES CHEVALLIER. *Le service public*, París, Presses Universitaires de France, 1991, “Introducción”, pp. 3 a 6. Desde sus primeras aproximaciones a la figura el autor reconoce la enorme complejidad suscitada al interior de la doctrina y la jurisprudencia, en relación con la aproximación a un concepto de servicio público. Históricamente se tornó en una idea de difícil comprensión y entendimiento, con múltiples significados y aproximaciones: “[...] *La notion de service public est difficile à appréhender et à cerner* [...]”; en cuanto al alcance del concepto cfr. DOMENICO SORACE. *Estado y servicios públicos*, Lima, Palestra, 2006, pp. 13 a 30.

67 FERNANDO GARRIDO FALLA. “El concepto de servicio público en el derecho español”, RAP, n.º 135, 1994.

68 SABINO CASSESE. “La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito”, en *Trattato di diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 2000, p. 54.

69 JACQUES CHEVALLIER. *Le service public*, cit., p. 14.

70 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, ob, cit.

71 En relación con el surgimiento del derecho administrativo como un fenómeno propio y particular de la dinámica revolucionaria francesa pueden consultarse dos importantes obras del profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, cit., y *La lengua de los derechos...*, cit. En el primero (*Revolución Francesa...*) destaca el autor que son múltiples los factores que históricamente obraron en el proceso de reconocimiento en el ordenamiento jurídico posrevolucionario de la existencia de un derecho autónomo para la nueva y poderosa administración pública; entre los determinantes se invocan: 1. La sujeción de la misma al principio de legalidad “reino de la ley”, postulado de confrontación directa respecto del Estado absoluto. “[...] Frente al poder personal y arbitrario, el ideal del gobierno por, y en virtud de las leyes [...]”. La ley pasa a ser la más importante garantía de la libertad. En la segunda obra (*La lengua de los derechos...*), al referirse propiamente al derecho que se predica de la administración pública, agrega que el punto inevitable de sustentación de la naciente disciplina lo constituye

evidentemente el principio de legalidad, la técnica del “reino de la ley” en donde mediante la atribución específica de funciones y competencias a las autoridades por vía legal, “[...] hace de quien manda o ejerce cualquier clase de autoridad un simple agente de la ley, y no un hombre superior al ciudadano llamado a la obediencia [...]” (p. 181); 2. La ruptura con los postulados doctrinales prerrevolucionarios. La gran “disidencia histórica” en torno a la división de poderes. El surgimiento de una administración poderosa sin precedentes históricos, a partir de una muy particular idea de la división de poderes fundada en la tesis de la excepción de la aplicabilidad de sus postulados a la administración en asuntos tan sensibles como el control judicial y la potestad reglamentaria lo cual la colocaba en una posición privilegiada frente a otros poderes de la organización política estatal; 3. El crecimiento y potencialización del poder administrativo como respuesta directa y necesaria de la nueva estructura social. El gran motor de fortalecimiento del poder administrativo del Estado está dado por “[...] la idea misma de la revolución [...]”. La revolución en sí misma configuraba una incontenible avalancha de transformación social, postulaba una nueva estructura social para lo cual se requería un poder actuante significativo y poderoso que abanderara ese propósito vital. La tarea transformadora no podía depender de meros postulados y discursos retóricos, expedición de actos generales o leyes: implicaba irremediamente una acción directa y efectiva, responsabilidad tan solo atribuible al aparato administrativo. “[...] Era preciso configurar un extenso poder capaz de asumir esta misión cuya amplitud desbordaba toda la tradición del Estado, y este poder debía ser, sobre todo, un poder gubernamental y activo, constante, general, notas todas que volcaban el peso necesariamente al lado de una administración [...]”. A ese propósito contribuyó la ingente idea organizativa de Napoleón, quien en su momento proporcionó a Francia un sistema administrativo consolidador de esas necesidades revolucionarias, una verdadera constitución administrativa a la par de la Constitución Política. Como conjugación de todos los anteriores elementos, concluye el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, se produce una transmutación en la naturaleza del poder ejecutivo que va más allá de su simple potencialización: “[...] Es que bajo la etiqueta formal de poder ejecutivo va actuar otra realidad en esencia diversa, la realidad que llamamos administración y a la que no cuadra de ninguna manera la caracterización reservada a ese poder en la teoría de la división de los poderes [...]”. Se trata de un poder no simplemente ejecutor: es, ante todo, un sujeto que actúa permanentemente persiguiendo multiplicidad de fines, “[...] no limitados por supuesto, al simple respaldo coactivo de las leyes y de las sentencias [...]”. Para esa administración concebida como un sujeto actuante, de por sí abiertamente contraria a la doctrina revolucionaria, es que comenzará a predicarse un régimen jurídico propio y particular que iniciará su trabajo constructivo en busca de sustantivización a lo largo de los años. En el segundo de los textos (*La lengua de los derechos...*) se nos muestra el desarrollo de las principales instituciones de la disciplina en procura de su consolidación sustancial a la luz de los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado. De manera concreta, en cuanto a su contenido el derecho administrativo resulta ser el producto de las elaboraciones pretorianas y de sus análisis e interpretación doctrinal, con principios diferentes a los del derecho civil, que supuestamente parten de admitir las desigualdades propias de las relaciones entre la administración y los ciudadanos, e igualmente del carácter garante y gestor del interés general depositado en la administración, todo lo anterior con sujeción al principio de legalidad “[...] en nombre de la ley [...]” (pp. 194 y 195). En ese sentido, concluye el autor, “[...] El derecho administrativo no se sustrae así a la gran corriente de creación del derecho público posrevolucionario y es una de sus más originales y trascendentes [...] invenciones, sin paralelo posible en el derecho del antiguo régimen [...]” (p. 196). Para este análisis resulta básica la consulta de ALEXIS DE TOCQUEVILLE. *El Antiguo Régimen y la Revolución*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, libro segundo, capítulos II a IV, pp. 119 a 143; libro tercero, capítulos III, VI y VIII, pp. 239 a 250 y 272 a 293.

72 MARTÍN BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, disponible en [<https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/descarga/articulo/1098026.pdf>].

73 LUCIANO PAREJO ALFONSO. 5, cit., pp. 90 a 94. Los planteamientos radicales de la escuela de Burdeos llevaron a que siempre que se identificara un servicio como público, obviamente bajo la responsabilidad de la administración, desde la perspectiva jurídica el mismo era objeto del derecho público administrativo, lo cual es síntoma inicial de su futura crisis.

74 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo”, cit. La Segunda Guerra Mundial puede ser considerada como un límite histórico en la evolución de las instituciones fundadas en la concepción de servicio público y todo lo que doctrinalmente giró en torno a ese concepto, no solo en Francia sino también en el ámbito de influencia de su derecho administrativo. Expone el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA cómo la guerra puso fin a la más grande de las etapas del derecho administrativo francés, la encabezada por DUGUIT y HAURIUO, y abrió a su vez las puertas a una nueva generación de estudiosos de esa disciplina entre los que se destacan DE LAUBADÈRE, RIVERO y VEDEL. Ahora bien, en relación con las circunstancias y obras que demarcaron el inicio de una nueva etapa postescuela de los servicios públicos, señala el profesor las siguientes: “[...] La guerra y la post-guerra, con sus enormes transformaciones, rompen esos dogmas enseguida, sin embargo. En 1952 simultáneamente RIVERO en su básico artículo publicado en los *Archives de philosophie du droit*, “Le régime des entreprises nationalisées et l’évolution du Droit administratif”, y DE LAUBADÈRE en su trabajo paralelo *Réflexions sur la crise du Droit administratif française*, se aperciben lúcidamente por vez primera de que el régimen de las empresas públicas ha demostrado no sólo el declinar de la noción básica del concepto central del servicio público y de sus supuestas reglas originales, sino que ‘ha hecho nacer la duda sobre su valor original [...] falsa idea clara, no ha podido resistir a la crítica que las circunstancias han suscitado’. Esta brecha será ensanchada definitivamente, hasta llegar al hundimiento inapelable de los grandes dogmas duguitianos, inmediatamente. En 1953 se publican, por una parte, el Curso de Doctorado de EINSENMANN, *L’autonomie du Droit*

administratif (edición policopiada de ‘Les Cours de Droit’) y, por otra, la tesis de J. L. DE CORAIL (realizada en Toulouse, bajo la dirección de otro continuador de HAURIOU, PAUL COUZINET) *La crise de la notions de service public en Droit administratif français* (edición LGDJ). La situación de naufragio, de desamparo es total. ¿Dónde anclar el sistema entero del derecho administrativo al haber desaparecido el cimiento que hasta entonces, aparentemente, le había sostenido? [...]”.

75 SABINO CASSESE. “La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito”, cit., p. 53.

76 TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, RAP, n.º 150, 1999. La doctrina del servicio público ha sido desde siempre un terreno pantanoso en donde cada autor intenta ofrecer su versión de un tema que no se deja identificar plenamente, versiones que por esta misma razón resultan en muchos casos ser esencialmente vagas: “[...] Releer ahora la literatura de la época es como chapotear en un terreno pantanoso en el que, además, la neblina no permite distinguir los contornos de la figura [...]”.

77 PROSPER WEIL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 100 y ss.

78 TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, cit. La incertidumbre en relación con el servicio público se prolonga hasta nuestros días cuando se entroniza “[...] en el altar de las ideas políticas un nuevo ídolo, la competencia [...]”. En ese escenario, “el servicio público es sencillamente un obstáculo a ser superado en aras de la liberalización [...]”.

79 SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*, t. I, cit., p. 17.

80 GIORGIO REBUFFA. “I lessici e il tempo delle prolusione di Vittorio Emanuele Orlando”, *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, n.º 4, 1989, pp. 919 a 936; ALBERTO MASSERA. “L’influenza della cultura tedesca sulla prolusione orlandina”, *Trimestrale de Diritto Pubblico*, n.º 4, 1989, pp. 937 a 967; VITTORIO EMANUELE ORLANDO. *Principios de derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1978. Para la sustentación de sus criterios conceptuales del derecho administrativo, ORLANDO parte del reconocimiento de una realidad denominada Estado, el que debe cumplir sin falta unas finalidades, para lo cual debe desarrollar un sistema de actividades sujetas a un régimen jurídico autónomo. En ese concepto identifica a la administración pública como la depositaria de la actividad para el cumplimiento de los fines estatales, y a su régimen jurídico lo denomina derecho administrativo. De aquí concluye que el derecho administrativo es el sistema de aquellos principios jurídicos que regulan la actividad de la “gran persona jurídica”, para la consecución de sus fines, en donde la administración es el “poder que actúa” (pp. 10 y 11).

81 REBUFFA (*I lessici*, cit., p. 919) sostiene que la importancia de ORLANDO para la doctrina italiana fue de tanta significación que en su opinión ninguna generación de juristas parece haber cambiado o transformado de tal manera los valores de la semántica del derecho público de su época.

82 NURIA MAGALDI. *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social*. ERNST FORSTHOFF y la crisis de Weimar, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 65.

83 LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. “La administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*”, disponible en [<http://www.cepc.gov.es/gl/publicacions/revistas/revistas-electronicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22224>]: “Con la expresión ‘procura existencial’ se titula la tesis que sobre el carácter prestacional de la administración moderna instituye la doctrina alemana en el concepto de *Daseinsvorsorge* y cuyos efectos resumió en los términos *Leistende Verwaltung*. Explica sus alcances en el idioma castellano en los siguientes términos: “Dicho término es un conglomerado de tres raíces distintas: la palabra *Sorge*, que significa cuidado, atención, dedicación; el término *Vor* es una preposición que encierra la idea de precedencia o anterioridad, ya sea en el tiempo o en el espacio: antepuesta aquí al término *Sorge* viene a expresar conjuntamente el significado de preocupación, procuración, cuidado preventivo, prevención, etc.; la palabra *Dasein*, por fin, sirve para denominar la propia existencia humana. El conjunto de los tres términos nos da, pues, como traducción de la palabra *Daseinsvorsorge*, la idea de preocupación por la existencia humana, de preocupación de los presupuestos vitales o, mejor aún, superando la traducción estrictamente literal para referir su contenido ideológico, la idea de asistencia vital o de prestaciones vitales [...]. Se quiere expresar, por tanto, una actividad que dice relación con la existencia o con la vida humana en su más pleno sentido. La otra expresión, *Leistende Verwaltung*, es ya de más fácil traducción en cuanto que *Verwaltung* significa [...] administración, y *Leistende* es un adjetivo derivado del verbo *leisten*, que quiere decir abastecer, proporcionar. Se trata, pues, de la administración que abastece, que proporciona, que actúa directamente para poder abastecer y proporcionar bienes a los administrados” (pp. 37 y 38).

84 De cierta manera la doctrina encuentra puntos de encuentro entre la teoría del servicio público y la procura existencial en ese sentido cfr. MARTÍN BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública...”, cit.; una posición crítica a este acercamiento se observa en el trabajo de MARTÍN BULLINGER. “El servicio público francés y la *Daseinsvorsorge* en Alemania”, RAP, n.º 166, 2005, para quien las dos concepciones tienen puntos de partida totalmente diferentes; sus fuentes y desarrollos corren por caminos diversos. Mientras DUGUIT en Francia deja entrever en sus trabajos la configuración de un Estado restringido a lo estrictamente necesario para la prestación de los servicios públicos, FORSTHOFF en Alemania se refería en esencia a un Estado de bienestar omnipotente o total con una competencia general en todos los órdenes. “[...] según DUGUIT, la concepción, en el fondo liberal, de la república burguesa como unidad suprema prestadora de servicios cuidadosamente limitados; según FORSTHOFF, la idea

conservadora y romántica del Estado como suprema comunidad de convivencia con responsabilidad general para con el bienestar de sus miembros [...]”. Mientras DUGUIT partía del concepto de fraternidad traducido en el de solidaridad social y cooperación de servicios públicos, FORSTHOFF no incursionaba para nada por esos senderos sociológicos y filosóficos: su punto de partida estuvo siempre fundado en el ideal del Estado autoritario. “[...] Debido a ello, la subordinación a la omnisciencia de los gobernantes (principio de autoridad) era el elemento decisivo de la procura existencial, no la cooperación en la solidaridad según DUGUIT [...]”. En definitiva, las dos tesis parten de conceptos antagónicos como son el de solidaridad, en la construcción de DUGUIT, y el de subordinación, en la teoría de FORSTHOFF.

85 ERNST FORSTHOFF. “Problemas constitucionales del Estado social”, cit., pp. 43 y ss. En el mismo sentido cfr. ÍD. “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, en *El Estado social*, cit., pp. 69 y ss. Para FORSTHOFF, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, las cláusulas de Estado social y de Estado de derecho resultaban absolutamente incompatibles dentro de un mismo plano constitucional. Precisamente en la primera de las obras, al abordar el problema del alcance de la cláusula del Estado social FORSTHOFF indica: “[...] La cuestión que se plantea es si dos Estados tan distintos, con estructuras jurídicas tan diferentes como las del Estado social de prestaciones y las del Estado de derecho de libertades pueden ser acoplados en una misma constitución [...]”, inquietud a la cual brindó FORSTHOFF una respuesta negativa, no aceptando su posición simultánea en un mismo plano y sobre todo reconduciendo el concepto de lo social a un concepto abierto, sin contenido determinado y absolutamente imposible de definir. “[...] Cualquier intento de plasmar en una fórmula conceptual al Estado social corre el riesgo de sufrir interpretaciones tan contradictorias como las del término social. Adaptando una expresión humorística del romanticismo está uno tentado a decir: social es un *indefinibles definiens*. Bajo estas consideraciones, estimo que las afirmaciones generales sobre Estado social son de escasa utilidad [...]”. El Estado es esencialmente un fenómeno de fuerza, de poder, de dominación, y demanda obediencia. En ese sentido, para FORSTHOFF el Estado no es el social: el Estado, por medio de la administración, cumple cometidos sociales, que es diferente; el Estado puede asumir funciones sociales con miras a brindar asistencia al hombre incapacitado de obtener por sí mismo los niveles vitales de vida que su existencia reclama.

86 ERNST FORSTHOFF. “Problemas constitucionales del Estado social”, cit., pp. 47 y ss.

87 Ídem. En la fundamentación de su tesis FORSTHOFF es demasiado gráfico, aunque poco científico. Deduce lo que le parece adecuado y elemental en relación con el problema al cual le pretende dar una solución jurídica. Sostiene sobre las causas de esa ruptura lo siguiente: “[...] El paso de la casa y el corral a la casa de alquiler, piso, cuarto amueblado o hasta el mero lugar donde se duerme, son renunciadas sucesivas al espacio vital dominado [...]”. Esas renunciadas, por lo demás, no queridas ni deseadas por el hombre mismo, implican renunciadas a garantías sustanciales de su existencia individual. “[...] El hombre sin espacio vital que domine, que no puede sacar el agua del pozo, que no puede recoger en el bosque la leña que necesita para el hogar, que no puede obtener del huerto o del establo los alimentos necesarios, vive en una situación de notoria necesidad [...]”. El hombre depende en consecuencia, para su supervivencia, de otros mecanismos y acciones, “[...] Depende de un puesto de trabajo con un salario que le permita obtener al menos el mínimo vital para sí y para su familia, y si no tiene trabajo necesita una ayuda en dinero [...]”.

88 Ídem. En la medida del decrecimiento de la subsistencia individual crece la presencia social de servicios y de atenciones comunales al desvalido, así lo deja ver la teoría de FORSTHOFF cuando encuentra coherente el aumento del espacio vital colectivo en la medida en que se observa la reducción del vital individual: “[...] Esta reducción del espacio vital dominado tiene su contrapunto en la extraordinaria ampliación del espacio efectivo vital que el progreso de la técnicas ha hecho posibles [...] Este desarrollo es para la estructura del Estado de gran repercusión [...]”.

89 NURIA MAGALDI. *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social...*, cit., p. 71.

90 ERNST FORSTHOFF. “Problemas constitucionales del Estado social”, cit., pp. 47 y ss.

91 ERNST FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, LEGAZ LECAMBRA, GARRIDO FALLA y GÓMEZ DE ORTEGA Y JUNGE (trads.), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 61 a 68, 96 a 119 y 473 a 480. El fenómeno del Estado comprometido con el orden social lo sitúa FORSTHOFF en una etapa posterior a la del simple Estado liberal, en el que la administración debe entrar a adoptar posiciones activas en el restablecimiento de unas condiciones de vida normales para una población necesitada de servicios básicos y requirente de la adecuación de sus espacios vitales entorpecidos o perdidos en el conflicto social del mundo técnico e industrial. En ese sentido, “el orden social no es para el Estado un dato, sino cometido y objeto de formación [...]”. En efecto, el presupuesto de la acción estatal es que la situación social debe de ser mejorada”. Para esos efectos, FORSTHOFF maneja dos conceptos básicos en sus trabajos: el de “espacio o ámbito vital de dominio o señorío” (*der beherrschte Lebensraum*) y el de “espacio o ámbito vital colectivo o efectivo” (*der effektive Lebensraum*); mediante el primero identifica al individuo en su círculo de influencia, donde manda y domina. Ostenta relaciones de señorío sobre bienes básicos e indispensables para su subsistencia personal. Este espacio le concede independencia y autosuficiencia; el segundo describe las relaciones con una serie de objetos respecto de los cuales no ejerce ninguna propiedad o señorío, pero que los utiliza en común con otros sujetos (cfr. al efecto el trabajo de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *La administración*, cit.). La pérdida de esos ámbitos, o su deterioro, es lo que convoca urgentemente la presencia de una administración actuante. En la práctica la imposibilidad de convivencia por la pérdida del ámbito de señorío, o la desmejora del ámbito colectivo, hace que el individuo hoy “no se

enfrente con la administración independientemente, sino en situación de dependencia. El individuo necesita para su vida diaria de los servicios de la administración, su capacidad de trabajo se halla en gran medida bajo el poder de disposición del Estado, y como sujeto económico está inserto en el sistema de planificación estatal. Todo esto significa que en la utilización de los medios de protección jurídica contra la administración el individuo no posee ya la libertad que era evidente en el siglo XIX” (FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, cit.). El criterio de FORSTHOFF se desarrolla evidentemente en el contexto de lo socio-jurídico, en las relaciones inseparables entre la sociedad y el Estado: “La Constitución jurídico liberal empieza y acaba con la separación de Estado y sociedad. Pero esta afirmación ha sido objeto de crecientes contradicciones [...]. En nuestro tiempo, en que las funciones del Estado se han confundido inextricablemente con los procesos sociales, no podría ya hablarse en modo alguno de una separación de Estado y sociedad. Los que así argumentan no han comprendido el dualismo entre Estado y sociedad. Lo entienden como la disociación de dos campos distintos: pero no se trata de eso. Más bien significa la ordenación lógica y necesaria de dos formas de ‘ser social’”. El Estado moderno no puede evadir sus responsabilidades sociales, incluso frente al mismo fracaso de la sociedad. “El bienestar de todos depende de la capacidad de funcionamiento de la economía. Por ello el Estado se halla ligado a las relaciones de poder en la sociedad y se halla mezclado en las confrontaciones políticas que versan sobre tales temas”. El Estado no ha muerto: ERNST FORSTHOFF. *El Estado en la sociedad industrial*, Madrid, IEP, 1975, pp. 27 a 39.

92 ERNST FORSTHOFF. “Concepto y esencia del Estado social de derecho”, cit., pp. 79 y ss. La administración moderna es de por sí compleja, no solo interviene sino que también protege y ayuda.

93 ERNST FORSTHOFF. “Problemas constitucionales del Estado social”, cit., pp. 51 y ss. “[...] Un Estado que se aproveche de las necesidades sociales de sus súbditos para aumentar su poder de dominación es en la realidad un Estado total [...]”.

94 Ídem. Puede consultarse asimismo NURIA MAGALDI. *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social. Ernst Forsthoff y la crisis de Weimar*, cit., p. 139.

95 Acerca de la vida y obra de MAURICE HAURIUO cfr. el excelente trabajo del profesor ANTONIO ENRIQUE SAMPAY. Prólogo al libro *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968. Destaca SAMPAY que HAURIUO nació el 17 de agosto de 1856 en la comuna rural del departamento de Charente, suroeste de Francia. Cursó los estudios primarios en Deviat, otra aldea rural de Charente, donde su padre era notario; los secundarios en el Liceo de Angoulême y los superiores en la Universidad de Burdeos, en cuya facultad de derecho obtuvo la licenciatura en 1876 y el grado de doctor en 1879. Entre sus compañeros de estudios se destacan profesores que, al igual que él, años después pasarían a ser los grandes teóricos del derecho administrativo francés, como evidentemente lo fueron LEÓN MICHOU, LEÓN DUGUIT y HENRY BERTHÉLEMY. Con los tres guardó profunda amistad y respeto. “[...] Con DUGUIT, el célebre decano de la facultad de Burdeos, no obstante conservar una inalterable amistad, disintió radicalmente, que es el modo de discrepar un adepto de la metafísica clásica con un positivista [...]”. Escribió y cultivó el derecho romano y fue en consecuencia un brillante estudioso del derecho civil. El 1.º de enero de 1883 se incorporó como agregado de la Facultad de Derecho de Toulouse, encargándose del curso de Historia del Derecho. El 24 de marzo de 1888 fue ascendido a la cátedra de derecho administrativo. El 1.º de noviembre de 1920 lo fue a la cátedra de derecho constitucional. El 1.º de noviembre de 1906 fue designado decano de la Facultad, cargo para el cual fue reelegido hasta el 31 de agosto de 1926; después fue decano honorario, y vitalicio hasta el día de su muerte, el 12 de marzo de 1929. Su obra es amplia, sustancial y prolija: comprende más de noventa trabajos entre libros y artículos, a los que hay que sumar más de trescientos análisis y comentarios a sentencias judiciales.

96 MAURICE HAURIUO. *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Reus, 1928. En relación con su teoría de del derecho administrativo de la época, cfr. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., 11.ª ed., en especial su prefacio “La puissance publique et le service public” (pp. VII a XV).

97 En cuanto a las características y el alcance de la concepción del derecho administrativo bajo el criterio de “poder público” desarrollada principalmente por MAURICE HAURIUO, pueden consultarse sus dos obras más importantes: *Principios de derecho público y constitucional*, cit., y en relación propiamente con su teoría del derecho administrativo de la época, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11.ª ed., cit., en especial su prefacio “La puissance publique et le service public” (pp. VII a XV). Asimismo JEAN RIVERO. “Maurice Hauriou y el derecho administrativo”, en *Páginas de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002; LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto del derecho administrativo*, cit., pp. 99 y ss.; ÁNGEL MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN. “El poder administrativo”, REDA, n.º 33, 1982.

98 MAURICE HAURIUO. *Principios de derecho público y constitucional*, 11.ª ed., cit., en especial su prefacio “La puissance publique et le service public” (pp. VII y XII). Refutando los planteamientos de DUGUIT y los desarrollos de JÈZE en el marco de lo que se denominaba “escuela de los servicios públicos”, HAURIUO encuentra en ella el mayor de los retrocesos históricos del derecho público: “[...] Esta reversión de valores constituye la herejía del socialismo jurídico, cuyos estragos no han conmocionado menos el mundo del derecho que los cismas a la cristiandad. Correspondía a la lógica del error sobre la primacía del fin que, dentro del derecho público se creara una “escuela del servicio público” esforzándose por hacer

predominar la idea del servicio, considerada como un fin del Estado, sobre aquella de la primacía de la voluntad del Estado considerada como un medio de realizar el fin [...]”.

- 99 MAURICE HAURIUO. *Principios de derecho público y constitucional*, cit., p. 66. De plano, HAURIUO descarta la posibilidad de que su doctrina en relación con la sociedad se pueda fundar en cualquier consideración de una conciencia colectiva, y por ello señala que sus exposiciones en relación con el tema tan solo se van a servir de “[...] factores individuales, tales como las conciencias individuales, las voluntades individuales, los poderes individuales, y también las ideas [...]”.
- 100 MAURICE HAURIUO. *Principios de derecho público y constitucional*, cit., pp. 49 y 50; 162 a 165. Para HAURIUO, lo primordial es ante todo el orden individualista, tal como se deriva del derecho natural; lo secundario, la sociedad: “[...] La sociedad es un tejido cuya trama está formada por las libertades subjetivas de los hombres, hijas de la libertad, y cuya urdimbre la constituyen las ideas objetivas [...]”. Así mismo, la justificación de la existencia del Estado y la soberanía no se da por otra razón que por el ejercicio del poder. El concepto de poder en la obra de HAURIUO es clave y fundamental: “[...] El poder es una libre energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del derecho [...]. El poder es una libre energía dotada de superioridad, es decir, que es, a la vez, una libertad, una energía y una superioridad [...]. El poder asume la empresa del gobierno de un grupo humano [...]. El poder gobierna por la creación continua del orden y del derecho [...]”. En ese sentido se explica el concepto de soberanía, siendo esta la depositaria del poder y por lo tanto lo controla; en ello se fundamenta la noción de “*puissance publique*”.
- 101 MAURICE HAURIUO. *Principios de derecho público y constitucional*, cit., p. 374: “[...] Sabemos que la empresa-Estado no podría realizarse sin el instrumento de un poder, y que este se presenta esencialmente como una voluntad servida por una coacción material [...]”. Puede consultarse el análisis del profesor SABINO CASSESE a la conceptualización de HAURIUO fundada en el criterio de las prerrogativas públicas en “La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito”, cit., p. 32.
- 102 Cfr. MAURICE HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., en especial su prefacio “La puissance publique et le service public”. La clave de la discusión DUGUIT-HAURIUO está dada en la relación entre los medios y los fines y cuál de los dos conceptos configura el centro de acción del derecho administrativo; cuál de los dos enerva su gran teoría sustancial. Al respecto se resume la posición de HAURIUO al indicar que “[...] en el derecho público, los fines del Estado le son secundarios, son sus medios de acción, derechos soberanos u otros, ejercidos por la autoridad gubernamental los que le interesan. En suma, el derecho tradicional, dentro de sus objetivos, ubica las prerrogativas de la voluntad, que son los mecanismos de acción, antes que los fines [...]”.
- 103 ANDRÉS BETANCUR RODRÍGUEZ. *El acto ejecutivo. Origen y formación de la categoría central del derecho administrativo*, Madrid, CEC, 1992, p. 297, hace un detallado e importante estudio aproximativo a la noción de “decisión ejecutoria”, según la teoría de la *puissance publique*. Destaca la trascendencia que HAURIUO les otorga al acto administrativo y a las operaciones administrativas, conceptos que recoge en el de “decisión ejecutoria”. Para HAURIUO, indica BETANCUR, el derecho administrativo es un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la administración, hecho por el juez y organizado conforme a la teoría del acto. Todo se ha concentrado en el acto, incluso las prerrogativas de la administración, las cuales, si consideramos bien las cosas, se reducen al privilegio de la ejecución previa, en la que se manifiesta la virtud ejecutoria del acto, y al privilegio de jurisdicción para el contencioso creado por el acto (p. 300). “HAURIUO elevó la decisión ejecutoria a la categoría de clave de bóveda del derecho administrativo, junto con la ley, como pilares básicos del derecho administrativo moderno”. PROSPER WEIL. *Derecho administrativo*, cit., p. 85. La decisión ejecutoria constituye un punto dicotómico con los principios del derecho privado. “Un particular no puede, en principio, ver nacer derecho y obligaciones más que a través de su consentimiento o en virtud de una decisión judicial”. La administración lo puede hacer unilateralmente mediante sus decisiones. Además del planeamiento jurídico de la exorbitancia, HAURIUO destaca uno específico de la misma naturaleza, pero ligada al actuar mismo de la administración que la caracteriza y se constituye en parte del derecho administrativo moderno: se trata del acto administrativo o de la decisión de la administración en el ejercicio del poder público. Esa teoría le permite a la doctrina administrativista sostener la existencia en cabeza de la administración del llamado poder de acción oficiosa o posibilidad de imponer unilateralmente las manifestaciones de voluntad que adopte. La administración con *puissance publique* y posibilidad de decisión ejecutoria se convierte en una poderosa fuente de ejercicio público, que debe ser controlada sin falta por los jueces de lo contencioso administrativo cuando se generen conflictos, esto como forma natural de sometimiento de la administración al derecho y al respeto de los derechos de los administrados. La prerrogativa de la acción oficiosa emanada de la decisión ejecutoria es, dentro de las elaboraciones de HAURIUO, la clave de todo el proceso de formación de la decisión o voluntad de la administración en ejercicio de potestades o prerrogativas, al igual que de todas las operaciones consecuentes que se requieran para imponerse jurídicamente frente a los asociados. La decisión ejecutoria es, en nuestra opinión, el poder público en acción, dotado de capacidad unilateral para hacerse eficaz, una vez materializado en una decisión. De ahí que HAURIUO la hubiera colocado en la base de toda su construcción al mismo nivel del concepto de *puissance publique*. Se trata de la combinación óptima entre legalidad o validez y eficacia en las actuaciones administrativas. Engloba tanto el principio de la sujeción de la administración pública al derecho, en cuanto procedimiento de formación de la decisión (principio de legalidad), como su aplicación oficiosa y unilateral para hacerla eficaz en el mundo del derecho. Desde ese punto de vista, la decisión ejecutoria no es un simple problema formal en la teoría de la *puissance publique*. Todo lo contrario: es su sustantividad típica, personalizada en el mismo derecho que le concede poderes a la administración; es su concreción y efectividad. De otra manera sería asimilar la decisión ejecutoria a una especie de fuente de arbitrariedad, aspecto rechazado por HAURIUO al indicar que la sujeción de la administración al derecho hace que la decisión adoptada antes de su ejecución pueda ser objeto de controversia directa por los afectados con ella. El carácter disciplinario u obligatorio de la decisión ejecutoria no impide que por precaución, previsión e incluso por legalidad pueda ser revisada en vía administrativa (“control preventivo de la decisión”), o por el juez contencioso administrativo *a posteriori*.
- 104 MAURICE HAURIUO. *Principios de derecho público y constitucional*, cit., p. 141.
- 105 Ídem. Le es inherente al ejercicio del régimen administrativo “[...] un gasto considerable de poder [...]”. El carácter ejecutorio de las decisiones de la administración que se funda en el reconocimiento, precisamente, del ejercicio de poder directo y principal para la imposición de las decisiones de la administración, excepciona la posibilidad de que el aparato administrativo deba soportarse en el poder judicial para imponerse de manera efectiva y oportuna.
- 106 Cfr. MAURICE HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., en especial su prefacio “La puissance publique et le service public”. HAURIUO no niega las finalidades del Estado, ni mucho menos el servicio público, simplemente los ubica en planos diferentes, dándole prelación y supremacía al medio sobre el fin. Al poder sobre el servicio. Es más: deduce que incluso tal planteamiento estaba latente en las confusas sustentaciones de los trabajos de DUGUIT y JÈZE, en torno al servicio público como razón finalística explicativa de lo divino y de lo humano. Al respecto destaca que, “[...] Aún manteniendo a las prerrogativas públicas en el primer lugar en el derecho administrativo, debe reconocerse que el servicio público, aun en el segundo lugar, desempeña un papel importante. Es la idea de servicio público la que entraña la autolimitación objetiva de las prerrogativas públicas [...]”. En la realidad de las cosas, la falsa idea que se vendió de la teoría de HAURIUO en el sentido de ser el gran teórico que funda su obra en la negación del concepto de servicio público no es cierta. Sus escritos muestran lo contrario. En ese sentido cfr. MARTÍN BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, cit., quien, recogiendo los trabajos de RIVERO y SFEZ, reclama la necesidad de revisar la doctrina del derecho administrativo en este aspecto.

- 107 La teoría de los actos de gestión pública y privada se remonta al orden jurídico pre-revolucionario. Su principal antecedente se ubica en la teoría del fisco, que constituyó uno de los principales instrumentos para someter parte de la actividad pública al derecho y al control judicial (derecho privado inicialmente). GIANNINI (*Premisas*, cit., pp. 35 y 36) se refiere al “derecho del fisco”, o *ius fisci*, como un derecho privado que regulaba las relaciones entre el fisco y otros sujetos, siendo el fisco el Estado –o la Corona– en su aspecto patrimonial. El fisco, al cual se le reconocía personería jurídica, actuaba mediante actos de disposición y administración de los inmuebles del Estado y realizaba los gastos necesarios para el desarrollo de sus actividades. Siendo persona jurídica podía hacerse parte judicialmente como demandante o demandado ante los jueces ordinarios y con sujeción a los procedimientos y normas sustanciales privados o civiles. Lo anterior por un elemental motivo: se presumía en esos casos que el Estado actuaba de manera similar a los particulares. De esa concepción emana la tesis de la doble personalidad jurídica del Estado: una, la del fisco, que respondía y correspondía fundamentalmente a sus aspectos patrimoniales, y la otra, la del Estado como poder público depositario del mando y de la fuerza, ejecutor de actos de poder. La primera sujeta al derecho privado, y la segunda, al público. OTTO MAYER (*Derecho administrativo alemán*, cit., pp. 58 a 66) ubica el problema del surgimiento de la teoría del fisco en la necesidad de someter a las autoridades al derecho ante la carencia de un verdadero derecho público. En los siglos XVII y XVIII, especialmente en dominios del llamado Estado en régimen de policía, el derecho ordinario había adquirido desarrollo e importancia, en particular el derecho civil. La dinámica de las relaciones hizo que a los fenómenos de acción estatal de carácter patrimonial que se semejaban a los de los sujetos del derecho civil se les aplicara este ordenamiento, y en caso de conflicto se acudiera ante los mismos jueces de los particulares para resolverlos. Como lo indica el autor, por fuera del derecho civil no existía otro derecho al cual someter la actividad patrimonial del Estado. Sin embargo, algunos antecedentes importantes se sucedieron en el devenir histórico europeo respecto de la teoría del fisco: antes de la teoría del fisco, especialmente en “el derecho antiguo, las demandas que los súbditos pudieran dirigir contra su príncipe debían ser previamente presentadas ante los *austrage* y luego ante los tribunales del imperio. Pero había llegado a ser costumbre efectuar una distinción según que el príncipe fuera citado como príncipe o como *privatus*. En el primer caso era aquel en que se trataban sus derechos de supremacía; en el segundo, aquel en que se cuestionaba una simple relación de negocios privados”. Sin embargo, ese antecedente del fisco traía de por medio el carácter de la responsabilidad privada del soberano, asunto que la teoría del fisco superó. Con el fisco se rompió la responsabilidad personal que pudiera admitir el príncipe y se inició la consolidación de la responsabilidad institucional de una persona jurídica que actúa patrimonialmente para el Estado. “La idea de fisco ha tenido su origen en el derecho romano. El fisco se presentaba allí como una persona jurídica al lado del Emperador; persona jurídica a la que pertenecían los bienes que servían para cumplir el fin del Estado”. De esa situación se desprendía, como lo indicamos, que una parte de la actuación estatal quedaba sujeta al derecho, y la otra al poder público propiamente dicho.
- 108 Cfr. MAURICE HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., en especial su prefacio “La puissance publique et le service public”.
- 109 MAURICE HAURIUO. *Obra escogida*, Madrid, IEA, 1976, pp. 51 y 100; cfr. igualmente la 12.ª edición de *Precis de droit Administratif et de droit Public*, París, 1933.
- 110 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo”, cit., p. 478. GARCÍA DE ENTERRÍA resume a los dos pensadores, calificando al primero de ideólogo de la teoría realista del derecho y del objetivismo jurídico, que transformó al derecho público contemporáneo, “desalojando el mito tradicional del poder como pieza central del sistema para poner en su lugar la idea de servicio público”; y al segundo como “el representante del institucionalismo jurídico y del individualismo desfalleciente, que hacía primar lo subjetivo por relación a lo objetivo”.
- 111 Cfr. MAURICE HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., en especial su prefacio “La puissance publique et le service public” (pp. VII y XII). Para HAURIUO, tanto el concepto de servicio público como el de poder público constituyen dos baluartes fundamentales del derecho administrativo pero con papeles estelares diversos el uno del otro, eso sí, claramente complementarios. Bajo esas elaboraciones el derecho administrativo no es solo servicio público sino también, y de manera primordial, ejercicio de poder. Al respecto HAURIUO indica que “[...] Se trata de dos nociones maestras del régimen administrativo francés. El servicio público es la obra a ser realizada por la administración pública, el poder público es el medio de realización [...]”. En definitiva, en el debate de cuál de esos conceptos superpuestos domina el ámbito del derecho administrativo, el profesor HAURIUO se inclina por el del poder público en la medida en que sobre él los padres del derecho administrativo lo han fundado y sustentado. DUGUIT y sus seguidores lo entendían al contrario: el servicio público era el centro y razón de ser del derecho público y todas sus teorías. Para HAURIUO, “[...] la idea de poder público en el derecho administrativo ocupa un rol de primer plano. Es un hecho reconocido que el servicio público ocupa un segundo plano, no obstante que cumple un rol importante: entraña autolimitación objetiva al poder público [...]”.
- 112 Para DUGUIT “[...] el servicio público es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque esta actividad es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino con la intervención de la fuerza gobernante [...]”.
- 113 Cfr. MAURICE HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., en especial su prefacio “La puissance publique et le service public”. La idea expuesta por HAURIUO es una mera reflexión en relación con el alcance objetivo de un concepto reiterado que incorpora el elemento fuerza para el cumplimiento de las finalidades del servicio público. Ante esa realidad, HAURIUO expone: “[...] Si los Sres. JÈZE y DUGUIT hablan tan tranquilamente de ‘poder’ o de la ‘fuerza gobernante’ es que, para ellos, que son realistas, el poder es sólo una fuerza, la fuerza más grande. ¡Los hechos y nada más que los hechos! ¡Sin misticismos! El poder que interviene para la operación del servicio público o para la modificación de la organización de éste es, entonces, por él mismo, fuerza pura [...]”. Con respecto a la carga de fondo que significó esa respuesta de HAURIUO a la teoría de DUGUIT y JÈZE, cfr. MARTÍN BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, cit., quien destaca cómo HAURIUO pone el dedo en la llaga al indicar en el prefacio citado que la escuela de los servicios públicos, aun cuando niega la idea de poder, acude permanentemente a ella, pensando que los noveles juristas de la época eran una especie de descerebrados que no entendían el problema, y sobre todo el alcance de la referencia permanente a la expresión “fuerza de los gobernantes” con que DUGUIT dotaba el concepto de servicio público.
- 114 Cfr. MAURICE HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., en especial su prefacio “La puissance publique et le service public”. En esto HAURIUO es absolutamente contundente: “[...] no solo los servicios públicos son asegurados por el ejercicio del poder de las prerrogativas públicas, sino que el ejercicio mismo de estos poderes comporta el uso de un ‘procedimiento ejecutivo’ que constituye una atribución considerable de las prerrogativas públicas y de la cual el Sr. JÈZE omite hablar, aunque ella sea el elemento más sobresaliente del procedimiento de derecho público [...]”.
- 115 Cfr. MAURICE HAURIUO. *Précis de droit administratif et de droit public*, cit., en especial su prefacio “La puissance publique et le service public”.
- 116 HANS KELSEN. *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara, 1992, pp. 14 y 15. Sobre el tema cfr. ROBERT WALTER. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- 117 *Ibid.*, pp. 30 a 48.
- 118 HANS KELSEN. *Teoria pura do direito. Introdução à problemática científica do direito* (versión condensada pelo próprio autor 1933), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 62.
- 119 *Ibid.*, pp. 51 y 62; cfr., con algunas variaciones, HANS KELSEN. *Teoria pura do direito*, 2.ª ed. (1960), São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- 120 HANS KELSEN. Prólogo a la edición de Viena (septiembre de 1933) de su obra *Teoria pura do direito. Introdução à problemática científica do direito*, São Paulo,

Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 5. En igual sentido ROBERT WALTER. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, cit., pp. 38 y 39. Tesis de la separación: por tesis de la separación entiende la doctrina kelseniana la concepción según la cual el sistema del derecho positivo está excluido de cualquier mezcla con otros sistemas normativos como el moral o el del derecho natural.

- 121 HANS KELSEN. *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979. En el prólogo a esa obra KELSEN hace un interesante recuento de lo que es la evolución de su pensamiento y los teóricos de los cuales se ha informado para la sustentación de su teoría pura del derecho y su aplicación a la teoría del Estado. Al respecto señala que “ahora, al resumir y completar los resultados de mis anteriores trabajos monográficos en un sistema de teoría general del Estado, veo con más claridad que antes hasta qué punto descansa mi labor en la de los grandes predecesores. Ahora me siento más unido que nunca a aquella dirección científica que tuvo en Alemania como sus representantes más ilustres a KARL FRIEDERICH, PAUL GERBER, PAUL LABAND y GEORG JELLINEK. Esa dirección, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una teoría del Estado positivo, esto es, una teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matriz política alguna” (pp. 7 y 8).
- 122 HANS KELSEN (*¿Qué es la teoría pura del derecho?*, cit.) señala, refiriéndose a la política como elemento definidor y conceptualizador, que tratándose de la ciencia del derecho, si se pretende asegurar su “pureza” no puede ser considerada. Considerada desde la perspectiva pura del derecho la ciencia del derecho está orientada solo “por el valor verdad”; mientras que si se trata solo del fenómeno derecho, no científico, “no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un elemento de la política. Tanto la creación del derecho como su aplicación son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor. Pero la ciencia del derecho puede y debe ser separada de la política si es que pretende valor como ciencia”. Es decir, debe ser estrictamente objetiva, carente de juicios de valor, que por lo general implican determinaciones emocionales y subjetivas. La pureza de la ciencia del derecho se logra definitivamente separándola de lo político, y permitiendo que lo dominante sea su descripción y no su valoración (pp. 30 a 33). El concepto de fin del Estado, o la inclusión de las finalidades del Estado para el análisis de la teoría pura del Estado, es también un elemento extra que atenta contra la pureza de la ciencia y la teoría. Al igual que lo que sucede con el elemento político, KELSEN no niega la importancia de los fines, pero no para un análisis de la teoría pura: “La cuestión en torno a los fines que deben perseguirse con el instrumento técnico-social ‘Estado’ es una cuestión política que cae fuera de los márgenes de la teoría general del mismo. Esta lo considera como fin en sí, lo cual no puede significar la afirmación de que el Estado carezca de fin, sino únicamente que prescinde de preguntarse cuál es ese fin” (*Teoría general del Estado*, cit.).
- 123 HANS KELSEN. “El profesor Stone y la teoría pura del derecho”, en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 1992, p. 89.
- 124 HANS KELSEN. *Teoria pura do direito...*, cit., pp. 65 a 77; ROBERT WALTER. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, cit., pp. 33 y 34. La teoría pura del derecho formulada por KELSEN considera fundamental diferenciar entre la esfera del ser y la del deber ser. El derecho y su normatividad corresponden a esta última. La influencia de KANT en el pensamiento jurídico de KELSEN es importante y significativa. Así lo reconoce el mismo KELSEN en el prólogo a su *Teoría general del Estado* cuando indica que dentro del sistema doctrinal utilizado en sus obras se destaca la influencia de la “crítica kantiana a la razón”. De ahí que proponga para lo jurídico el dualismo entre “ser y deber ser”, la sustitución de hipótesis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia, la transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intrasistemáticas, y el paso de la esfera subjetiva del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva (p. 8). Sobre este punto de la influencia kantiana en KELSEN cfr. RECASENS SICHES. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, quien aborda profundamente los aspectos de la teoría pura del derecho inspirados en la obra kantiana.
- 125 HANS KELSEN. *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, cit., pp. 11 a 13. En varias de sus obras KELSEN diferenció la norma como juicio y como orden, o lo que es lo mismo, norma jurídica y regla de derecho. Al respecto el mismo KELSEN, refutando a STONE, explica la diferencia entre los dos conceptos: las normas jurídicas son dictadas por la autoridad; las reglas de derecho son enunciados acerca de las normas jurídicas formuladas por la ciencia del derecho, son eminentemente descriptivas. La norma jurídica es un imperativo o una orden, aunque también las hay descriptivas creadas por la autoridad. Estas se diferencian del carácter descriptivo de las reglas de derecho en que por medio de estas se describe el objeto del derecho (norma) y no provienen de la autoridad. “Estos enunciados, mediante los cuales la ciencia jurídica representa el derecho, no deben ser confundidos con las normas dictadas por las autoridades creadoras del derecho [...] La regla de derecho usando el término en sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a ciertas condiciones”. En conclusión, las normas jurídicas no pueden ser juicios, es decir, enunciados acerca de un objeto del conocimiento. Las normas jurídicas son, por esencia, prescripciones, y como tales, órdenes, pero también son permisiones y autorizaciones (“El profesor Stone”, cit., pp. 58 y 59).
- 126 Para KELSEN el derecho natural es metafísico, irracional e ilógico, pretende deducir normas de contextos totalmente irreconciliables: el del ser (naturaleza) y el del deber ser (social y jurídico).
- 127 HANS KELSEN. *Teoria pura do direito...*, cit., pp. 96.
- 128 *Ibid.*, pp. 97.
- 129 *Ibid.*, pp. 95 a 102.
- 130 ROBERT WALTER. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, cit., pp. 33 y 34.
- 131 HANS KELSEN. *Teoria pura do direito...*, cit., pp. 103 a 112; ROBERT WALTER. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, cit., pp. 55 a 59; cfr. ADOLF MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, México, Editora Nacional, 1980, p. 208.
- 132 HANS KELSEN. *Teoria pura do direito...*, cit., pp. 133 a 140; en igual sentido cfr. ROBERT WALTER. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, cit., pp. 65 a 70.
- 133 HANS KELSEN. *Teoría general del Estado*, Coyacán, México, 2008, p. 5. En sus controversias con STONE (“El profesor Stone”, cit.) KELSEN resalta estas dos características del Estado dentro de la teoría pura del derecho. Las críticas de STONE se dirigían fundamentalmente a destacar algunas contradicciones de la teoría de KELSEN en cuanto a la unidad del concepto de Estado. Indicaba que en una primera época había sostenido la idea de un Estado personificador del orden jurídico, asunto que posteriormente reduce a una persona jurídica colectiva. KELSEN, en respuesta, sostiene que no existe contradicción en su pensamiento, todo lo contrario, afirma que el Estado en su teoría tiene precisamente estas dos connotaciones: “... esta presentación de mi teoría de la relación entre el derecho y el Estado solo es correcta en la medida en que en mi *Reine Rechtslehre* especificué mi doctrina de que el Estado y el derecho son idénticos, caracterizando al Estado como un orden jurídico específico. En la página 289, bajo el título ‘La identidad del Estado y el derecho’, afirmo: ‘para que el orden jurídico sea un Estado tiene que tener el carácter de una organización en el sentido específico del término, esto es: debe instituir órganos especiales para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen; debe poseer cierto grado de centralización’. En este sentido es una persona colectiva; en efecto, en la página 293 afirmé: ‘el Estado, también, es una persona jurídica colectiva, esto es, una comunidad constituida por un orden normativo que instituye órganos que funcionan de acuerdo con el principio de división del trabajo; y este orden normativo, constituyente de esa comunidad, es el orden jurídico, que, por contraposición al orden jurídico internacional, es llamado orden jurídico nacional’”. De esa forma KELSEN reiteraba que el Estado no solo es la unidad normativa jurídica, la norma en sí misma considerada como sistema, sino también un ser actuante dentro de ese sistema jurídico normativo (pp. 83 y 84).

- 134 Ídem.
- 135 KELSEN. *Teoria pura do direito...*, cit., pp. 103 y 104.
- 136 *Ibíd.*, pp. 325 y 328.
- 137 KELSEN. “El profesor Stone y la teoría pura del derecho”, cit., p. 65. La crítica, en este caso de STONE a la obra de KELSEN, consistió en calificarla como ambigua en la medida en que oscilaba entre una norma que se hallaba en la cúspide de una pirámide de normas de cada ordenamiento jurídico y otra que estaba fuera de esta en un plano metajurídico.
- 138 KELSEN. *Teoría general del Estado*, cit. Agrega KELSEN que para los iusnaturalistas el contrato tiene la relevancia que se le otorga para constituir el Estado a partir del carácter individualista de su lógica interpretativa que los lleva a encontrar la validez de todo el ordenamiento en la “voluntad del individuo”. El orden estatal, según eso, se reduce a un pacto porque precisa de la expresión de voluntad de todos los súbditos. La teoría de la Constitución lógico-jurídica parte del concepto de unidad jurídica y fenómeno normativo del Estado (p. 327).
- 139 *Ibíd.*, p. 325.
- 140 HANS KELSEN. *Teoria pura do direito...*, cit., pp. 104 a 106.
- 141 *Ibíd.*, pp. 106 a 107. Para KELSEN no existe diferencia esencial entre la función administrativa y judicial. En ambos casos se trata de fenómenos de concretización de la ley.
- 142 No obstante estas radicales apreciaciones derivadas del carácter unitario de la teoría pura del derecho que colocan al derecho administrativo en una situación precaria, la doctrina encuentra algunos aspectos de la producción normativa y de la misma instancia productora del derecho (función administrativa), que por sus características implican un estudio especializado. Cfr. nada más los actos jurídicos producidos por la administración y revestidos de carácter general (actos reglamentarios).
- 143 NORBERTO BOBBIO. *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, 2006, pp. 37 a 66.
- 144 LUIS VILLAR BORDA (trad.). “Presentación”, a ROBERT WALTER. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 13 a 15.
- 145 *Ibíd.*, pp. 15 y 16.
- 146 GUSTAV RADBRUCH. *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1992; cfr. LUIS VILLAR BORDA. *Ética, derecho y democracia*, Bogotá, Jurídicas Ibáñez, 1984; ÍD. *Filosofía do direito*, Coimbra, Amado, 1997, p. 415. En esta obra, como Apéndice II a la edición portuguesa de la *Filosofía del Derecho* de RADBRUCH, se incorpora la circular dirigida a los estudiantes de Heidelberg, después de la Segunda Guerra Mundial, en 1945, denominada “Cinco minutos de filosofía del derecho”, donde este profesor destaca que “hay principios fundamentales de derecho que son más fuertes que todo y cualquier precepto jurídico positivo, de tal modo que toda ley que los contrarie carecerá de validez...”.
- 147 ADOLF MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, ERDP, 1935, pp. 7 y ss.
- 148 *Ibíd.*, pp. 12 y 13.
- 149 OTTO MAYER. *Derecho*, cit., p. 11.
- 150 La concepción economicista obedece a los aportes en la reconstrucción de las bases del individualismo filosófico-económico y su proyección a todas las esferas de la sociedad en lo que se ha dado en llamar la concepción neoliberal. Son varias las corrientes de esa modalidad del pensamiento que se han destacado por sus aportes: la escuela austriaca y la de Chicago; en la primera se destacan los trabajos y aportes del profesor FRIEDRICH VON HAYEK. *Camino de servidumbre*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946; ÍD. *Los fundamentos de la libertad*, tt. I y II, Barcelona, Biblioteca de Economía-Folio, 1996. Por su trascendencia son destacables dentro de esa escuela los trabajos del profesor LUDWIG VON MISES. *Política económica*, Buenos Aires, El Ateneo, 1993; en la vertiente estadounidense o de la escuela de Chicago resaltan las obras de MILTON y ROSE FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, Barcelona, Grijalbo, 1981, y desde la perspectiva jurídica, el anterior razonamiento ha sido retomado, entre otros, por los profesores GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Ed. Comares, 2004, y SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*, t. I, cit.
- 151 PAUL A. SAMUELSON y WILLIAM NORDHAUS. *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 2002, p. 21. Destacan los autores cómo el papel del Estado interventor y benefactor entró en un serio proceso de sustracción a favor de la economía de mercado a partir de la década de los ochenta del siglo pasado. Estados Unidos, Inglaterra y Rusia constituyeron un ejemplo palpable del abandono a la presencia social del Estado, en materia pensional, sanitaria y de otros servicios a favor de los privados bajo criterios de economía de mercado. Cfr. HÉCTOR SCHAMIS. “La economía conservadora en América Latina y Europa Occidental: orígenes políticos de la privatización”, en ÓSCAR MUÑOZ. *Después de las privatizaciones el Estado regulador*, Santiago, Cieplan, 1993, pp. 51 y ss. El proceso se inició prácticamente en la década de los ochenta, teniendo por protagonistas países tan diferentes como Inglaterra y Chile. El fundamento esencial de ese proceso económico se originó en el quiebre de los planteamientos keynesianos que recibió de inmediato la respuesta política de las fuerzas conservadoras y el capitalismo globalizador.
- 152 Entre los más destacados exponentes de las nuevas concepciones individualistas se pueden destacar de FRIEDMAN y FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, Grijalbo, 1980; de FRIEDMAN y MILTON. *Capitalismo y libertad*, Madrid, Rialp, 1966; FRIEDRICH VON HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, tt. I y II, Edit. Unión, 1998, y LUDWIG VON MISES. *Política económica*, Edit. Unión, 2009.
- 153 FRIEDMAN y FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, cit., pp. 209 y ss.
- 154 Las razones de los modernos individualistas para sustentar su renacer histórico frente al Estado y la economía no se apartan sustancialmente de las mismas que en su momento se reiteraron para consolidarse durante más de cien años en el periodo del reino individualista que se vivió a partir de la Revolución Francesa en Europa y América. Para estos efectos cfr. JOHN MAYNARD KEYNES. “El final del *laissez-faire*” (1926) en, *Ensayos sobre Intervención y Liberalismo*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987, pp. 63 y ss.
- 155 FRIEDRICH VON HAYEK. *Camino de servidumbre*, Editorial Alianza, 1945, pp. 37 y ss. El sistema se funda en la competencia en cuanto se considera a esta un

- método superior de coordinación de esfuerzos individuales que no puede ser reemplazado, es mucho más eficiente que cualquier otro, y es el único método que permite a las actividades individuales “[...] ajustarse a las de cada uno de los demás sin intervención coercitiva o arbitraria de la autoridad [...]”. La competencia traslada al individuo la oportunidad para decidir si su presencia en el mercado puede ser riesgosa o no. Como desarrollo de los anteriores planteamientos cfr. ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL. “Libre competencia en la infraestructura demanial”, *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red – REDETI-*, n.º 4, 1999, p. 29.
- 156 FRIEDRICH VON HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 106.
- 157 FRIEDMAN y FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, cit., p. 25 y ss.
- 158 GASPAR ARIÑO ORTIZ. “El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica”, *Anuario* n.º 3, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, 1999, pp. 19 a 36.
- 159 FRIEDRICH VON HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 33 y ss.
- 160 *Ibid.*, p. 124.
- 161 *Ibid.*, p. 11. “[...] El principio fundamental según el cual en la ordenación de nuestros asuntos debemos hacer todo el uso posible de las fuerzas espontáneas de la sociedad y recurrir lo menos que se pueda a la coerción, permite una infinita variedad de aplicaciones. En particular, hay una diferencia completa entre crear deliberadamente un sistema dentro del cual la competencia opere de manera más beneficiosa posible y aceptar pasivamente las instituciones tal como son [...]”: p. 18; “[...] La argumentación liberal defiende el mejor uso posible de las fuerzas de la competencia como medio para coordinar los esfuerzos humanos, pero no es una argumentación a favor de dejar las cosas tal como están. Se basa en la convicción de que allí donde la competencia efectiva puede crearse, esta es la mejor guía para conducir los esfuerzos individuales [...]”: p. 37.
- 162 *Ibid.*, p. 91.
- 163 *Ibid.*, p. 37. La teoría liberal no niega y más bien insiste en que si la competencia rompe determinados límites debe ser objeto de control: “[...] si la competencia ha de actuar con ventaja, requiere una estructura legal cuidadosamente pensada, que ni tanto las reglas jurídicas del pasado como las actuales estén libres de graves defectos [...]”.
- 164 FRIEDMAN y FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, cit.; la libertad es el presupuesto básico para entender los procesos políticos y económicos. “[...] La libertad económica es un requisito esencial para la libertad política [...]”: p. 17. El progreso económico en potencias como Estados Unidos se debió en gran parte a la ausencia de mecanismos coactivos estatales que impidieran el libre juego de la cooperación individual. Ese ejemplo debe ser reconquistado para reducir el poder de la intervención estatal en desmedro de la iniciativa individual. Retomando a ADAM SMITH, se propone la reducción del papel del Estado a sus aspectos estrictamente fundamentales, tales como la seguridad, la justicia, y la realización y conservación de determinadas obras públicas de interés general, pero que no implique nunca desplazar la iniciativa individual. En la práctica el Estado debe poseer un mandato estrictamente limitado. Una sociedad verdaderamente respetuosa de la libertad humana debe mantener el Estado en su sitio, “[...] haciendo que sea nuestro servidor y no dejando que se convierta en nuestro amo”: p. 61. Solo la economía de mercado puede garantizar los derechos del consumidor, como una alternativa a los mecanismos intervencionistas gubernamentales que se han sobrepuesto al mismo (p. 308). FRIEDRICH VON HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, t. II, Barcelona, Unión, 1996, p. 277 y ss.
- 165 Cfr. TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO. *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red –Redeti-*, n.º 2. 1998, pp. 11 y ss., quien desarrolla una posición menos crítica y proactiva del fenómeno histórico en comentario. Los procesos de liberalización de algunos sectores de la economía no pueden ser vistos como la derrota de las técnicas del servicio público por cuenta de la ideología del mercado. “[...] La historia de la liberalización es, más bien, un ejemplo más de cómo los nuevos descubrimientos determinan las condiciones de producción y, a su través, las condiciones de organización de muchas actividades [...] La idea de liberalización no debe ser vista de forma ideológica, como una especie de triunfo del mercado sobre cualquier otra técnica de organización social que busque objetivos de solidaridad o cohesión social o territorial, sino como una utilización instrumental de las potencialidades del mercado, pero bajo la supervisión de la administración y con la posibilidad de imponer condiciones y obligaciones de servicio público [...]”.
- 166 GASPAR ARIÑO ORTIZ. “La idea liberal y la reforma al Estado”, *Cuenta y Razón*, n.º 6, 1982.
- 167 FRIEDRICH VON HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, t. I, Barcelona, Unión, 1996, pp. 25 y ss.
- 168 FRIEDRICH VON HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 38. El sistema se funda en la libertad de intercambios. Las partes del mercado pueden comprar y vender a cualquier precio, al precio que libremente pacten. Todos son libres de producir, vender y comprar cualquier cosa. Se proscriben cualquier forma de intervención en estas materias.
- 169 FRIEDRICH VON HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 38.
- 170 FRIEDMAN y FRIEDMAN. *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, cit., pp. 63 y ss.
- 171 FRIEDRICH VON HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., p. 37.
- 172 FRIEDRICH VON HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, t. II, cit., pp. 280 y ss.
- 173 SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*, t. I, cit., p. 17.
- 174 FRIEDRICH VON HAYEK. *Los fundamentos de la libertad*, t. II, cit., pp. 2 y ss.
- 175 SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*. I. *Los fundamentos*. II. *Las telecomunicaciones*. III. *La televisión*. IV. *El sistema eléctrico*, Madrid, Civitas, 1998, p. 25. Teóricamente, en una economía globalizada las grandes empresas deben sustituir al Estado en algunas de las funciones que hasta hoy se consideran como propias y connaturales a él, como es el caso de los servicios públicos. Lo anterior tiene repercusiones inevitables en el papel de las instituciones públicas que tradicionalmente se han edificado en el Estado constitucional como el Congreso, los Ministerios y la misma organización territorial diseñada sobre la base de la prestación de servicios. Para operar en los mercados las grandes empresas deben diseñar sus propias reglas, mediante concertaciones y negociaciones, y con estricta sujeción al derecho privado. Ahora bien, como lo analiza este autor, por más que los ideólogos de la economía globalizada se lo propongan, no lograrán

nunca reducir el Estado en todas sus funciones prestacionales. El mercado busca y pretende básicamente apoderarse de servicios de contenido económico, pero no tiene la vocación de asumir todos aquellos que implican simple ejercicio de autoridad que no generan lucro ni pueden cuantificarse a la sociedad.

- 176 GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Comares, 2004.
- 177 NICOLÁS HERNÁNDEZ. “Privatizaciones: significado y razón de ser desde el punto de vista económico”, en *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 3, 1999, p. 39. La privatización sustancialmente en cuanto instrumento del nuevo sistema de los servicios públicos debe ser entendida como el traslado al sector privado de una empresa pública o de una serie de tareas, funciones o actividades reservadas a la administración, mediante el mecanismo jurídico más adecuado. También se ha entendido formalmente por privatizar el someter la actividad del sector público administrativo a las normas y principios del derecho privado, en lo que la doctrina española ha dado en llamar la “huida del derecho administrativo”. Acerca de este tema cfr. MARCOS JORDÃO TEIXEIRA DO AMARAL. *Privatização no Estado contemporâneo*, São Paulo, Come, 1996.
- 178 JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ. “Nuevo sistema conceptual”, en *Privatización y liberalización de servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 3, 1999, p. 137. Liberalizar, como su nombre lo indica, significa recoger las bases esenciales del sistema económico liberal clásico y adaptarlo a las nuevas circunstancias de la humanidad, colocando la libertad como el centro de la actuación para la atención del interés general. Desde la óptica del derecho, lleva a desreglar y abandonar el estricto derecho administrativo por el derecho privado.
- 179 SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*, t. 1, cit., pp. 20 y 25. Para la economía globalizada, el mundo entero constituiría un enorme mercado en donde sería imposible concebir un Estado prestador de servicios públicos “ridículamente” circunscrito a pequeños ámbitos territoriales e incoherentes con la filosofía y doctrina del sistema.
- 180 JUAN CARLOS CASSAGNE. “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los proceso de privatización”, RAP, n.º 157, 2002.
- 181 JOSÉPH STIGLITZ. *Los felices 90. La semilla de la destrucción* (s. 1.), Antillana, 2005; ÍD. *El malestar en la globalización*, disponible en [http://www.javeriana.edu.co/personales/jramirez/PDF/Stiglitz_malestar_en_prologo_cap1.pdf]; EDUARDO SARMIENTO PALACIO. *Alternativas a la encrucijada neoliberal*, Bogotá, Escuela Colombiana de Ingeniería, 1998; CONSUELO AHUMADA. *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, Bogotá, El Áncora, 1996; cfr. la serie de trabajos que sobre estas reacciones antineoliberalistas se compilan en DARIÓ RESTREPO BOTERO, *La falacia neoliberal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- 182 MIRIAM MABEL IVANEGA. *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos*, cit., pp. 49 y ss., y 93 y ss.
- 183 LUCIANO PAREJO ALFONSO. “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y de los servicios públicos”, cit., p. 249.
- 184 GASPAR ARIÑO ORTIZ y LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, Granada, Comares, 2001, pp. 5 y ss.
- 185 FRIEDRICH VON HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit.
- 186 En varias de sus obras el profesor ARIÑO se refiere a los principios del nuevo modelo de los servicios públicos, entre otras, GASPAR ARIÑO ORTIZ; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑOZ. *El nuevo servicio público*, cit.; GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico...*, cit.
- 187 Cfr. principalmente FRIEDRICH VON HAYEK. *Camino de servidumbre*, cit., pp. 37 y ss.
- 188 GASPAR ARIÑO ORTIZ y LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Derecho de la competencia en sectores regulados*, cit., pp. 20 y ss.
- 189 JAVIER JAVIER BARNES. “Presentación de la traducción de la obra del profesor Eberhard Schmidt-Assmann”, en EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, INAP, Marcial Pons, 2006, pp. XVII.
- 190 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema, objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.
- 191 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo...*, cit., p. 12, agrega que la práctica también resulta de importancia y trascendencia para la construcción del sistema, pues no cabe duda de su eficacia de cara a la construcción sistemática.
- 192 *Ibíd.*, cit., p. 2.
- 193 *Ídem.*
- 194 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo...*, cit., p. 3.
- 195 *Ídem.*
- 196 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo...*, cit., pp. 3 a 10.
- 197 *Ibíd.*, p. 10: “... El sistema del derecho administrativo podrá contrarrestar esta inercia induciendo la necesidad de su justificación, oponiendo un verdadero deber o mandato que obligue a legitimar la especialidad...”.
- 198 *Ibíd.*, p. 11.
- 199 *Ídem.*: “... De este modo, los distintos sectores que integran el derecho administrativo especial constituyen una suerte de almacén de remedios y soluciones al tiempo que actúan como espejo que refleja las necesidades del ordenamiento en cada momento histórico...”.
- 200 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo...*, cit., pp. 13 y 14.
- 201 *Ibíd.*, p. 14. El precedente judicial por sí solo no es suficiente para la construcción de una teoría sistemática del derecho administrativo: “... La perspectiva judicial deviene insuficiente para acometer un análisis científico, puesto que se circunscribe al caso singular y se detiene en el carácter vinculante que adquiere la resolución

- jurisdiccional...”. En esa medida la práctica cotidiana de la administración entra a jugar un papel estelar: “... así pues, una más atenta observación de la praxis administrativa deberá constituir un adecuado contrapeso de tal perspectiva y garantizar que los criterios de la experiencia, de la práctica y de la razonabilidad adquieren el rango que les corresponde en el seno de la dogmática del derecho administrativo...”.
- 202 KARL LARENZ. *Metodología da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 621 y ss.: “... El descubrimiento de las conexiones de sentido en que las normas y regulaciones particulares se encuentran entre sí y con los principios directivos del ordenamiento jurídico y su exposición de un modo ordenado, que posibilite la visión de conjunto –esto es, en la forma de un sistema– es una de las tareas más importantes de la jurisprudencia científica...”.
- 203 Cfr. RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984; Í D. *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2012; ÍD. *Justicia para erizos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- 204 Cfr. ROBERT ALEXYS. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Revista Doxa*, n.º 5, 1988, pp. 139 a 151; ÍD. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993; ÍD. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; ÍD. *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995; ÍD. *El concepto y la validez del derecho*, 2.ª ed., Barcelona, Gedisa, 2004; ÍD. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- 205 Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997; ÍD. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2014.
- 206 Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 4.ª ed., Madrid, Trotta, 2012.
- 207 Cfr. LUIGI FERRAJOLI. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; ÍD. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004; ÍD. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 34, año 2011, pp. 15-53; ÍD. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. *Teoría del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 2016.
- 208 Cfr. MANUEL ATIENZA. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Autónoma de México, 2003; MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 27, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2007, pp. 7-28; MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”, *Revista Doxa*, n.º 10, 1991, pp. 101-120.
- 209 Cfr. LUIS PRIETO SANCHÍS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 2003; ÍD. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- 210 Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; ÍD. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; ÍD. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- 211 Se suele reconocer a SUSANNA POZZOLO como una de las primeras en calificar con el término “neoconstitucionalismo” algunas de las tendencias teóricas que pasan a señalarse. Cfr. SUSANNA POZZOLO. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional” *Revista Doxa*, n.º 21, II, 1998, p. 339-353; del mismo modo cfr. PAOLO COMANUCCI. *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 251-264, donde se hace una revisión del término neoconstitucionalismo como teórico, ideológico y metodológico. Es importante destacar el comentario de GUASTINI en torno a lo que considera las siete condiciones de constitucionalización de un ordenamiento jurídico: 1. Una Constitución rígida; 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución; 3. La fuerza vinculante de la Constitución; 4. La “sobreinterpretación” de la Constitución; 5. La aplicación directa de las normas constitucionales; 6. La interpretación conforme de las leyes, y 7. La influencia de la Constitución en las relaciones políticas. Para una referencia detallada de cada uno de estos aspectos cfr. RICCARDO GUASTINI. *Estudios de teoría constitucional*, México, Editorial Fontamara y Universidad Autónoma de México, 2001, pp. 154-163.
- 212 Conforme a la acepción adoptada por GUASTINI quien sostiene que “pueden llamarse garantizadas (o también rígidas en sentido fuerte) las constituciones formales que no solamente prevean un procedimiento especial para su reforma, sino que, además, prevean alguna forma de control sobre la legitimidad constitucional de las leyes, es decir, sobre la conformidad de las leyes a la Constitución”. RICCARDO GUASTINI. *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 194.
- 213 Es valioso destacar que Kelsen, el padre de la teoría pura del derecho, fue uno de los abanderados de la jurisdicción constitucional con referencia a la Constitución austriaca; cfr. HANS Kelsen. “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, México, Porrúa, 2008, julio-diciembre, pp. 3-46; aunque no se desconoce que los trabajos sobre la jurisdicción constitucional se remontan a épocas pretéritas, como es el caso de “College of Physicians vs. Dr. Thomas Bonham”, de 1610, conocido por la Court of Common Pleas en Inglaterra, en donde se precisó que “en muchos casos, el derecho común controla las leyes del Parlamento, y a veces las juzga como totalmente nulas, ya que cuando una ley del Parlamento va en contra del derecho común y la razón, o le es hostil, o imposible de cumplir, el derecho común la controlará y juzgará que dicha ley es nula”: Liberty Found Inc. *The selected writings and speeches of sir Edward Coke*, Indianapolis, 2003, p. 275. De manera mucho más clara y decidida se observa el precedente fijado, por primera vez, en el caso *Marbury vs. Madison* en 1803, donde la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos señaló: “Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por esencia misma, va imbibida en una Constitución escrita y, en consecuencia, este Tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad”. MIGUEL CARBONELL. “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 5, México, Porrúa, enero-diciembre de 2006, p. 294. En cuanto a las discusiones teóricas de la jurisdicción constitucional cfr., entre otros, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1983; CARLOS MIGUEL HERRERA. “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 86, Madrid, 1994, pp. 195, 228; VÍCTOR FERRERES COMELLA. *Justicia constitucional y democracia*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; ROBERT ALEXYS. “Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación”, *Jueces y ponderación argumentativa*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 1-18; JÜRGEN HABERMAS. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 3.ª ed., Madrid, Trotta, 2001; CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 220-253; entre otros.
- 214 “Sólo algunos Estados que cuentan con una constitución formal, rígida y regulativa son Estados constitucionales de derecho: aquellos cuyas constituciones satisfacen ciertos ‘contenidos’. Lo característico (y distintivo) no está sólo en la forma ni sólo en la sustancia. Sino en que la forma (la *lex superior*) opera como garantía de una cierta sustancia, no de cualquier sustancia. Si uno acepta este elemental razonamiento se ve abocado a extraer el siguiente corolario. En toda

- constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios. No es concebible un Estado constitucional sin derecho a la libertad de expresión, sin derecho de asociación, sin democracia o sin los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, etc. Sin esos derechos y/o principios habrá *lex superior* pero no Estado constitucional de derecho”: JOSÉP AGUILÓ REGLA. “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, en *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 244.
- 215 De acuerdo con la definición formal dada por ROBERT ALEXY a los derechos fundamentales en los siguientes términos: “... son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”. ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 406.
- 216 Según la definición ofrecida por FERRAJOLI, quien entiende por derechos fundamentales “... todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”: LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4.ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 37.
- 217 “El argumento de la corrección constituye la base de los dos otros argumentos, es decir, del argumento de la injusticia y del argumento de los principios. Afirma que tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas, así como también los sistemas jurídicos en tanto un todo, formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos. En este sentido, la pretensión de corrección tiene relevancia clasificatoria”: ROBERT ALEXY. *El concepto y la validez del derecho*, 2.ª ed., Barcelona, Gedisa, 2004, p. 41.
- 218 Se trata, entre otros, de los fundamentos sentados por LOCKE, cuando concibió la celebración de un pacto social, para pasar del estado de naturaleza a la organización de una sociedad civil, no como una colectiva renuncia de los derechos naturales inalienables que les pertenecen a los hombres sino, por el contrario, como el mecanismo propio para que estos sean efectivamente garantizados y protegidos por un poder político y jurídico superior a cada una de las voluntades individuales de los co-asociados. Sostiene LOCKE: “Aunque el poder legislativo [...] sea el supremo de un Estado, no obstante, no puede absolutamente ser arbitrario sobre la vida y bienes del pueblo; pues este poder no siendo otra cosa que el reunido de cada miembro de la sociedad entregado a aquella persona o asamblea, que es su legislador, no puede ser mayor del que estas diferentes personas poseían en el estado de naturaleza antes que entrasen en comunidad [...] este poder que no tiene por fin sino la conservación, no puede por consiguiente tener derecho para destruir, esclavizar u empobrecer determinadamente a ningún súbdito. Las obligaciones dictadas por las leyes de la naturaleza no cesan en la sociedad...”; JOHN LOCKE. *Tratado del gobierno civil*, Madrid, Imprenta de la Minerva Española, 1821, pp. 208-209.
- 219 DWORKIN entiende al principio como un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad”: p. 72. Para él la diferencia entre los principios y las normas jurídicas se centra en el hecho de que estas últimas “son aplicables a la manera de disyuntivas”, esto es, su observancia depende únicamente de si se ha presentado el estado de cosas señalado en la regla, de manera que “la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”; mientras que en el caso de los principios la cuestión es tal que “los funcionarios deben tenerlos en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”. RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*, cit., pp. 72, 75, 77.
- 220 ROBERT ALEXY. *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 162: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan”.
- 221 GUASTINI señala el rol de los principios en ese tipo de interpretación: “Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible– y propiciando una interpretación adecuada”: RICCARDO GUASTINI. “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, *Revista Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 34, marzo de 1999, pp. 38-46, especialmente p. 44. Al respecto es importante resaltar que la denominada interpretación adecuada hace referencia a la adecuación del significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta tanto la Constitución como los principios generales del derecho; cfr. RICCARDO GUASTINI. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, pp. 47-48.
- 222 Naturalmente este criterio lleva implícita la distinción entre disposición y norma jurídica, para decir que la primera hace referencia al enunciado consagrado positivamente mientras que la segunda alude a las múltiples lecturas que de esta pueden hacer los operadores jurídicos en ejercicio de la labor interpretativa.
- 223 Como cuando surgen disputas por dos derechos fundamentales que en un asunto se ven comprometidos y ordenan la protección de bienes jurídicos opuestos o encontrados. En tal caso no se pretende la ‘invalidez’ general de uno o de otro sino precisar, conforme a la situación particular, una fórmula de precedencia condicionada a los fines de determinar, *ad-hoc*, cuál se debe preferir en la solución del caso.
- 224 ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 161.
- 225 ROBERT ALEXY. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n.º 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 32.
- 226 Como señala DWORKIN: “Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor de hoy. “Debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral”. RONALD DWORKIN. “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en CÉSAR RODRÍGUEZ (ed.). *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 1997, p. 167. Una postura similar a la tesis defendida por DWORKIN la expone NINO, quien sostiene que “Sería irracional para un juez resolver un caso como si estuviera creando todo el orden jurídico con su decisión o incluso el orden jurídico relativo a la cuestión bajo examen. El juez debe considerar las expectativas creadas por decisiones de legisladores y jueces en el pasado para que sus conclusiones armonicen con las decisiones simultáneas de sus colegas”. CARLOS SANTIAGO NINO. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 54-55.

- 227 Cfr., para una revisión panorámica de los planteamientos de Hart y Dworkin, los escritos de cada uno de los autores, y un interesante estudio introductorio de CÉSAR RODRÍGUEZ referido a la discusión, cfr. CÉSAR RODRÍGUEZ (ed.). *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, cit.
- 228 “La exigencia de distinguir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobado su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aun cuando las normas del derecho, como prescripciones de deber, constituyen deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto”: HANS KELSEN. *Teoría pura del derecho* (trad. de la 2.ª edición en alemán 1960), México, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 81.
- 229 Como lo señala ZAGREBELSKY, quien describe la despectiva postura del positivismo frente a los principios en los siguientes términos: “Según la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una ‘contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc.’”. GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 4.ª ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 112. En cuanto a la conexión entre derecho y moral que supone el neoconstitucionalismo PRIETO SANCHÍS señala: “... la dimensión conceptual y metodológica del neoconstitucionalismo [...] representa una revisión de algunas de las tesis centrales del positivismo, al menos de la versión más ortodoxa de este último, y, de forma muy esquemática y simplificadora, puede resumirse así: dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho e incorpora un nutrido conjunto de valores o principios de naturaleza moral, al menos allí donde existe ese modelo cabe sostener una conexión necesaria entre el Derecho y la moral”; LUIS PRIETO SANCHÍS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 103.
- 230 Una revisión crítica de la inconsistencia del positivismo jurídico con los Estados constitucionales contemporáneos la hacen MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, n.º 27, 2007, pp. 7-28.
- 231 LUCIANO PAREJO ALFONSO. “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”, en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO et ál. *Las estructuras del bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes*, España, Civitas, 2002; JOSÉ LUIS GARCÍA DELGADO y LUIS GONZÁLEZ SEARA. *Las estructuras del bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Once-Civitas, 2002, p. 793 y ss. El concepto de Estado social es un concepto jurídico; el de Estado de bienestar es una calificación –adjetivo– que puede acompañar al Estado social, o a cualquier otro, de acuerdo con el desarrollo y la evolución económicos alcanzados por él, que le permiten, a partir de políticas públicas en relación con el gasto público, elevar las condiciones de vida de sus habitantes. El Estado de bienestar se relaciona entonces con inversión social a partir de un buen comportamiento del sistema económico, que indudablemente genera estabilidad social. El Estado, cualquiera que este sea, configura el marco cultural dentro del cual se fragua el bienestar –por lo menos así ha sucedido históricamente–. En este sentido, como anota LUCIANO PAREJO, “[...] No consiste esa relación, sin embargo, en una identidad total entre Estado social, como fórmula constitucional, y el llamado Estado de bienestar”. ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR. “El Estado Social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 69, 2003; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.
- 232 Respecto del surgimiento y la evolución del concepto cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, Manuales de Derecho Administrativo, Financiero e Internacional Público, 2016, pp. 127 y ss.; Íd. *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983. En igual sentido, el interesante estudio contenido en Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.
- 233 Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001: “[...] En este orden de ideas, entre las manifestaciones concretas del principio fundamental del Estado social de derecho se encuentran, por ejemplo, los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (art. 13 inc. 2.º CP); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 inc. 3.º CP); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (arts. 43 a 49 CP); apoyar a los desempleados (art. 54 CP); y promover el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (art. 334 inc. 2.º); y, en general, dar prioridad sobre cualquier otra asignación al gasto social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales (art. 366 CP). La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado social de derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas. Por la concepción material de la igualdad, el grado y tipo de protección requerido varía entre situaciones diferentes, cuando se trata de distribuir y asignar recursos escasos en un contexto en el que existen objetivamente necesidades insatisfechas que el Estado debe prioritariamente atender. De manera más puntual se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado social de derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos [...]” (sic).
- 234 HERMANN HELLER. “¿Estado de derecho o dictadura?”, en *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 283. Como ya se anotó, este artículo fue originalmente publicado en *Die Neue Rundschau (El nuevo panorama)*, Berlín, Fischer, 1929. El concepto de Estado de derecho perteneció hasta la Primera Guerra Mundial al acervo común de ideas del derecho europeo: “[...] Como reivindicación no era discutido ni aun allí donde, ya en un todo ya parcialmente, no se le había reconocido o llevado a la práctica. Hasta la revolución bolchevique, incluso los grandes partidos socialistas interpretaban la dictadura marxista del proletariado en un sentido más o menos democrático y de Estado de derecho [...]”. Sin embargo, sostiene HERMANN HELLER, esta situación ha cambiado sustancialmente (1929): las amenazas de la dictadura ante las debilidades del Estado de derecho son ostensibles. Las amenazas fascistas y del comunismo desbocado en Rusia son en sí mismas dictaduras contrarias a la democracia y al Estado social de derecho. HELLER veía con preocupación cómo incluso el mismo modelo de los bolcheviques había resquebrajado el concepto de Estado de derecho: “[...] La dictadura bolchevique, que no ha hecho en suma sino reasumir la forma de gobierno de Pedro el Grande, no ha conocido jamás la alternativa Estado de derecho o dictadura y puede quedar fuera de nuestra consideración [...]”. Y en realidad las inquietudes de HELLER eran absolutamente justificadas, tanto así que la Europa de su tiempo fue campo fértil para las más odiosas dictaduras fascistas y comunistas que el mundo pudo conocer y padecer.
- 235 WOLFGANG ABENDROTH. “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, en *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 13 y ss. No obstante lo anterior, la literatura especializada brinda referencias históricas que nos ubican en la documentación jurídica y política surgida de las revueltas obreras de 1848 en París, en donde, a partir de la transacción ideológica entre burgueses democráticos y voceros del movimiento obrero, se consolidó la fórmula del “[...] Estado de derecho democrático y social [...]”, pretendiendo comprender en este el derecho fundamental al trabajo y al establecimiento de una especie de economía cooperativa de producción a la que concurrirían tanto el capital como la clase obrera, idea retomada luego por el movimiento obrero y los socialistas europeos. Desde la perspectiva constitucional, se observan importantes antecedentes del constitucionalismo moderno en la Constitución de la República de Weimar, que, si bien es cierto, no definió el Estado como social de derecho, sí adoptó en su codificación una serie de disposiciones relativas a los que podríamos calificar derechos de segunda generación, tendientes a regular los conflictos que alteran el orden social. De esa forma se introdujeron por primera vez en el constitucionalismo regulaciones para el trabajo, las relaciones entre patronos y trabajadores, y las disposiciones sobre seguridad social. Luego, en el

constitucionalismo de la posguerra se observa que en algunas constituciones de los *Länder*, tanto de las zonas aliadas como de la rusa, se expidieron constituciones que fueron más allá del viejo constitucionalismo de Weimar e incorporaron en sus textos cláusulas contentivas de mandatos concretos a los poderes públicos en el sentido de priorizar lo social en cuanto finalidad indiscutible del Estado de derecho en ellas organizado: “[...] incluso en Baviera, con absoluta mayoría del CSU, la Constitución del *Länd* encomendó al legislador la tarea de socializar la producción básica [...]”. Sin embargo, la consagración definitiva del concepto se dio en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en sus artículos 20 numeral 1 y 28 numeral 1, que respectivamente disponen: “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social [...] El orden constitucional en los *Länder* debe responder a los principios de Estado republicano, democrático y social, en el sentido de esta Constitución”. En cuanto a las razones de su incorporación como fórmula constitucional, ABENDROTH indica que “[...] Después de 1945, con el derrumbamiento del Tercer Reich y la liberación de Alemania –no por sí misma, sino en virtud de la victoria de los aliados–, se instaló la convicción en el pueblo alemán, o al menos en aquellos sectores que habían intuido lo que sucedió, que era necesario modificar no solo la estructura política, sino también la estructura social, ya que las clases dominantes de épocas anteriores eran responsables de la toma del poder que condujo al Tercer Reich y de la participación en la guerra emprendida por éste [...]”. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Derecho económico* I, cit., p. 31. Atribuye a LORENZ VON STEIN ser el precursor de la idea de Estado social. Este pensador, a partir del análisis de las revoluciones francesas de 1830 y 1848, entendió y postuló que había llegado ya el tiempo de concluir con las revoluciones políticas y habría de abrirse paso a las de significado social: “[...] son estas revoluciones las que pueden evitar las otras [...]”. A partir de la influencia de Hegel, estableció una clara diferencia entre sociedad y Estado. El Estado debe conducir a la sociedad, de donde se concluye el carácter teleológico de su accionar.

236 En relación con el alcance y significado del concepto de Estado de derecho cfr., entre otros: DANILO ZOLO. “Teoría e crítica do Estado de direito”, en *O Estado de direito: história, teoria, crítica*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 3 y ss. En esa misma compilación cfr. PIETRO COSTA. “O Estado de direito: uma introdução histórica”, pp. 95 y ss.; LUIGI FERRAJOLI. “O Estado de direito entre o passado e o futuro”, pp. 417 y ss.; así mismo, ELÍAS DÍAZ. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus-Alfaguara, 1991, pp. 23 a 42.

237 Indudablemente, HERMANN HELLER tomaba como elemento objetivo de análisis la evolución de la Constitución de Weimar que había retomado las fórmulas del concepto en estudio, y su traumática situación a partir de la interpretación de los tribunales de la época que prácticamente habían vaciado de contenido los perentorios mandatos sociales establecidos en la mentada constitución. HELLER predecía que quizá con otros jueces, que habrían de llegar con el cambio social, sería diferente el destino de la interpretación constitucional (“¿Estado de derecho o dictadura?”, cit.). Así lo destaca el profesor ABENDROTH. “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, cit.: “[...] Fue mérito del constitucionalista HERMANN HELLER demostrar que el verdadero contenido de la Constitución de Weimar tenía que ser caracterizado precisamente desde esa fórmula de democracia social en la forma de Estado de derecho, y que era misión de la ciencia jurídica, así como de la clase trabajadora, actuar a favor de la realización de esa exigencia constitucional [...]”. Los textos controvertidos de la Constitución de Weimar que consagraban un verdadero Estado social y democrático de derecho fueron los siguientes: “Artículo 156. El Imperio puede, mediante ley, a reserva de indemnizar, y con aplicación por analogía de las disposiciones sobre expropiación, traer al dominio público las empresas económicas privadas susceptibles de socialización. También pueden el Imperio, los países o los municipios interesarse en la administración de empresas económicas o sus federaciones, así como asegurarse en ellas por otro medio una influencia decisiva. // En caso de urgente necesidad, puede también el Imperio federar por medio de una ley empresas y asociaciones económicas, con el propósito de asegurar la colaboración de todos los elementos productores, interesar en la administración a patronos y obreros, y regular la producción, creación, distribución, consumo y tasa de precios, así como la importación y exportación de bienes con arreglo a principios socializadores de una economía colectiva // Las cooperativas de producción y consumo y sus federaciones serán incorporadas, cuando lo deseen, a la economía colectiva, teniendo en cuenta su constitución y naturaleza particular. // [...] Artículo 165. Los obreros y empleados serán llamados a colaborar, al lado de los patronos y con igualdad de derechos, en la reglamentación de las condiciones de la retribución y el trabajo, así como en todo el desenvolvimiento económico de las fuerzas productivas. Quedan reconocidas las agrupaciones de ambas clases y sus federaciones. // Para defensa de sus intereses sociales y económicos, tendrán los obreros y empleados representaciones legales en Consejos obreros de empresa (*Betriebsarbeiterräten*) así como en Consejos de obreros de distrito agrupados por regiones económicas, y en el Consejo obrero del Imperio (*Reichsarbeitererrat*). // Los Consejos obreros de distrito y el Consejo obrero del Imperio, unidos con las representaciones de los patronos y demás clases interesadas de la población, formarán Consejos económicos de distrito y un Consejo económico del Imperio (*Reichswirtschaftsrat*), llamados a entender en todas las cuestiones de orden económico y a cooperar en la ejecución de las leyes socializadoras. Los Consejos económicos de distrito y del Imperio estarán constituidos en forma que se hallen representados en ellos todos los grupos profesionales importantes en proporción de su importancia económica y social. // Los proyectos de ley económicos y de política social de interés fundamental deberán ser sometidos por el Gobierno del Imperio a informe del Consejo económico del mismo, antes de su presentación. El Consejo económico del Imperio podrá tener asimismo la iniciativa de tales proyectos de ley, los cuales, aunque el Gobierno no los haga suyos, habrá de presentarlos al *Reichstag* con indicación de su opinión. El Consejo económico podrá defender ante el *Reichstag* sus proyectos valiéndose de uno de sus miembros. // Podrán confiarse a los Consejos obreros y a los Consejos económicos facultades de control y de administración en las materias que les son propias. Es de la competencia privativa del Imperio regular la organización y atribuciones de los Consejos obreros y de los Consejos económicos, así como sus relaciones con otras corporaciones sociales autónomas”.

238 HERMANN HELLER. “Las ideas socialistas”, en *Escritos políticos*, cit., pp. 303 y ss.

239 Ídem.

240 HERMANN HELLER. “¿Estado de derecho o dictadura?”, cit., pp. 284 y ss.

241 GERHART NIEMEYER. “Prólogo”, en *Teoría del Estado de Hermann Heller*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 12.

242 En ese sentido, cfr. BREWER-CARÍAS. *El concepto*, disponible en [<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Aysu4nFeho0J:www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab241efb849fea8/Content/II.4.204.EL%2520CONCEP.DER.ADMINIST.VZLA%2520-1983.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&client=safari>], p. 686, que propone una definición en nuestra opinión bastante completa, en la línea de pensamiento que nos sirvió para expresar la nuestra. Entiende el derecho administrativo como “aquella rama del derecho que regula a la administración pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; que norma el ejercicio de la función administrativa por los órganos del Estado; que regula la actividad administrativa del Estado y que norma también las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración pública y los administrados con motivo del ejercicio de la función administrativa o de alguna actividad administrativa”.

243 Las normas jurídicas atribuyen a la administración determinados fines que deben ser desarrollados, razón por la cual es indispensable que la administración tenga como propósito el cumplimiento de ese tipo de normas (SABINO CASSESE. *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 25). La Constitución, la ley, las normas administrativas y los principios generales, buscan en todos los casos, primordialmente, el cumplimiento de los intereses generales. En consecuencia, no dudamos que los pronunciamientos de la administración deben buscar el bienestar del interés público, y el bien general de los asociados. Este interés puede configurarse de manera amplia o abstracta, respecto de los cometidos generales en favor de los asociados, lo mismo que en preceptos de carácter particular, tratándose de las específicas atribuciones que un ordenamiento hace a un órgano de la administración. En tratándose del derecho positivo nacional, el elemento teleológico de la legalidad obtiene sus bases normativas a partir del preámbulo de la Constitución y de los artículos 123, inciso segundo, y 2.º constitucionales: “... los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad [...] la función administrativa está al servicio de los intereses generales”; el artículo 2.º señala múltiples finalidades estatales; cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, 1993: el legislador moderno renuncia a las definiciones precisas,

- caracterizándose por su abstracción y generalidad, dejando en manos del administrador la toma de decisiones concretas: “En definitiva, pues, en amplios sectores administrativizados de la vida social la programación o vinculación por parte de la ley formal es ya solo del tipo calificable de ‘relación en función de fines-objetivos’ (la administración queda obligada a dirigir su acción a la consecución de los fines, pero relacionándolos entre sí, en función de las circunstancias y, por tanto, ponderando unos y otros), que supone una abierta remisión de la decisión al escalón administrativo y, por tanto, la generación del correspondiente espacio administrativo de configuración social, en el que el poder público administrativo debe actuar bajo la propia responsabilidad. En ese espacio la administración pública es hoy, pues, el *locus* de creación de la regla, por tener conferida la competencia para ello. Esta es la realidad, guste o no. Y el jurista debe enfrentarla y darle una respuesta adecuada dentro del orden constitucional...” (p. 72).
- 244 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 56 y ss.
- 245 *Ibid.*, p. 293.
- 246 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., pp. 56 a 60.
- 247 FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 124.
- 248 RAMÓN PARADA VÁZQUEZ. *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 12.
- 249 HANS Kelsen. *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 287. La diferencia absoluta y radical que se pretende hacer entre el derecho público y el privado es esencialmente “extrasistemática”, es decir “[...] una distinción entre el derecho y lo que no es derecho, entre derecho y Estado [...]”. Se trata de una diferencia estrictamente ideológica, sin base teórica alguna. Cfr. ÍD. *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 241, en donde reitera la tesis del carácter artificial de la distinción e incluso sostiene que el llamado derecho privado es de aplicación plena a las relaciones jurídicas del Estado.
- 250 HANS ANKUM. *La noción de ius publicum en derecho romano*, t. LII, Madrid, AHDE, 1983: “[...] La distribución moderna entre derecho público y derecho privado tiene sin duda puntos de conexión histórica con la famosa distinción de Ulpiano, D.1.1.1.2 y de Inst. 1.1.4. Pero la dualidad del derecho romano y del derecho moderno están lejos de ser idénticas [...]” (*sic*). La utilización del término por los romanos no fue uniforme: en algunas oportunidades aparece como opuesta a *ius privatum*, o como parte del *ius privatum*, en otros, conjugando normas de derecho público y de derecho privado en un concepto similar a derecho imperativo: “[...] hay muchos textos donde el término *ius publicum* es utilizado sin que exista junto a este *ius publicum* un *ius privatum* contrapuesto. En todos estos textos el *ius publicum* tiene la significación de derecho positivo [...]”.
- 251 ELISENDA MALARET I GARCÍA. *El derecho de la administración pública: derecho público y derecho privado; relevancia de los principios constitucionales*, Madrid, Institut d’Estudis Autònoms-Marcial Pons, 1999, p. 14.
- 252 LUIS IGNACIO ORTEGA ÁLVAREZ. “El reto dogmático del principio de eficacia”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, 1994, pp. 7 a 16.
- 253 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo I*, Madrid, Centro de Estudios “Ramón Areces”, 1991; LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003.
- 254 KONRAD HESSE. “Constituição e Direito Constitucional”, en *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009.
- 255 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo I*, cit.; LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit.
- 256 GEORGE H. SABINE. *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 411; MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*, cit.; ALLAN BREWER-CARÍAS R. *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776)...*, cit. Indiscutiblemente uno de los mayores aportes del desarrollo político inglés al derecho público moderno lo constituye el concepto de la división del poder público o “separación de poderes”, como condición básica para romper con el absolutismo y la tiranía. JOHN LOCKE, en su célebre obra *Two Treatises of Government* (1690), recoge precisamente esta concepción racionalizadora del poder y propone la distribución del mismo en cuatro funciones básicas: legislativa, juzgadora, ejecutiva de las leyes, y ejecutiva de la fuerza en el extranjero, o federativa, para la defensa de la comunidad. A la primera deben quedar subordinadas todas las demás. Esas ideas fueron abordadas por MONTESQUIEU en el *Espíritu de las leyes*, al estudiar los aportes a la libertad de la Constitución inglesa. Al respecto señala que “hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo que depende del derecho civil” o jurisdiccional, dejando siempre en claro que solo a través de ese reparto se pueden garantizar los derechos y la libertad, frente al absolutismo. Con esas características el principio recogido en las constituciones de las colonias americanas (1776), norteamericana de 1787, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y en las posteriores constituciones francesas. Sumido en la convicción de que la lucha contra el absolutismo francés debía contar con la experiencia inglesa, MONTESQUIEU imprimió a la división de poderes el carácter de medio natural de control interpodere, en un sistema de “frenos y contrapesos” entre los poderes. Según SABINE, “Esta idea era, desde luego, una de las más antiguas de la teoría política. La idea de la forma mixta de gobierno era tan vieja como *Las leyes* de PLATÓN y había sido utilizada por POLIBIO para explicar la supuesta estabilidad del gobierno romano” (p. 411). En la Edad Media la idea logró incipientes consideraciones y en la Inglaterra monárquica fue donde se impuso como sistema para el ejercicio del poder. Modernamente se discute la vigencia del principio de la separación de poderes. Algunos tratadistas llegan incluso a considerarlo una etapa ya superada del constitucionalismo moderno, por lo demás en evidente crisis en cuanto tiene que ver con su aspecto histórico de la tridivisión de poderes. Véase en el caso del derecho norteamericano EDLEY JR. *Derecho Administrativo. Reconocer el control judicial de la Administración*, MAP, 1994, para quien a partir de los diseños jurídicos del *New Deal*, que incrementaron enormemente el papel del Ejecutivo, la separación de poderes tiene un papel secundario (p. 23). Por su parte, SABINO CASSESE sostiene que en el derecho italiano la separación de poderes no está vigente: “En el derecho italiano no se plantea la cuestión al no formar parte el fenómeno de la separación de poderes del derecho vigente” (*Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 85). GIANNINI se cuestiona la necesidad de revisar su validez (*Derecho administrativo*, cit., p. 95). La Constitución colombiana, en su aspecto estructural, lo postula como un principio plenamente válido e incuestionable en su modalidad de separación y distribución de funciones. El artículo 113 lo tipifica en los siguientes términos: “Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial”. Además de los órganos que las integran existen otros autónomos e independientes.
- 257 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983; ÍD. *El concepto de derecho administrativo*, cit., pp. 257 a 279; ÍD. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993. JOSÉ EUGENIO SORIANO. “El concepto de derecho administrativo y la administración pública en el Estado social y democrático de derecho”, *Revista de Administración Pública*, n.º 121, enero-abril de 1990; INAP; ALEJANDRO NIETO. “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, *RAP*, n.º 76, enero-abril de 1975, pp. 9 a 35. En este excelente estudio, NIETO diseña lo que debe ser la nueva concepción del derecho administrativo dentro de una sociedad tan dinámica como la moderna, en la que no son los intereses exclusivamente del individuo los dominantes. El colectivo genera inmensidad de necesidades frente a las cuales el derecho y la administración pública deben acudir permanentemente. Citando a ALBRECHT (en su breve referencia a MAUREMBRECHER), encuentra que el

moderno derecho administrativo es una respuesta de técnica jurídica –y de técnica sustancial, no meramente formal– a una nueva situación: el reconocimiento de la existencia de unos intereses colectivos que no son la suma de los intereses individuales. Invocando a FORSTHOFF concluye que esto debe ser así, si se entiende que el hombre moderno ha perdido su autonomía económica. Ya no puede vivir en el ámbito por él dominado (a la manera del campesino tradicional en su cortijo), sino que se encuentra inmerso en un mundo que escapa a su influencia. Si esto es así, si el individuo no puede subsistir por sí mismo, ni dominar el medio del que depende, la colectividad y el Estado son los que deben asumir la responsabilidad de que ese ambiente ajeno permita la vida humana. Se trata de un planteamiento incurso en la teoría del Estado social de derecho, por lo tanto no estrictamente legalista en el sentido liberal clásico, ni mucho menos tecnocrático; pretende ante todo compensar el concepto clásico de Estado de derecho, la protección a los derechos fundamentales, con las responsabilidades sociales del hombre y del Estado. De ahí que sostenga que “La vocación del derecho administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales”. La Constitución Política de 1991 introdujo el derecho administrativo colombiano por los senderos de esos postulados. Situación que la Corte Constitucional acogió en los siguientes términos: “La pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y la mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los derechos” (Sent. T-406 del 5 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN). Algunos sectores de la doctrina administrativista norteamericana se encuadran dentro de ese planteamiento. La obra de CHRISTOPHER JR. EDLEY (*Derecho administrativo; reconcebir el control judicial de la administración pública*, Madrid, MAP, 1994, p. 13) así lo demuestra. Sostiene el autor precisamente la importancia de fortalecer la administración pública como una respuesta a quienes pretenden ubicar todas las soluciones a los problemas sociales y políticos en la iniciativa privada: “en la actualidad, importantes corrientes de ideología política –por no mencionar los puntos de vista de algunos políticos de éxito– subrayan la autonomía del sector privado, así como la existencia de soluciones no gubernamentales y de mercado para dificultades de todo tipo [...] Tenemos un Estado administrativo moderno que no puede ser desmantelado o negado [...] Es un Estado ambicioso, construido como un instrumento para alcanzar los objetivos de la comunidad”. El Estado colombiano, edificado en la Constitución Política de 1991, no solo se define como social sino que en su preámbulo postula claros principios de compromiso para con la comunidad, haciendo énfasis en los derechos de la segunda y tercera generación (Sent. T-005 del 16 de enero de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

258 El sometimiento del poder al derecho es la característica singular del Estado instituido, esto es, del organizado conforme y dentro de la juridicidad. Lo contrario es la arbitrariedad. El poder instituido genera por medio de sus órganos y sistemas de control los mecanismos necesarios para evitar la ruptura de sus cauces en el ejercicio de sus atribuciones. Tratándose del derecho administrativo, el punto central de su sistema es precisamente este del acatamiento del ordenamiento jurídico por quienes ejercen el poder. Resulta esencial al derecho administrativo que la administración se sujete permanentemente al ordenamiento; de aquí que se hable de un derecho de la administración. No obstante, esta característica no ha sido permanente; su consolidación resulta relativamente reciente y, en opinión de algunos doctrinantes, en permanente peligro. Para PROSPER WEIL (*Derecho administrativo*, cit., pp. 35 y 36) es un verdadero milagro la existencia de un derecho administrativo con una administración tan propensa al desconocimiento del derecho: “resulta extraño que el Estado acepte voluntariamente considerarse obligado por la ley. Está en la naturaleza de las cosas que un Estado crea, de buena fe, estar investido de poder para decidir discrecionalmente sobre el contenido y las exigencias del interés general. Es necesario que se violente a sí mismo para considerarse obligado a permanecer en los cauces de un derecho que le dicta determinadas formas de conducta y le prohíbe otras”. Esta concepción resulta explicable por lo cercano de los días en que se rompió con el Estado arbitrario y se le encauzó jurídicamente. Las “razones de Estado” aún resuenan en detrimento del Estado de derecho. La función del derecho administrativo dentro de este último es perpetuar el principio impidiendo el florecimiento del oscurantismo y el ejercicio desmedido del poder. FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, cit., pp. 63 y 64; JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., pp. 48 a 50. En cuanto a los antecedentes históricos del fenómeno, en especial sus características pre-revolucionarias francesas, cfr. JEAN BODIN. *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 1992, Libro 1, cap. X. En sentido contrario a BODIN cfr. JEAN JACQUES ROUSSEAU. *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1993.

259 LUIS ARROYO JIMÉNEZ. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en LUIS ORTEGA ÁLVAREZ y SUSANA DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 47 y 48. La moderna administración, a diferencia del modelo clásico, no está sujeta a un estricto y estrecho principio de legalidad. Los espacios de la discrecionalidad resultan evidentes y en crecimiento a través de atribuciones o programas finales en forma de directrices y cláusulas generales. En ese sentido, sostiene el autor, “[...] El espacio de la actuación de la administración primeramente llamado a ser ocupado por la ponderación es el propio de la discrecionalidad administrativa a través de la ponderación [...]”; así, la discrecionalidad pasa a configurar, según el profesor ARROYO, “[...] una habilitación para la concreción del derecho [...]”; la discrecionalidad no es entonces libertad de elección entre opciones jurídicamente indiferentes, “[...] sino, ponderación administrativa de principios jurídicos dirigida normativamente a través de programas finales [...]”. El escenario de esa habilitación es evidente en tratándose de la potestad reglamentaria, potestad planificadora como la contractual o la urbanística, así como en los márgenes de apreciación y juicio de la administración que se derivan del empleo de algunos conceptos indeterminados. “[...] A todos estos fenómenos subyace el reconocimiento a la administración de una habilitación para adoptar decisiones a través de la ponderación de los principios que gobiernan la materia de que se trate [...]”.

260 MONTESQUIEU, ideador del concepto clásico, limita el contexto de lo administrativo a la simple ejecución de la ley con el convencimiento de establecerle a este poder un marco preciso, un límite claro para evitar su desmedido y arbitrario crecimiento en detrimento de la libertad. El poder ejecutivo “dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones [...] ejecuta las resoluciones públicas” (*Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 105). Para ROUSSEAU (*El contrato social*, cit.) resultaba imposible otro papel distinto de la función administrativa, en razón a que su acción debía reducirse a un cuerpo intermedio entre el pueblo y el soberano, encargado fundamentalmente de la ejecución de las leyes y el mantenimiento de la libertad. El órgano principal de esa concepción es el legislativo, que por su carácter popular es el depositario real del poder, encargado del diseño general de mandatos impersonales, mientras que el ejecutivo “no puede corresponder a la generalidad, en tanto que legisladora o soberana, ya que este poder ejecutivo consiste sólo en actos particulares que no incumben a la ley” (SABINO CASSESE. *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 23). El Estado moderno posee en la administración un importante órgano actuante. La ciencia de la administración ha roto con los centenarios dogmas que igualaban la administración al ejercicio inmediato de simple ejecución de la ley. La concepción revolucionaria de MONTESQUIEU, fundada en su miedo de permitir un gobierno fuerte al estilo del *ancien régime* y que dio lugar a instaurar la teoría de la administración simplemente ejecutora, ha desaparecido en el derecho moderno, reemplazada por un ejecutivo actuante y decisivo, a la vez que controlado institucionalmente. “¿Cómo se puede explicar, entonces, la fortuna de dicha fórmula? Es posible que la explicación haya que buscarla en un hecho ideológico posteriormente teorizado. Se trata de la influencia del liberalismo y del positivismo, los cuales, para encontrar un amparo al ciudadano y un fundamento de análisis seguro a la ciencia, basaron todo en la ley, reduciendo el derecho a la ley. Para estos, el derecho es el producto de voluntades constitucionalmente habilitadas (Parlamento), y la administración un simple instrumento de la ley. Al actuar de esa manera las escuelas positivistas se lanzaron a un laberinto inexplicable. Debieron, así, explicar por qué, si la administración era simplemente ejecución de la ley, gozaba de tanta libertad de elección”. De ese contexto surge la teoría de la discrecionalidad (p. 23).

261 La expresión administración pública puede ser entendida ampliamente a partir del verbo rector cuya acción desarrolla, esto es, la de administrar. En su formación etimológica, administrar posee un interesante y complejo sistema estructural que impide determinar con certeza su origen. El *Diccionario de la lengua castellana* lo atribuye a los conceptos latinos de *ad-ministrare* (servir) o *ad-manus trahere* (manejo o gestión). En su acepción moderna administrar entraña la idea de dirigir, cuidar, gestionar bienes e intereses, la economía, lo público o lo privado. Combinando sus diferentes acepciones y procurando el significado de las mismas, se puede concluir que, dentro del concepto de dirección, administrar implica decisiones, orientaciones y aplicaciones; por lo tanto, los de organización, planeación y coordinación. Se trata de conceptos dinámicos, de acción plena, que ubicados en el mundo de la administración pública le trasladan e imprimen una nueva perspectiva en cuanto al cumplimiento de los cometidos estatales, dentro de los senderos del Estado de derecho. Precisamente, desde el punto de vista gramatical, esa es la idea que emana del contenido mismo de las acepciones de administrar: por una parte, la acción, el verbo potenciado (administrar), y por otra, los medios a

través de los cuales se ejecuta dicha acción y la ejecución efectiva de la misma (administración), con sujetos y órganos predeterminados para ese propósito (administrador). De ahí que la administración sea entendida precisamente como la “acción y efecto de administrar. Conjunto de funciones que se ejecutan por un sujeto administrador”, lo que permite, en una perspectiva jurídico-pública, observar dos sentidos –en nuestra opinión complementarios– de un mismo fenómeno: su carácter sustancial, objetivo o simplemente material en cuanto función o suerte de actividades, y el orgánico o subjetivo, en cuanto sede de la actividad, o aparato-organización, dispuesta al desarrollo de la actividad administrativa. Ambos irremediamente interrelacionados de manera complementaria dentro de un contexto de colaboración armónica y por regla general tendiente a la puesta en acción de los cometidos estatales. Así entendido, esto es, dinámico y teleológico, el concepto de administración pública involucra el más claro y profundo compromiso de las instituciones, autoridades, servidores y particulares de comprender y ejecutar las funciones, atribuciones o competencias propias de la administración pública en dirección a la satisfacción del interés general o comunitario, para lo cual cuenta con los medios y las prerrogativas de auto tutela necesarios.

- 262 Constitución Política. “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones / Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.
- 263 Se trata de lo que SCHMIDT-ASSMANN llama la legitimación institucional y funcional de la Administración “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial”. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, en JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Sevilla, Global Law Press., 2012, p. 66.
- 264 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 137.
- 265 Ley 489 de 1998. “Artículo 3.º. *Principios de la función administrativa*. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen”.
- 266 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º. *Principios*. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.
- Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.
1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.
 - 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*.
 2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.
 3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.
 4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.
 5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.
 6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.
 7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.
 8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.
 9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.
 10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.
 11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.
 12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.
 13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”.
- 267 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea postula en el artículo 41 el Derecho a una Buena Administración en los siguientes términos:
- “Artículo 41. Derecho a una buena administración.
1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
 2. Este derecho incluye en particular:
 - a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;
 - b) el derecho de toda persona a acceder al exp. que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
 - c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.
 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

268 “La buena Administración pública es, sobre todo, un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental y, también, un principio de actuación administrativa y por supuesto una obligación inherente a los Poderes públicos derivada del marco del Estado social y democrático de Derecho. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración que les garantice la realización de sus derechos sociales fundamentales. Y la Administración, está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general. El principio y la obligación, de la buena Administración pública, vincula la forma en que se deben dirigir las instituciones públicas en una democracia avanzada. Dirigir en el marco de la buena Administración pública supone asumir con radicalidad que la Administración pública, existe y se justifica, en la medida en que sirve objetivamente al interés general”. JAIME RODRÍGUEZ-ARANA. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Sevilla, Global Law Press e INAP, 2015, pp. 585 y 586.

269 “La buena administración ha pasado de principio general a derecho subjetivo. En la primera forma posee un valor ‘programático’, es un objetivo establecido por la Constitución, que se dirige al legislador. Tiene, por lo tanto, en el aparato estatal, un valor limitado e interno. En la segunda forma, se proyecta al exterior del círculo del Estado, hacia la comunidad. Confiere derechos, con las correspondientes obligaciones por parte de la Administración Pública. // La buena administración presenta un contenido variable. Se puede decir que hay algunos “*core principles*”, o principios esenciales, como el derecho de acceso, el de ser oído, el de obtener una decisión motivada y el de defensa a través de un juez. Esta parte de la buena administración, en el terreno administrativo se superpone en buena medida a la “*rule of law*” y al principio de legalidad en sentido amplio. Forma parte de los derechos procedimentales, todos ellos con repercusiones externas. // Hay luego una segunda parte, que comprende los principios de imparcialidad, racionalidad, equidad, objetividad, coherencia, proporcionalidad y no discriminación. También esta parte tiene repercusiones externas, aunque, de ordinario, no se articula en forma de procedimiento. Finalmente, la buena administración comprende reglas más irrelevantes, como el deber de cortesía, o la regla de la respuesta por escrito a las demandas de los particulares, que son directrices que normalmente no llevan acción aparejada. Por consiguiente, la buena administración constituye una noción a la que se han unido contenidos diversos”: SABINO CASSESE. *Derecho administrativo: historia y futuro*, Sevilla, Global Law Press e INAP, 2014, p. 409.

* Capítulo revisado por la profesora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.

270 Bibliografía general para el surgimiento de los tipos de sometimiento de la administración pública al derecho: además de la bibliografía indicada en la nota 1 del capítulo primero, puede consultarse la siguiente: N. G. ALEXANDRO et ál. *Teoría general de Estado y del derecho*, México, Grijalbo, 1966; ADOLFO ANGELETTI. *La justicia administrativa en Italia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986; JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ. *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y Civitas, 1993; BERNARDINO BRAVO LIRA. “El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla”, en AHDE, t. LVIII, 1988; CLARK BYSE. “Recenti sviluppi del diritto amministrativo negli Stati Uniti d’America”, en RTDP, año XXVI, 1976; CARMEN CHINCHILLA MARÍN. “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo”, cit.; SABINO CASSESE. “Le trasformazioni dell’organizzazione amministrativa”, en RTDP, 1985; ÍD. “Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia”, en RTDP, 1989-3; ÍD. “L’influenza delle grandi rivoluzioni nazionali sui principi della comunità internazionale”, en *Politica del diritto*, n.º 2, junio de 1989; FRANCESCO CALASSO. *Medioevo del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954; ADRIANO CAVANNA. *Storia del diritto moderno in Europa; le fonti e il pensiero giuridico* 1, Milano, Giuffrè, 1982; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, cit.; ÍD. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, cit.; ÍD. “Algunas reflexiones sobre el derecho administrativo norteamericano”, en RAP, n.º 85 enero-abril de 1978; ALFONSO GARCÍA GALLO. “La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI-XVIII”, en AHDE, t. XLIV, 1974; ÍD. “Los principios rectores de la organización territorial indiana en el siglo XVI”, en AHDE, t. XL, 1970; ÍD. “La ley como fuente del derecho en Indias”, en AHDE, t. XXI y XXII, 1951-52; ÍD. “Los orígenes de la administración territorial de las Indias”, en AHDE, t. XV, 1944; EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZZI. *Justiça administrativa*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986; HERMANN HELLER. *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986; JESÚS LALINDE ABADÍA. “El régimen virreino-senatorial en Indias”, en AHDE, t. XXXVIII, 1967; RICARDO LEVENE. “Fuentes del derecho indiano”, en AHDE, t. I, 1924; MARIO G. LOSANO. *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid, Debate, 1993; ALEJANDRO NIETO. “El derecho como límite del poder en la Edad Media”, en RAP, n.º 91, enero-abril de 1990; ÍD. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, cit.; JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ. “Apuntes para la historia del municipio hispanoamericano del período colonial”, en AHDE, t. I, 1924; CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA. *Constituciones de la primera república liberal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tt. I y II, 1986, tt. III, IV-1 y IV-2, 1979; ISMAEL SÁNCHEZ BELLA. “La jurisdicción de hacienda en Indias”, en AHDE, t. XXIX, 1959; ÁNGEL SANZ TAPIA. “El origen de la institución virreinal ante el caso concreto del virreinato de La Plata”, en *Justicia, sociedad y economía en la América española*, VI Congreso del Instituto de Historia del Derecho Indiano; JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1973; CARLOS STOETZER. “El espíritu de la legislación indiana y la identidad latinoamericana”, en REP, n.º 53, 1986; WALTER ULLMANN. *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Madrid, Alianza, 1985; MANUEL S. URUETA. “El Consejo de Estado”, *Revista Universidad Externado de Colombia*, n.º 2, octubre de 1976; VINCENZO VARANO. “Problemi attuali della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione in Inghilterra”, en RTDP, 1969; GUSTAVO VILLAPALOS SALAS. “Los recursos en materia administrativa en Indias”, en AHDE, t. XLVI, 1976.

271 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, cit., p. 181. En el mismo sentido, ÍD. *La Revolución Francesa y la administración contemporánea*, cit.

272 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Revolución Francesa y la administración contemporánea*, cit., p. 40

273 Los parlamentos constituían órganos que ejercían justicia por delegación del rey. Existieron doce en toda Francia, repartidos en su territorio, a los cuales se les había encomendado la guardia de las leyes fundamentales del reino. Administraban justicia en última instancia en nombre del rey. Es recordado el Parlamento de París, el cual tuvo papel decisivo en el proceso revolucionario al ejercer sus derechos de inscripción y rechazo de los edictos reales, mecanismo por el cual se hacía posible la eficacia de los actos del rey. Se trataba de una parte del mecanismo de elaboración de disposiciones generales del reino, el cual se puede sintetizar de la siguiente manera: antes de procederse a la ejecución de un edicto real, el Parlamento lo discutía previamente para luego registrarlo y darle eficacia.

274 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa*, cit., p. 46: “... la experiencia de los parlamentos había revelado con absoluta claridad que la estructura del poder que ellos postulaban de un predominio del poder judicial era inevitable; hubiese implicado [...] la imposibilidad absoluta de gobernar; la acción de estos cuerpos hubiera sido [...] no solo poderosa sino irresistible absolutamente, pues a diferencia de lo que hubiera correspondido hacer con una gran asamblea, no se les hubiera podido ni restringir, ni ganar, ni disolver. Este riesgo era especialmente valorado por los revolucionarios una vez que el poder central era suyo. En el dictamen de la asamblea de donde salió la ley de separación [...] se hace la concesión de reconocer la doctrina de MONTESQUIEU sobre la función de los parlamentos como contrapesos del poder. La nación no ha olvidado lo que se debe a los parlamentos; ellos solos han resistido la tiranía; ellos solos han defendido los derechos de la nación”. Se añade seguidamente: “... se les debe reconocimiento; pero no es de reconocimiento de lo que hay que ocuparse para regenerar un imperio [...] Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir el despotismo, pero este ya no existía desde ahora. Esta forma no es, pues, necesaria. El texto es decisivo, y en virtud de él no puede ser más explícita la intención de los revolucionarios de liberar el poder central, una vez en sus manos, de los condicionamientos judiciales” (p. 48).

- 275 JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 148: “En Francia [la jurisdicción administrativa] nació de un conjunto de circunstancias históricas; y ha sobrevivido por razones prácticas”.
- 276 Sobre el desarrollo de la justicia administrativa en Francia cfr. el extenso estudio que sobre esta materia hemos efectuado: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 245 a 254.
- 277 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, cit., pp. 41 a 51. De manera particular y concreta el postulado de la división de poderes adquirió en Francia especiales características frente a la predisposición de los revolucionarios respecto de los parlamentos judiciales. Los criterios ortodoxos de la división de poderes tuvieron con la revolución sus primeras variaciones, si se tiene en cuenta la sustracción material de los conflictos originados por el poder ejecutivo del conocimiento de las autoridades judiciales ordinarias. “Los parlamentos constituían reductos cerrados de la nobleza y ejercitaron mediante sus facultades de *enregistrement* (registro de las disposiciones reales como requisito para su aplicación) y de *rémontrance* (una suerte de veto devolutivo de dichas disposiciones antes de su registro) respecto de las ordenanzas reales, al lado de su poder nominal judicial, una efectiva mediatización del poder del rey absoluto, orientada con normalidad al mantenimiento de las posiciones privilegiadas del estamento que representaban”.
- 278 JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, cit., p. 148.
- 279 MARCELLO CLARICH. “La giustizia”, en AA.VV. *Trattato di diritto amministrativo*, t. II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1721; cfr. así mismo PATRICK RAMBAUD. “La justicia administrativa en Francia”, en AA.VV. *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 277.
- 280 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, 1999, p. 551.
- 281 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, cit., pp. 181 a 197.
- 282 *Ibíd.*, p. 26; MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, cit., pp. 10 y 11.
- 283 CARMEN CHINCHILLA MARÍN. “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo”, cit., pp. 22 y 23.
- 284 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, cit., pp. 41 a 43.
- 285 ALFREDO GALLEGU ANABITARTE. *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el antiguo régimen y el Estado constitucional y los fundamentos de derecho administrativo español*, Madrid, IEA, 1971; GARCÍA DE ENTERRÍA critica esta obra como “sorprendente, caótica, incomprensible, ligera”, y agrega: “La desorbitación del tema y su radical incomprensión, así la ligereza como se interpretan la historia del derecho español y la de los países europeos, son aquí paradigmáticos, llevando con frecuencia a la irresponsabilidad” (cita tomada de CARMEN CHINCHILLA MARÍN. “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo”, cit., p. 45).
- 286 ALEJANDRO NIETO. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, cit. GIANNINI ratifica esa línea de pensamiento al sostener, precisamente, que de ser ciertos los planteamientos de la teoría francesa sería tanto como sostener la ausencia de un Estado de derecho en Inglaterra o en Estados Unidos, que estuvieron ausentes de su influencia en cuanto al desarrollo de sus instituciones políticas, y donde su desarrollo administrativo es prácticamente inexistente con las características que rigen en nuestros países. “Las opiniones sobre el origen del derecho administrativo son variadas. La más difundida –y resulta incomprensible el porqué– es que se trata de una consecuencia del Estado de derecho, lo cual es una manifestación falsa ya que también los Estados del grupo anglosajón son Estados de derecho y no tienen un derecho administrativo, el mismo juicio es aplicable a quienes lo unen a la adopción del principio de la división de poderes” (*Premisas*, cit., p. 50).
- 287 La ruptura del derecho romano se inició a partir de una serie de variantes económicas, sociales y políticas que se conjugaron durante los últimos siglos de su existencia, y que los historiadores sitúan a partir del año 395 de la Era Cristiana, cuando el imperio se dividió en dos: el de Oriente y el de Occidente, cada uno a cargo de un hijo del emperador TEODOSIO. El imperio de Occidente habría de perdurar hasta el año 476, cuando el emperador RÓMULO AUGÚSTULO fue depuesto por el bárbaro ODOACRO. El imperio de Oriente, mucho más consolidado, política y culturalmente logró prologarse por más de mil años, hasta 1453, que se considera históricamente el de su desaparición con la conquista de Constantinopla por los turcos. Si bien es cierto que el año 476 se ha considerado el punto de partida de la Edad Media, esta fecha es un simple hecho arbitrario de los historiadores para ubicar contextualmente los fenómenos que se dieron en los siglos posteriores. La caída del joven emperador del imperio de Occidente, que ha sido considerada como una de las causas inmediatas de la ruptura del imperio romano, no fue más que el producto de un episodio militar muy común en el siglo V, en donde los cuerpos armados influían directamente en los destinos imperiales. Por esa época el ejército se componía de legiones que en la práctica eran el verdadero ejército, y por la otra de los *foederati*, el componente bárbaro del ejército, y se caracterizaban por su totalitarismo: “Legiones y *foederati* eran en realidad dos mundos obligados a convivir, pero celosos y rivales entre sí”. El joven emperador RÓMULO AUGÚSTULO había resultado impuesto por obra de las legiones. El descontento de los *foederati* no se dejó esperar, siendo depuesto por su jefe ODOACRO, quien a través de los ritos bárbaro-germánicos fue proclamado como rey, abandonándose de esa forma las clásicas proclamaciones imperiales que seguían a la exaltación de un nuevo capo del imperio (FRANCESCO CALASSO. *Medioevo del diritto*, cit., p. 38).
- 288 Una mejor ilustración del desarrollo del derecho en el alto medievo puede consultarse en FRANCESCO CALASSO. *Medioevo del diritto*, vol. I, cit., pp. 267 a 279; ALEJANDRO NIETO. *El derecho como límite en la Edad Media*, cit., pp. 7 a 24. Resultan interesantes las apreciaciones de NIETO con respecto al problema de la legalidad y la sujeción del poder al derecho durante la alta Edad Media, no obstante no existir ni un derecho público ni mucho menos aun un derecho administrativo. Es más, los puntos de referencia de los fenómenos actuales de derecho, poder o ciudadanos resultan de difícil correspondencia con conceptos propios de la era medieval como para realizar un trabajo de aproximación científica. Sin embargo, NIETO rompe tales barreras y sostiene con precisión histórica cómo el absolutismo tradicionalmente predicado de los gobernantes de ese período no era tan absoluto como se nos ha querido presentar. Los vasallos gozaban no solo de un marco de deberes provenientes de su condición frente al poder patrimonial, sino también de concretos derechos que frenaban la arbitrariedad de los reyes y gobernantes. Por otra parte, los textos jurídicos de la época permiten deducir una estricta sujeción del rey al derecho, y la obligación de los jueces de declarar cualquier violación de los marcos normativos establecidos, así hubiera sido por voluntad del soberano. Por último, la existencia de recursos gubernativos confirma los concretos y claros marcos de la legalidad medieval (si así se le puede denominar a ese fenómeno de acatamiento a un orden establecido). En cuanto al primer aspecto, esto es, a los derechos de los vasallos, que los colocaban en un marco de juridicidad en sus relaciones con el rey, sostiene NIETO: “Cada individuo tenía –o podía tener– derechos rigurosamente individuales, derivados de una relación jurídica bilateral, creada o reconocida por el príncipe de acuerdo con las normas generales del derecho [...] En segundo lugar estaban los derechos colectivos, sean de carácter territorial o estamental. El poder real o el señorial concedía habitualmente derechos o exenciones a los pobladores de una localidad, concebidos inicialmente como un privilegio singular, aunque de forma inevitable tendiera a extenderse a otras comunidades e incluso a uniformarse [...] En cualquier caso resulta innegable la existencia de una esfera de derechos subjetivos, que diríamos hoy. Más aún: este complejo de derechos subjetivos es lo que caracteriza cabalmente el orden jurídico en la alta Edad Media”. Tratándose del segundo aspecto, esto es, el relacionado con la sujeción del gobernante al derecho, sostiene NIETO: “El derecho alto medieval era un producto inmediato de la comunidad, algo exterior y anterior al monarca, al

que sólo correspondía reconocerlo y defenderlo [...] no era un derecho estatuido ni dictado por el poder político [...] no era inventado ni creado o, al menos, no era concebido como tal, sino que, por estar ya dado, lo único que procedía era descubrirlo y aplicarlo”. Respetarlo y acatarlo: de ahí que “nada hay tan alejado del mundo jurídico alto medieval como la idea del príncipe absoluto”. Por lo menos en el caso de la historia de España los reyes que allí se sucedieron estaban sometidos a ciertas normas: “... el poder real encontraba su limitación no solo en las normas morales y religiosas que la doctrina eclesiástica imponía a su actuación, sino también en el derecho y en la costumbre del país, que protegían los intereses generales del reino y los estatutos jurídicos de los súbditos derivados de un estado de condición social y de sus privilegios personales o locales [...] Al igual que los súbditos, estaba obligado a respetar el ordenamiento jurídico vigente (leyes, usos, fueros, privilegios), de tal manera que las decisiones o mandatos del rey contrarías a tal ordenamiento constituían una violación de los mismos que debía ser reparada por la justicia [...] un acto de fuerza y un quebrantamiento del derecho del país”. Para esos efectos NIETO acude a textos como el del *Fuero Juzgo* (libro II, título V), Usgate 3 de Barcelona, donde se observa una tendencia alto medieval. Igual acontece en el tercero de los aspectos indicados en el sistema de recursos señalados para la protección de los derechos de los vasallos, los cuales fueron desarrollados en los ordenamientos de la época. La conclusión a estos planteamientos histórico-jurídicos parece clave; no obstante el carácter elemental de las relaciones jurídicas del alto medievo, el principio de legalidad se hacía ostensible desde esa época: no puede en consecuencia negarse esa realidad que, como el mismo NIETO anota, fue un fenómeno común en toda Europa.

- 289 Las transformaciones sociales, económicas y políticas sucedidas en el período de la baja Edad Media repercutieron en la concepción del derecho y en el régimen jurídico aplicable a las relaciones de los particulares, e incluso a las propias del fenómeno cultural que se hacía inevitable, esto es, el Estado. En líneas generales, las principales observaciones que se le hacen al nuevo derecho que florece en esta época consisten en la universalización del derecho como producto de la influencia romana revivida por los juristas, tendencia que es acompañada por una clara política de unificación del derecho interno, disperso y, como habíamos anotado a propósito del alto medievo, prácticamente de creación subjetiva o individual, que lo hacía especial y difuso. La universalización a través de una generalización normativa y la unificación hacen carrera en la mentalidad jurídica de la época. A esa línea de pensamiento se debe agregar la desmitificación teocrática del derecho. El derecho comienza a ser considerado como un fenómeno de creación humana, por lo tanto cultural y artificial, instrumento del poder político que se consolida en cabeza del rey, y propio para el cumplimiento de los cometidos estatales. Esta concepción del derecho fortalece indiscutiblemente al rey y permite la posterior consolidación del Estado nacional en la Edad Moderna. Estas características bajo medievales del derecho obedecen a unos factores que los historiógrafos han identificado plenamente. En primer lugar, el proceso de concentración del poder necesitaba de un derecho diferente, igualmente concentrador, unificador y centralizador, que le permitiera al monarca justificar su lucha contra las tendencias de fortalecimiento de los imperios, el papado y los señores feudales. Por otra parte, este elemento de necesidad política de lo jurídico se fortaleció con el descubrimiento, por los juristas, del derecho romano, en especial de las recopilaciones justinianeas que se caracterizaban, precisamente, por compilar y generalizar los principios y normas del tráfico jurídico.
- 290 ALEJANDRO NIETO. “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, en RAP, n.º 81, septiembre-diciembre de 1976, pp. 35 y ss. El concepto de policía constituye un valor medular del Estado moderno en cuanto estructurador de su existencia frente al orden feudal. La policía, en ese sentido, históricamente significó una limitante importante y trascendental a los intereses estamentales haciendo prevalecer el interés público. “La policía es, pues, en sus comienzos un simple verbo cultural, al que se denota pronto de una carga política formidable, en cuanto introduce la idea de interés objetivo de la comunidad, que el monarca va a utilizar descaradamente en su beneficio contra los derechos y privilegios individuales de procedencia feudal [...] el monarca combate el orden feudal no en interés propio, sino en interés de la salud pública, articulada a unas *bon ordre et police*”.
- 291 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de derecho administrativo*, cit., pp. 31 a 46: “... con todo debe destacarse el carácter progresivo de la policía, en tanto que orientaba al fin, en cualquier caso, el bienestar de la población y de la colectividad [...] Su significado de restitución, limitación, control y sanción, así como, incluso, peyorativamente, no es el original, sino el otorgado a las mismas desde las posiciones simplificadoras del liberalismo decimonónico, únicamente centradas en el desconocimiento por el antiguo régimen de los derechos y las libertades individuales proclamadas por la Revolución Francesa”. En su interesante estudio sobre el derecho de policía como antecedente del derecho administrativo, PAREJO ALFONSO realiza una aproximación histórica a lo que fue el desarrollo de la policía en Francia, Alemania, Austria y España, demostrando de esa forma que se trató de un fenómeno típico de la cultura iuspublicista continental europea; y, además, que los contenidos de esa ciencia en cada uno de esos países prácticamente significaron una decantación histórica de la función administrativa, que posteriormente sirvió de base para la estructuración de la función administrativa en el Estado de derecho o constitucional. En ese sentido sostiene PAREJO ALFONSO que el derecho de policía del Estado absoluto es el derecho administrativo del Estado constitucional absoluto del siglo XIX; sobre el desarrollo de la policía en España cfr. ALEJANDRO NIETO. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, cit., pp. 69 y ss.: “La policía no es un simple rasgo más o menos importante del Estado moderno, sino que constituye el valor medular que vertebró todo su ser”.
- 292 JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ. *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 9 a 12, sostiene que al momento de producirse el descubrimiento existía en España “una unidad dinástica, pero no una unidad nacional”; a lo anterior debemos agregar que en la práctica la Conquista fue promovida directamente por ISABEL, Reina de Castilla; de ahí que los territorios descubiertos, llamados entonces Indias Occidentales, pasaran a conformar políticamente la Corona de Castilla, y que, en consecuencia, el derecho aplicable a ellos fuera directa y exclusivamente el de ese Reino y no el de los otros que conformaban la unidad dinástica. Al respecto, precisamente en la Recopilación de las leyes de las Indias de 1680 (Ley II, tít. I, lib. II) se dispuso que se aplicaría dicho régimen legal conforme a la Capitulación de Toro, estableciendo un orden de aplicación que se iniciaba con las leyes del propio ordenamiento, y a falta de este, el fuero municipal vigente en la correspondiente ciudad, el fuero real de ALFONSO X, el fuero real y, por último, el Código de las Siete Partidas.
- 293 ALFONSO GARCÍA GALLO. *Los principios rectores de la organización territorial indiana en el siglo XVI*, cit., pp. 313 y ss.
- 294 *Ibid.*, y JESÚS LALINDE ABADÍA. “El régimen virreino-senatorial en Indias”, cit.
- 295 ALFONSO GARCÍA GALLO. *Los principios rectores*, cit., pp. 343 y 344. Las fuentes de sus afirmaciones las señala el autor en la nota 76 de su trabajo. Al respecto indica: “El recurso a la audiencia por quienes se agraven del virrey por actos de gracia de éste, establecido por ser materia de justicia, se declara en 1552 en el capítulo de la carta para la Nueva España (Cédul. Encinas, I, 240-41). En 1566 y 1567 (Cédul. Encinas I, 246 y 249) se autoriza a recurrir ante la audiencia de Lima contra las decisiones de GARCÍA DE CASTRO –gobernador del Perú, Charcas y Quito– en materia de gobierno, a quienes se sientan agraviados. Análogas medidas en una Real cédula de 1572 sobre los actos de virrey en la nueva España y Nueva Galicia en negocios de gobierno (Cédul. Encinas, I, 244). En estos casos la audiencia ha de proceder incluso contra la voluntad del virrey, según una real cédula de 1575 (Cédul. Encinas, I, 250). En los casos anteriores los recursos contra los actos de gobierno de los virreyes en cualquiera de las provincias citadas ha de interponerse solo y precisamente ante las audiencias de Lima y México, según el caso. Pero este control judicial de los actos de los gobernantes es, precisamente, el que había dado lugar a la creación de la audiencia de Panamá, según consulta del consejo de 1536 (SCHAFER, coms. Indias, II, 68-69) y a la de Chile en 1565; en ésta, para evitar ‘las crueldades que hay y han hecho los gobernadores, y el poco recaudo que los mismos gobernadores han puesto en la Real hacienda (Ob, cit., II, 82, n.º 69)’. En 1661, en real cédula al virrey del Perú comunicándole la creación de la Real Audiencia de Buenos Aires (Archivo de la Nación Argentina, Época colonial. *Reales cédulas y provisiones*, 1517-1562, Buenos Aires, 1911, pp. 421 y 422), entre otras razones que motivaron aquella, se da la de permitir a ‘los vecinos [...] seguir sus pleitos y causas, y pedir se les guardase justicia en los agravios que se le hacían por mis gobernadores y otras personas poderosas’. En todo caso, el recurso de agravio ante la audiencia contra un acto de gobierno no paraliza éste, que ha de ser complementado (1552, en Cédul. Encinas, II, 110); la posibilidad de recurrir ante la audiencia de quienes se agraven de los actos de gobernador o municipio se recoge ya en las ordenanzas de la audiencia de Canarias dadas por el visitador RUIZ MELGAREJO en 1531 (*Libro rojo de Gran Canaria o Gran libro de provisiones y reales cédulas*. Introducción, notas y transcripción por P. CULLEN DEL CASTILLO –Las Palmas, 1947– n.º 60, pp. 105 a 108)”.

- 296 MIGUEL ALEJANDRO MALAGÓN PINZÓN. *La ciencia de la policía: una introducción histórica al derecho administrativo colombiano*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, 2006.
- 297 CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA. *Constituciones de la primera República liberal*, t. IV (1) y (2), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.
- 298 La tradición de los consejos reales se remonta, entre otros, a los consejos del rey creados por FERNANDO I y posteriormente por JUAN I en Castilla en 1385, y que tiene sus antecedentes en los *consilium regis* medievales. Entre otros reinos se puede referenciar a Francia *Conseil d'en haut* (1630) y *Conseil du roi*; Inglaterra, *Curia regis* (1066), *Royal Council* (1485) y *Queen's Counsel* (1603); Rusia, *Alto Consejo Imperial* (1726).
- 299 Lo presidía el mismo rey, y para ser miembro no se requería mayor especialización jurídica sino básicamente experiencia en el manejo de lo público y de las relaciones internacionales; generalmente hacían parte del mismo los nobles y los miembros del clero.
- 300 POMBO y GUERRA. *Constitución de Colombia*, Biblioteca Popular, pp. 234-237.
- 301 MANUEL S. URUETA. "El Consejo de Estado", cit., p. 149.
- 302 *Ibid.*, p. 150.
- 303 *Ibid.*, p. 154.
- 304 ALCIBÍADES ARGÜELLO y LUIS BUENAHORA. *Derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Talleres de Ediciones Colombia, 1927, pp. 36 a 56. Una referencia adicional al proceso de evolución de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia puede consultarse en este trabajo. En igual sentido es de consulta, para una mejor comprensión del tema, RODRIGO NARANJO GÁLVEZ. "La reforma contenciosa administrativa de 1914", *Estudios Socio-Jurídicos*, n.º 1, Bogotá, Universidad del Rosario, julio de 2001, pp. 19 y ss.
- 305 República de Colombia. Archivo del Congreso. Leyes autógrafas de 1913, Exposición de motivos al proyecto de ley sobre la jurisdicción contenciosa administrativa, folios 207 y ss.
- * Capítulo revisado por la profesora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.
- 306 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., pp. 295 a 299.
- 307 Abandonamos, en consecuencia, con esta postura doctrinal, la tradicional concepción de fuentes del derecho, y adoptamos para nuestro estudio la más amplia y científica de creación del derecho dentro del sistema normativo. Las fuentes, como señala SANTAMARÍA PASTOR (*Fundamentos*, cit., p. 286), constituyen uno de los elementos más confusos y perturbadores de cuantos maneja la ciencia del derecho positivo; tanto es así, que la teoría general del derecho hace mucho tiempo que no acude a ese concepto por falta de claridad y multiplicidad de opciones: "El concepto de fuentes de producción es, en efecto, puro circunloquio, porque los hechos o actos de los que el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas no son otra cosa, dicho en romance palatino, que normas jurídicas. Tenía razón por ello KELSEN cuando concluía su crítica al concepto señalando que, en lugar de una expresión figurada y equívoca, debiera introducirse un término capaz de discernir de manera clara y directa el fenómeno que se tiene presente, esto es, el de norma jurídica". Aunque PAREJO ALFONSO aborda el problema del origen y producción del derecho desde la perspectiva de las fuentes, considera la postura sistemática como reciente y avanzada: "El ordenamiento se ofrece, así, como una unidad y una totalidad, un sistema general que conoce y admite en el interior subsistemas diferenciados" (*Manual*, cit., p. 105). En cuanto al concepto de fuentes del derecho cfr. LUIS DíEZ PICAZO y ANTONIO GUILLÓN. *Sistemas del derecho civil*, vol. I, 8.ª ed., Madrid, Tecnos, p. 95, donde se resaltan los diversos significados del concepto de fuentes del derecho: en primer lugar como "Origen de las normas jurídicas, esto es, su autor"; en segundo lugar, como "Inexistencia de legitimación o causa de legitimación del ordenamiento jurídico"; en tercer lugar, como "Medio de conocimiento del material normativo o como instrumento del cual nos podemos servir para conocer un determinado derecho positivo"; en igual sentido puede consultarse RICARDO RUIZ SERRAMALERA. *Derecho civil, Parte general*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, pp. 185 y ss.). Este autor encuentra cinco significados posibles del concepto de fuente del derecho: "Fundamento o razón suprema de lo jurídico, la base esencial y primera que justifica la norma"; "Manifestación de las fuerzas sociales u organizaciones que en cada momento tienen la potestad para crear normas"; "Origen y constitución de derechos subjetivos"; como fuente de publicidad de normas jurídicas; y, por último, "Poderes o fuerzas sociales que en determinado momento asumen la potestad de crear normas jurídicas con valor coercitivo y que se manifiestan al exterior según unos modos o tipos determinados. Representan el verdadero concepto técnico de las fuentes del derecho en cuanto que de ellas se deriva el alcance real de cada elemento jurídico". Desde el punto de vista del derecho administrativo, y como defensa de la vía de estudio del origen de las normas a través del concepto de fuentes, cfr. RAMÓN PARADA VÁZQUEZ. *Derecho administrativo*, cit., p. 39; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp. 62 y ss.; FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 171: "Entendemos por fuentes del derecho administrativo aquellas formas o actos a través de los cuales el derecho administrativo se manifiesta en su vigencia. Con esto queda limitada la referencia a los actos y hechos de producción normativa, es decir, aquellos que producen proposiciones que un determinado ordenamiento cualifica como normas jurídicas".
- 308 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993.
- 309 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *El Concepto de Convencionalidad, vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectora*. Universidad Externado de Colombia, 2017, p.
- 310 Adopción y construcción del precedente en el sistema interamericano. Sentencias CIDH fundamento de reglas y subreglas. Antecedentes: Velázquez Rodríguez (1988) (153); Godínez Cruz (1988) (133, 134, 160, 161); Fairen Garbí (1989) (130, 131, 133); Neira Alegria (1991) (77); Yenny Lacayo (1997) (77, 81, 95); Suárez Rosero (1997) (72, 98); Blake (1998) (62, 63, 97); Panel Blanca (1998) (133, 136); Castillo Petrucci (1999) (101, 108, 110, 111, 119, 121, 132, 133, 138, 139, 141, 146, 147, 152, 154, 155, 160, 161, 182, 186, 198, 207, 221); Cesti Hurtado (1999) (124); Niños de la Calle (1999) (74, 135, 145, 170, 176, 192, 193, 194, 195, 196, 222, 223, 248, 249, 250, 251); Durand y Ugarte (2000) (100, 108, 125, 126); Cantoral Benavides (2000) (73, 75, 86, 95, 97, 98, 99, 101, 102, 111, 112, 155, 156, 157, 189, 190); Bamaca Velázquez (2000) (122, 126, 153, 156, 162, 164, 172, 179, 180, 189, 207, 208, 209, 210, 223); Tribunal Constitucional (2001) (73, 74, 75, 84); Baena Ricardo (2001) (97, 98, 99, 106, 126, 127, 128, 129, 133, 134, 157, 158, 159, 162, 163, 166, 171); Última Tentación de Cristo (2001) (69, 88); Ivcher Bronstein (2001) (92, 103, 106, 107, 108, 127); Barrios Altos (2001) (41, 42, 43); Hilaire Constantine (2002) (103, 104, 105, 106, 108, 116, 166, 16); Cinco Pensionistas (2003) (115, 116, 117, 118); Juan Humberto Sánchez (2003) (84, 99, 110, 111, 112, 128, 133); Bulacio (2003) (96, 118, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 135, 136, 140); Myrna Mack Chang (2003) (157, 179); Maritza Urrutia (2003) (91, 92, 93, 94, 95); Molina Theissen (2004) (43); Herrera Ulloa (2004) (113, 114, 122, 125, 134, 170); 19 Comerciantes contra Colombia (2004) (120, 121, 149, 174); Hermanos Gómez Paquiyauri (2004) (83, 93, 112, 113, 114, 116, 117, 124, 131, 151, 152, 162, 166, 167, 170); Ricardo Canese (2004) (84, 85, 86, 89, 90, 102, 115, 116, 124, 148).
- 311 Adopción y construcción del precedente en el sistema interamericano. Opiniones Consultivas CIDH fundamento de reglas y subreglas. Antecedentes: OC-9 de 1987:

- (35, 40); OC-10 de 1989: (30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 41, 42); OC-14 de 1994: (35, 36, 45, 47, 52, 55, 56) aplicación del Tratado de Viena y Convención Americana; OC-17 de 2002: (21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 39, 40, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 65, 67, 69, 71, 72, 73, 74, 78, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 87 a 90) derechos de los menores.
- 312 VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 227.
- 313 Texto tomado de JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de Derechos Humanos: ideas fuerza rectoras*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- 314 ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA. “El derecho internacional como fuente del derecho administrativo: análisis comparativo entre los ordenamientos jurídicos colombiano y francés”, ponencia, 2000, p. 2.
- 315 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 50 a 55; cfr. también ROBERTO BLANCO VALDÉS. *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, 2006.
- 316 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma*, cit., pp. 39 a 59; LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Manual de derecho administrativo*, cit., pp. 106 a 109.
- 317 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Manual de derecho administrativo*, cit., pp. 109 a 113.
- 318 Corte Constitucional. Sentencia C-531 del 11 de noviembre de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. La supremacía en los anteriores términos ha sido abordada por nuestra Corte Constitucional. Al respecto, en una sentencia de mayo de 1992 la corporación indicó que “La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas y ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad [...] La Constitución, como *lex superior*, precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello ‘fuente de fuentes’, *norma normarum* [...] La Corte como guardiana de la integridad de la Constitución tiene la misión de confrontar las leyes con sus preceptos y excluir aquellos que los quebranten, lo que garantiza que la Carta siempre se mantenga como parámetro objetivo de la validez de las restantes normas del ordenamiento y que en todo momento pueda distinguirse lo que es obra del poder constituyente y lo que entra en el campo de los poderes constituidos”.
- 319 Corte Constitucional. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN: “[...] a. Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico, pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política. De ese tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz, plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores consagrados en el inciso 1.º del artículo 2.º de la Constitución con referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la propiedad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se requiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferiblemente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enumeración no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados para que dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación irradian todo el tramado institucional. Su condición de valores fundamentales otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador de manera prioritaria la tarea de establecer delimitación a dichos valores a través de las leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales solo tienen una eficacia interpretativa [...] Los valores son relativos a la hora de reclamar un problema de interpretación en la cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver aisladamente un asunto [...] b. Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica. Reconocidos en consecuencia, restringen el espacio de la interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional [...] La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y por lo tanto de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa o indirecta, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada a los principios constitucionales”.
- 320 Si bien es cierto que desde el punto de vista naturalístico el fenómeno que nos ocupa obtiene sus raíces en el nacimiento del Estado liberal clásico (esto es, de las relaciones de poder que históricamente vencen al Estado individualizado, y edifican el Estado institucionalizado sujeto a un orden constitucional y a unos propósitos de convivencia democrática; fenómeno que no fue cronológicamente simultáneo en los países occidentales), el concepto como tal, es decir, la expresión “Estado de derecho”, corresponde a la identificación que de estos fenómenos realizó la doctrina alemana. Pensadores como KANT, FICHTE, HUMBOLDT, MOHL y algunos otros formularon la idea de Estado de derecho en su expresión material para identificar el surgimiento del nuevo orden (*Rechtsstaat*). La fórmula de Estado de derecho se elevó a categoría constitucional en los artículos 20 y 28 de la Ley fundamental de Bonn de 1948; posteriormente la Constitución española de 1978 la retomó en su artículo 1.º y la Constitución colombiana de 1991 la adoptó en su artículo 1.º combinada con algunos otros supraprincipios.
- 321 MANUEL GARCÍA-PELAYO. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 157 a 162.
- 322 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 102 y ss.: “... lo cual es cierto, pero también lo es que, por mucho que la Constitución enfatice el principio de legalidad y la ley, la definición global del Estado que formula en su inicial y decisivo artículo 1.1 es la de ‘Estado de derecho’ y no Estado legal (como también el preámbulo: el ‘imperio de la ley’ es un instrumento para ‘consolidar un Estado de derecho’). El término derecho resplandece aquí en todo su significado material y con el alcance constitucional más general y extenso. El verdadero fin de toda la construcción constitucional es así implantar el derecho [...] La idea de un Estado de derecho excede con mucho de esa técnica de gobierno puramente formal [...] Esa estructura puramente formal, si se limitase a remitir a las leyes, sean cualesquiera sus respectivos contenidos, la ordenación de la sociedad, no cubriría las explícitas exigencias constitucionales, que imponen un definido sistema material de valores. A este cambio de perspectiva es a lo que la doctrina alemana ha llamado expresivamente el paso de un Estado formal de derecho a un Estado material de derecho, o del derecho en su sentido material y no formal”.
- 323 MARGARITA BALADÍES ROJO. “La vinculación de la administración al derecho”, RAP, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000, pp. 315 y ss.
- 324 LUCIANO PAREJO ALFONSO, ANTONIO JIMÉNEZ BLANCO y LUIS IGNACIO ORTEGA ÁLVAREZ. *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 304: “En su acepción más general y amplia, el interés general se confunde con el fin mismo del Estado [...] En un sentido más estricto de interés general [...] la noción de interés general se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos, es decir, a las organizaciones estatales [...] en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes [...] a la esfera propia de los sujetos privados”.
- 325 LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. “La efectiva aplicabilidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el sistema jurídico español”, RAP, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000. La interacción de los ordenamientos jurídicos, en especial los internos de los Estados con los propios de la humanidad, como la

- Declaración Universal de Derechos Humanos, implica sencillamente que estos últimos orienten la interpretación y aplicación de esos derechos a nivel interno de cada Estado.
- 326 MANUEL GARCÍA-PELAYO. *Derecho constitucional comparado*, cit., pp. 169 y 170.
- 327 ALEXIS DE TOCQUEVILLE. *El Antiguo Régimen y la Revolución*, cit.
- 328 ÁNGEL SÁNCHEZ BLANCO. “La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de derecho”, RAP, n.º 119, mayo-agosto de 1989, p. 133.
- 329 NICOLA ABBAGNANO. *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 917. En cuanto al pluralismo señala: “A partir de Wolf, este término se ha opuesto a egoísmo como el modo de pensar por el cual no se abraza a todo el mundo con el propio yo sino que nos consideramos o comportamos solo como ciudadanos del mundo”; y en cuanto a la tolerancia: “... la norma o el principio de la libertad religiosa, a veces se ha considerado poco adecuado para designar este principio un término que significa ‘soportar’, pero en realidad la palabra ha sido el emblema de la libertad desde las primeras luchas que emprendió y a través de las cuales se ha venido afirmando en formas aún débiles e incompletas” (pp. 1141 y 1142).
- 330 Según señala PAREJO ALFONSO en las diferentes obras donde se refiere a esta materia, la idea del “Estado social” surge y se afianza a lo largo del siglo XIX en la corriente de los pensadores socialistas democráticos europeos (no marxistas), por ejemplo la de HERMANN HELLER (1891-1933), quien formuló su tesis por primera vez en 1930 en el trabajo titulado “¿Estado de derecho o dictadura?”, en el que planteó la necesidad para el Estado liberal de asumir un papel central y principalísimo en la atención a los conflictos sociales, so pena de generar la ruptura total del sistema y la caída en manos de las dictaduras despóticas. Predicó la necesidad de que el Estado liberal de derecho se transformara en un verdadero Estado social de derecho, que procurara la consolidación de la igualdad en un sentido verdaderamente material que abarcara la totalidad de la “cuestión social”, y no se agotara en una simple igualdad formal. La igualdad material implica reconocer derechos y adoptar decisiones con incidencia directa en la vida social de los ciudadanos. El pensamiento de HERMANN HELLER dio lugar a que en la Carta Fundamental de Bonn de 1949, por petición de CARL SCHMITT, se incluyera la cláusula del Estado social de derecho.
- 331 La consagración definitiva del principio se dio en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en sus artículos 20 numeral 1 y 28 numeral 1, que respectivamente disponen: “la República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social [...] El orden constitucional en los *Länder* debe responder a los principios de Estado republicano, democrático y social, en el sentido de esta Constitución”. En el caso español, los constituyentes de 1978, inspirados indudablemente en la ley fundamental alemana, incorporaron en el artículo 1.º (num. 1) de su Constitución, la fórmula en los siguientes términos: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho”. La Constitución colombiana de 1991, siguiendo las estructuras constitucionales anteriormente señaladas, adoptó la fórmula en su artículo 1.º en estos términos: “Colombia es un Estado social de derecho...”.
- 332 CARL SCHMITT. *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 136. El concepto de Estado social de derecho implica romper las fronteras entre Estado y sociedad, trasladando al primero un papel protagónico en la “autoorganización” de esta última: “El Estado y la sociedad deben ser fundamentalmente idénticos. Con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre los problemas político-estatales y apolítico-sociales. Todas las antítesis que resultan de la premisa del Estado neutro, como una consecuencia inmediata de la distinción entre Estado y sociedad, y que solo son casos concretos y manifestaciones metafóricas de esta distinción, cesan por completo”. En ese sentido, para este pensador los problemas económico, cultural, de previsión, de la sociedad lo son también del Estado, que debe por lo tanto generar y facilitar soluciones efectivas a los mismos, por cuanto le pertenecen.
- 333 LUCIANO PAREJO ALFONSO. “El Estado social administrativo. Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, RAP, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000, p. 220.
- 334 Corte Constitucional. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.
- 335 NICOLA ABBAGNANO. *Diccionario de Filosofía*, cit., p. 1904.
- 336 Corte Constitucional. Sentencia T-533 del 23 septiembre de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- 337 Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 2005, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- 338 GEORGES BURDEAU. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Editora Nacional, Cultura y Sociedad Torregalinda, 1981, p. 73.
- 339 CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA. *Constituciones de la primera República liberal*, cit., t. I, p. 30. Al referirse al conflicto natural y dialéctico en torno al unitarismo centralizante clásico, RESTREPO PIEDRAHITA sostiene que la esencia de esa lucha surge de la necesidad de enervar la persistente asfixia a la iniciativa individual y colectiva que implicaba esa forma de repartición del poder. Mientras que, por el contrario, la descentralización y su forma extrema, el federalismo, significaron liberar, expandir y vivificar las energías creadoras, estimulando el espíritu público, afianzando la solidaridad del grupo social, fortaleciendo el derecho y el goce de la libertad, y con ello robusteciendo la resistencia a la opresión.
- 340 Respecto de la descentralización cfr. la compilación de estudios que realizó la Secretaría de Gobernación de México. *Desconcentración administrativa*, México, 1976; JEANNE SIWEK-POUYDESSEAU. “Antecedentes de la desconcentración administrativa en Francia”, en *ibid.*: la desconcentración, sostiene esta autora, “Es un sistema en que todas las decisiones importantes son de la competencia de los órganos centrales, pero existen agentes locales que son nombrados por el gobierno central y que poseen cierta capacidad de decisión por delegación” (p. 18); FRANÇOISE BILLAUDOT. “Los objetivos de la reforma administrativa local en Francia”, en *ibid.*, indica que, “no es más que un atenuante de la centralización administrativa; esta consiste en dotar localmente a agentes del Estado o a agentes del poder local de una parte del poder de decisión del gobierno central. Estos agentes continúan subordinados al poder jerárquico de la administración central” (p. 43); en el caso francés la centralización y su atenuante tienen raigambre histórica. Tanto la monarquía instauradora como los regímenes posteriores justificaron ese tipo de estructura estatal: “El poder real en ascenso fue autoritario para asegurar una cohesión continuamente amenazada. Aún con la Revolución Francesa de 1789, se abolieron las libertades locales en nombre de la democracia y se desembocó en un régimen administrativo fuertemente centralizado. Ese régimen tan marcado se afirmó en el sentido de la centralización en la época de Napoleón”.
- 341 JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, cit., p. 339.
- 342 DIOGO LORDELLO DE MELLO. “Governo local (local government)”, en *Dicionário de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, 1986, p. 524: “La noción de gobierno local implica necesariamente un cierto grado de autonomía. En cierta medida, de arbitrio de la respectiva comunidad para decidir sobre asuntos de su interés”. BILLADOUT. *Ob. cit.*, p. 44 reacciona contra la posibilidad de la descentralización de los entes locales. La descentralización tiene sus peligros: “... primero, el aumento de los particularismos locales y las presiones políticas locales que pueden desintegrar la unidad nacional [...] Otro peligro [...] sería la actitud política de las diferentes autoridades electas, constituyéndose en factores de desigualdad ante la colectividad local, según se trate de personas competentes, incompetentes, negligentes o que abusen del poder otorgado”.

- 343 LUCIANO PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ-BLANCO y LUIS IGNACIO ORTEGA ÁLVAREZ. *Manual de derecho administrativo*, t. I, cit., p. 165.
- 344 SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 90 y ss.; cfr. ALBERTO MONTAÑA PLATA. “El concepto de administración pública en el derecho comunitario europeo”, *Revista de Derecho del Estado* n.º 8, junio de 2000, p. 57.
- 345 RAMÓN MARTÍN-MATEO. “La ignorancia de las leyes. Las actuales circunstancias”, *RAP*, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000. Como cualquier norma, la ley se debe obedecer necesariamente para la coexistencia del grupo: “Las leyes, como cualquier otra norma, emanen del cabecilla de una banda de forajidos o de los siete sabios de Grecia, deben cumplirse por sus destinatarios siempre que se promulguen mediante trámites formales que hagan posible materialmente su conocimiento”. Agrega MARTÍN-MATEO que el postulado del cumplimiento de la ley se debe acompañar del de su conocimiento, presunción que a partir de los procesos de codificación se ha consolidado como de derecho, vinculante, obligatoria y que no exime de responsabilidad a quienes la invoquen como justificativa de la inaplicación de la ley. Sin embargo en las actuales circunstancias, donde el crecimiento de la producción legislativa es desproporcionado en relación con la capacidad humana para su entendimiento y conocimiento, tal presunción parece no justificarse. Una concepción “lógico-jurídica” sugiere que la presunción debe ser mantenida en cuanto que “el obligado conocimiento de las leyes se debe, sin duda, a que este requisito es un presupuesto más de lógica immanente que de derecho positivo”. Si cada sujeto escoge las leyes a su libre albedrío, estas dejan de ser imperativas y la convivencia de la comunidad queda en evidente peligro.
- 346 Corte Constitucional. Sentencia C-527 del 18 de noviembre de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- 347 Corte Constitucional. Sentencia C-270 del 13 de julio de 1993, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- 348 Corte Constitucional. Sentencia C-542 del 24 de noviembre de 1993, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA: “Las leyes de iniciativa popular no tienen una jerarquía superior a la de aquellas que ordinariamente aprueba el Congreso. Y no la tienen, porque no la consagra la Constitución. Por lo mismo, el examen de constitucionalidad, que es función propia e irrenunciable de la Corte Constitucional, se hace en relación con ellas en igual forma que con todas las demás leyes”.
- 349 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 4 de febrero de 1993.
- 350 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-337 del 19 de agosto de 1993, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.
- 351 Corte Constitucional. Sentencia C-013 del 21 de enero de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- 352 Corte Constitucional. Sentencia C-633 del 21 de noviembre de 1996, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO; cfr. al respecto Sentencia C-251 del 26 de mayo de 1998, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO: “Para definir si un cierto contenido normativo debe ser vaciado en ley estatutaria es necesario establecer si mediante él se regula total o parcialmente una de las materias enunciadas en el artículo 152 de la Constitución. No es suficiente, para hacer exigible esta modalidad de legislación, que el precepto en cuestión haga referencia a uno de tales asuntos ni que guarde con esos temas relación indirecta. Se necesita que mediante él se establezcan las reglas aplicables, creando, así sea en parte, la estructura normativa básica sobre derechos y deberes fundamentales de las personas, los recursos para su protección, la administración de justicia, la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición, las funciones electorales, las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción. La reserva de ley estatutaria para leyes que regulan derechos fundamentales se justifica en el propósito constitucional de su protección y defensa; busca garantizarlos en mayor medida; no se trata de elevar a rango estatutario toda referencia a tales derechos, y menos de afectar, para hacer rígida o inmodificable, la normatividad referente a otras materias que, por motivos no relacionados con su núcleo esencial, aluda a ellos”.
- 353 Corte Constitucional. Sentencia C-510 del 3 de septiembre de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- 354 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de agosto de 1983.
- 355 Corte Constitucional. Sentencia C-510 del 3 de septiembre de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- 356 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., p. 690.
- 357 *Ibid.*, pp. 698 y 699.
- 358 Cfr., de este autor, el interesante artículo “La potestad reglamentaria”, en AA.VV. *El derecho administrativo en Latinoamérica*, t. II, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1986, donde se señala la evolución jurisprudencial de esa institución hasta los cambios producidos en 1986.
- 359 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 20 de mayo de 1994: “... tras la vigencia de la Constitución de 1991 ya no es posible afirmar, al menos tan categóricamente como antes, que el poder reglamentario, tanto el ordinario como el ampliado vinculado a las leyes marco, pertenece con exclusividad al Presidente de la República”.
- 360 Corte Constitucional. Sentencia C-066 del 10 de febrero de 1999, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ y ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
- 361 Consejo de Estado. Sentencia del 20 de mayo de 1994, cit.
- 362 Corte Constitucional. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- 363 En cuanto al origen de los principios generales del derecho y las dificultades doctrinales para su reconocimiento y aplicación cfr. FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO. “La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”, *RAP*, n.º 7 enero-abril de 1952.
- 364 JESÚS LEGUINA VILLA. “Principios generales del derecho y constitución”, *RAP*, n.º 114, septiembre-diciembre de 1987, p. 7.
- 365 Corte Constitucional. Sentencia C-083 del 1.º de marzo de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ: “El test final y definitivo que permite establecer si una ‘regla general de derecho’ (denominada a veces ‘principio’) es o no parte del sistema positivo consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos, si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento”.
- 366 Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales*, cit., pp. 17 a 69.
- 367 La Ley 153 de 1887, en su artículo 8.º, incorpora como criterio de interpretación, esto es, coadyuvante del proceso integrador de la normatividad nacional, el de las reglas generales

del derecho. Concepto legislativo que, no obstante lo antiguo de su redacción y terminología, permite vislumbrar el alcance que los fundamentos generales del derecho le pueden brindar a la normatividad administrativa.

- 368 A través de la Sentencia del 6 agosto de 1992 la Corte Constitucional le reconoció efectos jurídicos al preámbulo de la Carta, e insistió en que las normas constitucionales, que son el fundamento de la administración pública y del derecho administrativo, no se encuentran todas en el simple texto fundamental. El contexto constitucional hay que entenderlo, por lo tanto, con todos aquellos principios y valores que han servido para su inspiración. Bajo esa perspectiva, al momento de analizar el subsistema del derecho administrativo colombiano, resultan básicos los principios generales del derecho.
- 369 GUSTAV RADBRUCH. “El espíritu del derecho inglés”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, p. 37 ss.; cfr., igualmente, SIMON WHITTAKER. “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.º 1, 2008 (cfr. el texto original en SIMON WHITTAKER. “Precedent in the English Law: A view from the Citadel”, *European Review of Private Law*, n.º 5, 2006, pp. 705-745); VICTORIA ITURRALDE SESMA. *El precedente en el Common Law*, Madrid, Gipuzkoako Foru Aldundia Diputación Foral de Gipuzkoa, Civitas, 1995; cfr. HENRY WILLIAM RAWSON WADE. *Derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- 370 RENÉ DAVID. *O direito inglês*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. vi: “El derecho inglés es el derecho aplicado en Inglaterra y el país de Gales. No es el derecho de los países de lengua inglesa o del commonwealth, ni del Reino Unido o de la Gran Bretaña. Los derechos del commonwealth son, en algunos casos, próximos al derecho inglés sin embargo, pueden diferir sustancialmente de él. El derecho de Irlanda del Norte y de la isla de Man, son bastante próximos al derecho inglés, sin embargo, el de Escocia es muy diferente, como también el de las islas anglo-normandas”. De todas maneras, como lo señala RENÉ DAVID, en Inglaterra también se ejercen funciones públicas y existen servidores administrativos, sujetos al control de autoridades jurisdiccionales, conforme a sus propios principios y respetando el principio de legalidad: “En Inglaterra, como en Francia, reina al fin de cuentas la misma creencia de que la administración debe actuar siempre de acuerdo con el derecho”.
- 371 *Ibid.*, p. 90; cfr. SABINO CASSESE. “La costituzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito”, en *Diritto amministrativo*, t. I, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 1-88.
- 372 Esta circunstancia fue resaltada por la doctrina clásica individualista inglesa, encabezada por ALBERT VENN DICEY, en sus trabajos sobre la constitución inglesa (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cuya primera edición corresponde a 1885 y la última a 1915), al sostener que en Inglaterra históricamente no había existido un régimen jurídico especial para la administración a la usanza francesa, encontrándose en consecuencia su Administración Pública sujeta al derecho común y a la justicia ordinaria. Los postulados de esta corriente doctrinaria clásica provienen en buena parte del particular entendimiento de DICEY de la Inglaterra victoriana del siglo XVIII, heredera de las viejas instituciones de aquella nación y, básicamente, de su preocupación por comparar su realidad institucional con la de la Francia posrevolucionaria, en la cual se había desarrollado el concepto de dualidad de jurisdicción y de régimen jurídico propio para las entidades públicas administrativas diferentes del derecho privado, y totalmente divorciado para efecto de control de la justicia ordinaria. En sus conclusiones, la concepción clásica del sistema anglosajón reafirma la inexistencia de un derecho administrativo en Inglaterra. Se sostiene que el sistema de derecho público inglés se caracteriza por estar sujeto a un principio de legalidad fundamentado en la supremacía y dominio de la ley común, al que se denomina sistema *rule of law*, que, en opinión de DICEY es mucho más democrático y garantista que el derecho administrativo desarrollado por los franceses. En ese sentido, para los clásicos anglosajones el *rule of law* resulta desde todo punto de vista superior al derecho administrativo francés, en cuanto que este es por esencia autoritario y despótico. Fundamenta esos calificativos desautorizadores del sistema continental en una especial caracterización del sistema inglés, según la cual no existen privilegios para la administración; se carece por completo de tribunales especializados para juzgar las entidades públicas. Con el fin de evitar la arbitrariedad los únicos tribunales competentes para ocuparse de los litigios de la administración son los ordinarios (*from bureaucracy to autocracy, to dictatorship is a simple transition*). Por último, cabe señalar la ausencia de un sistema de protección especial para los funcionarios en el desempeño de sus cargos: el ciudadano podía acusar libremente a un servidor público ante los jueces civiles o penales. Esa concepción de la *rule of law* fue diseñada por el pensamiento jurídico inglés, en especial por DICEY a partir de sus observaciones acerca del régimen jurídico inglés del siglo XVIII, en el cual el escaso desarrollo de la administración pública hacía que se pudiese generalizar el concepto de *rule of law* y encontrar diferencias abismales con el régimen continental. Situación que, como veremos más adelante, cambió a partir del surgimiento del Estado interventor y procurador de servicios del siglo XX. Según las conclusiones de esa escuela, el sometimiento de la administración al derecho implicaba la existencia de un solo régimen sometedor y unos pocos tribunales, los ordinarios. La administración y sus agentes no podían, en esa concepción clásica, regirse por un derecho propio, pues estaban siempre sujetos al imperio de la ley general y a la jurisdicción común de todos los sujetos del ordenamiento. Al interior de esa doctrina el sistema continental es visto como “un residuo regresivo” del antiguo régimen. Una verdadera negación del Estado de derecho en cuanto significaba, según DICEY, una clara intromisión del absolutismo de la administración que se tornaba en depositaria de poderes excepcionales o privilegios exorbitantes que la situaban en un plano de superioridad frente a los asociados.
- 373 JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ. *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, Universidad de Madrid, 1968, pp. 224-232, justificando las razones de las profundas divergencias entre el sistema continental y el anglosajón, sostiene: “Nos estamos refiriendo a otra mentalidad administrativa distinta. Estamos ante una construcción jurídica y política, no solo del derecho administrativo, sino de todo el derecho, completamente diversa a la del derecho continental”.
- 374 JEAN RIVERO. *Curso de direito administrativo comparado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. La doctrina francesa reaccionó abiertamente contra los anteriores postulados, que en opinión de DICEY hacían de la *rule of law* un sistema superior y mucho más garantista que el francés. JEAN RIVERO, en sus estudios de derecho comparado, sostiene que las premisas expuestas por la concepción clásica inglesa de la unidad de derecho y jurisdicción resultan ser argumentos supremamente débiles, si se tiene en cuenta que la realidad jurídica inglesa de la época de DICEY comenzaba a mostrar cosas distintas a las presentadas por este autor. Por lo menos, frente al tema de la aplicación de un derecho común a la administración, RIVERO demuestra que por la época en que DICEY elaboró su obra el más importante de los sujetos justiciables dentro de un Estado de derecho, como lo es el mismo Estado (la Corona), se encontraba protegido por especiales excepciones provenientes de la ley.
- 375 RENÉ DAVID. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, pp. 283 ss.
- 376 VICTORIA ITURRALDE SESMA. *El precedente en el Common Law*, cit., p. 31.
- 377 SIMON WHITTAKER. “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, cit., pp. 37, y 49.
- 378 *Ibid.*, p. 50.
- 379 *Ídem.*
- 380 SIMON WHITTAKER. “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, cit., pp. 50 y 51: “... Sin embargo el aspecto crucial de la definición arriba enunciado es que la *ratio* de un caso vincula las proposiciones de Derecho discutidas en una o más sentencias con los hechos y las reclamaciones de las partes...”.

- 381 VICTORIA ITURRALDE SESMA. *El precedente en el Common Law*, cit., pp. 33-39.
- 382 SIMÓN WHITTAKER. “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, cit., pp. 49, 50 y 52.
- 383 Corte Constitucional. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001.
- 384 Referente básico en relación con esta importante creación jurisprudencial lo constituye una aclaración de voto de la Corte Constitucional. Sentencia C-194 del 4 de mayo de 1995, en la que se consideró que “si bien en Colombia no existe una rígida regla de *stare decisis*, tal y como opera en los países del *Common Law*, debemos aceptar que en principio todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus precedentes. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica –pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles– sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. En el caso de la Corte Constitucional, este principio de respeto al precedente opera con mayor vigor, por la particular fuerza normativa de las decisiones de ese tribunal en materia de control abstracto, puesto que ellas obligan a todos los poderes, pues sus fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Además, como las normas constitucionales tienen mayor trascendencia –por ser la base de todo el ordenamiento– y vocación de permanencia, la exigencia de seguridad jurídica en las interpretaciones constitucionales es aún mayor”. Así mismo, es referente la Sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001, providencia en la cual la Corte se pronunció en relación con la constitucionalidad del artículo 4.º de la Ley 169 de 1886 e incorporó el concepto de doctrina probable en materia judicial, que materialmente corresponde a los contenidos propios de la teoría del precedente judicial.
- 385 De manera extensa el tema es desarrollado en el derecho colombiano por el profesor DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA. *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Universidad de los Andes y Legis, 2009; cfr. ÍD. *El Derecho de los Jueces en América Latina*, Programa de USAID para el fortalecimiento de la justicia laboral para CAFTA-DR, 2010 (por publicar).
- 386 Corte Constitucional. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001: “... La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley...”
- 387 Corte Constitucional. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001: “... En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme. En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción...”
- 388 Corte Constitucional. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001: “La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley...”
- 389 Corte Constitucional. Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006: “[...] 26. En este sentido, y dada su importancia, surge, sin embargo, la siguiente inquietud a la hora de determinar un precedente: ¿debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio? La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (*v.gr.* la *ratio* es diferente al *obiter dicta*). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la *ratio decidendi* de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea, cuál es el contenido específico de la *ratio*. En otras palabras, si aplica tal *ratio decidendi* para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no: (i) En la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) La *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, y (iii) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente” Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya *ratio* conduce a una regla –prohibición, orden o autorización– determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”.
- 390 DIEGO LÓPEZ MEDINA. *El Derecho de los Jueces*, cit., pp. 73 y ss.
- 391 Corte Constitucional. Auto 138 del 28 de mayo de 2008.
- 392 Corte Constitucional. Sentencia T-014 del 22 de enero de 2009: “... al emitir sus providencias, los jueces deben tomar en cuenta los precedentes existentes en relación con el tema, que pudieren resultar aplicables, especialmente aquellos que han sido trazados por las altas corporaciones judiciales que, en relación con los distintos temas, tienen la misión de procurar la unificación de la jurisprudencia. Hacer caso omiso de esta consideración puede implicar entonces la afectación de derechos fundamentales de las personas que de buena fe confiaban en la aplicación de los precedentes conocidos, entre ellos el derecho de acceder a la administración de justicia y el derecho a la igualdad, los cuales serían protegibles mediante la acción de tutela”.
- 393 Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 2006: “... un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica

aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente, y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-766 del 31 de julio de 2008.

394 Corte Constitucional. Auto 209 del 27 de mayo de 2009.

395 Corte Constitucional. Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006.

396 *Ibíd.* El precedente judicial tiene “... como propósito principal, orientar el ordenamiento jurídico hacia los principios y valores constitucionales superiores. No reconocer entonces el alcance de los fallos constitucionales vinculantes, sea por desconocimiento, descuido, u omisión, genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica...”.

397 CARLOS BERNAL PULIDO. *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, pp. 180 y ss.

398 DIEGO LÓPEZ MEDINA. *El Derecho de los Jueces*, cit., pp. 193 y ss. Corte Constitucional. Sentencia T-086 del 8 de febrero de 2007. La Corte Constitucional distingue entre los argumentos en los que se sustenta la fuerza vinculante y la pertinencia del precedente. En cuanto a los primeros señala la “... fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 13 CP), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (art. 84 CP), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad, y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”. En tanto que la pertinencia del precedente “... se predica de una sentencia previa, cuando: (i) la *ratio decidendi* de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”.

399 Corte Constitucional. Sentencia SU-047 del 29 de enero 1999. En este aspecto es importante destacar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional diferencia claramente entre los diversos componentes de las providencias judiciales: (i) *decisum* o parte resolutive de la sentencia dentro de la cual se ubica la *ratio decidendi* o razón de la decisión, esto es, “... la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica [...] El fundamento normativo directo de la parte resolutive”, y (ii) los *obiter dicta* o dichos pasajeros, es decir, “... toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”. La parte resolutive o *decisum* hace tránsito a cosa juzgada, con efecto *erga omnes*, en los juicios de constitucionalidad; la *ratio decidendi* tiene efectos vinculantes por constituir la cosa juzgada implícita, y los *obiter dicta* solo tienen fuerza persuasiva pero no obligatoria. Postura recogida en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de febrero de 2002, exp. PI-163.

400 Corte Constitucional. Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006. “Conforme a este análisis general, quien deba aplicar una sentencia tiene la posibilidad de establecer de manera directa, *prima facie*, lo que se considera como *ratio decidendi*. Sin embargo, esa determinación no puede ser caprichosa en el sentido de sobreestimar los aportes de una sentencia que le parezcan más llamativos, subestiman los que realmente fueron determinantes, ni desconocer la reiterada jurisprudencia sobre un punto, para sobrevalorar una sentencia poco significativa. Al respecto esta Corporación ha señalado que para establecer la *ratio decidendi* de una providencia, en principio, deben tenerse en cuenta las sentencias posteriores (Sentencia SU-058 de 2003) –esto es las ‘posteriores’ a la cuestión constitucional inicialmente tratada, pero anteriores al caso que se habrá de decidir–, sobre el mismo asunto, proferidas por la Corte. De hecho, esta Corporación ha indicado que la *ratio decidendi* sobre un tema jurídico puede consolidarse ‘en una oportunidad posterior’ (Sentencias SU-047 de 1999 y SU-1300 de 2001), esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, si bien la *ratio* de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha *ratio*; de manera tal que le permiten al juez o a quien habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada”.

401 VICTORIA ITURRALDE SESMA. *El precedente en el Common Law*, cit., pp. 83 y ss. Se incorpora en ese trabajo una serie de reglas metodológicas para efectos de la identificación de la *ratio decidendi*.

402 Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 2016.

403 ADOLF MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, cit., pp. 144-145. En su momento ADOLF MERKL señaló: “Mientras que en los ordenamientos jurídicos que reconocen la fuerza obligatoria de los precedentes y, sea cualquiera la forma de este reconocimiento, la decisión anterior del caso constituye una máxima obligatoria para la solución autoritaria de casos iguales, la fuente jurídica que designamos como uso administrativo presupone una práctica anterior constante. No es posible transferir la obligatoriedad jurídica de las prácticas de las autoridades, reconocida en los ordenamientos jurídicos que admiten los precedentes, a ordenamientos jurídicos que no los admiten o que los rechazan expresamente, valiéndose de la forma modificada –que la ciencia jurídica eleva a la categoría de fuente– de prácticas de las autoridades. Usos judiciales y administrativos significan, en sí mismos, sin que sean reconocidos por una forma jurídica superior, solamente una coacción psíquica que actúa como fuerza motivadora, junto a otros ‘factores’, en el procedimiento judicial y administrativo”.

404 Cfr. JOSÉ ORTIZ DÍAZ. “El precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 24, 1957, pp. 75-115. De acuerdo con ORTIZ DÍAZ, el “... ‘precedente’ administrativo opera en el ejercicio de la potestad discrecional y se basa, a nuestro juicio, en el principio de igualdad de los administrados ante la Administración, en la necesidad de que ésta trate igualmente a los que se encuentran en la misma situación. Mas la concreción del principio de igualdad no supone siempre la figura del ‘precedente’. Este actúa en la aplicación del principio de igualdad en el tiempo. Cuando la Administración aplica o desarrolla el principio de igualdad simultáneamente o al mismo tiempo, sin relación a situaciones pasadas o anteriores, no aparece el precedente”. LUIS M. DÍEZ PICAZO. “La doctrina del precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 98, 1982, pp. 7-46. En este trabajo DÍEZ PICAZO señala que VILLAR PALASÍ entendió como precedente “el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar”, a lo que añade ORTIZ DÍAZ que “para que el precedente goce de relevancia jurídica, debe tener una cierta, aunque no siempre bien delimitada, fuerza vinculante. El precedente administrativo es, por tanto, aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares”.

405 SILVIA DÍEZ SASTRE. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 21.

406 ADOLF MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, cit., p. 145. En su momento MERKL advertía: “Supongamos que la práctica administrativa, en una serie ininterrumpida de casos, ha hecho uso, en una dirección determinada, de su poder discrecional, de forma que podemos hablar de la existencia de un uso administrativo. Nada se opone en derecho a que la autoridad administrativa, en virtud de su poder discrecional, lo utilice en un sentido que se desvía del habitual hasta el momento. No es posible, suponiendo que el órgano administrativo se haya movido dentro del campo discrecional, condenar el uso nuevo de este poder como abuso de poder. ¿Se puede admitir que las prácticas de las autoridades posean la capacidad de limitar o de excluir el poder discrecional a partir de un caso

determinado? ¿Y desde cuándo? Si es ya problemático que un uso judicial o administrativo conforme a derecho pueda crear derecho de tal clase que, entre varias posibilidades de aplicación del derecho, no se reconozca más que una sola, todavía es mucho más difícil reconocer la fuerza creadora de un uso hasta ahora contrario a derecho. ¿Cómo es posible que si la autoridad se ha conducido en noventa y nueve casos en forma antijurídica, el caso cien adquiera patente limpia? Pues la teoría jurídica que otorga a las prácticas de las autoridades fuerza derogatoria de la ley nos obliga a creer todo esto”.

- 407 SILVIA DÍEZ SASTRE. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, cit., p. 22.
- 408 De acuerdo con MERKL, la “... aplicación única o general de la concepción jurídica comprendida en una decisión única anterior, o también en una práctica corriente de las autoridades, requiere la delegación jurídica por parte de una fuente jurídica enraizada en la Constitución, para que de este modo esa manifestación que pretende alcanzar fuerza obligatoria se halle conectada con la Constitución y formando parte, por lo tanto, del total ordenamiento jurídico”. ADOLF MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, cit., p. 146.
- 409 SILVIA DÍEZ SASTRE. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, cit., p. 23.
- 410 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho Administrativo*, Madrid, Ariel Derecho, 2003, p. 351.
- 411 ALEJANDRO HUERGO LORA. “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 137, mayo-agosto de 1995, p. 193: “... la llamada doctrina del precedente administrativo consiste en que, cuando ante una Administración se reproduce un caso sustancialmente idéntico a otro anterior, debe resolverlo del mismo modo, salvo que la resolución del caso anterior haya sido ilegal, o salvo que un motivo de interés público justifique un cambio de criterio”.
- 412 ADOLF MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, cit., p. 146: “Puede llegar a adquirir fuerza obligatoria, aún en el mismo Estado ‘legalista’, por ejemplo, el precedente, debido a que la ley puede disponer que algunas autoridades tendrán que apoyar sus actos en la concepción jurídica, que se revelan en actos de otras autoridades sobre casos idénticos”.
- 413 JOSÉ ORTIZ DÍAZ. “El precedente administrativo”, cit., pp. 99 y ss.
- 414 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 351; LUIS M. DÍEZ PICAZO. “La doctrina del precedente administrativo”, cit., p. 13: “Con sus actuaciones precedentes, la Administración crea una apariencia jurídica y suscita una confianza en los administrados que no puede violar impunemente”.
- 415 Cfr. España. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia del 20 de febrero de 1991. Ar. 1053.
- 416 SILVIA DÍEZ SASTRE. *El precedente administrativa. Fundamentos y eficacia vinculante*, cit., pp. 24 y 25.
- 417 LUIS M. DÍEZ PICAZO. “La doctrina del precedente administrativo”, cit., trabajo en el que se retoman las elaboraciones del profesor JOSÉ ORTIZ DÍAZ. “El precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 24, 1957.
- 418 E. SCHMIDT-ASSMANN. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, citado en SILVIA DÍEZ SASTRE. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, cit., p. 27. Precisamente, el autorizado autor alemán resalta que debe criticarse “la excesiva tendencia a analizar la actividad administrativa desde una perspectiva de control, que toma como referencia exclusivamente la actividad de los tribunales y olvida la perspectiva de la actuación de la Administración”.
- 419 SILVIA DÍEZ SASTRE. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, cit., p. 43.
- 420 Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011.
- 421 *Ibíd.* Sentencia C-588 de 2012.
- 422 *Ibíd.* Sentencia C-816 de 2011.
- 423 *Ibíd.* Sentencia C-588 de 2012.
- 424 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo, 170, 341 (2012).
- 425 *Ibíd.* Casos Fernández Ortega, 174; Rosendo Cantú, 163; Cabrera García y Montiel Flores contra México, n.º 225: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, voto razonado del Juez EDUARDO FERRER MAC-GREGOR: n.º 79 “... la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere ‘eficacia directa’ en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como ‘parte material’. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce ‘efectos expansivos’ de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia...”.
- 426 Corte Constitucional. Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.
- 427 *Ibíd.* Sentencia T-340 del 1.º de agosto de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

* Capítulo revisado por la profesora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.

- 428 FELICE BATTAGLIA, *Estudios de teoría del Estado. El dogma de la personalidad jurídica del Estado*, Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966, pp. 71 a 124; ALBERTO MASSERA. *Contributo allo Studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1986; ERNST FORSTHOFF. *Tratado de derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 616 y ss.; ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN. *El derecho y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 1986, pp. 79 y ss.; PASCUAL FIORE. “La personalidad jurídica de los entes morales y del Estado, en el interior y en el extranjero”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1895, pp. 16 y ss.; JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*,

- cit.; ALFREDO GALLEGU ANABITARTE. *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid, Tecnos, 1992; ALEKSEY HERRERA ROBLES. “La personalidad jurídica del Estado”, *Revista de Derecho*, n.º 14, Barranquilla, Universidad del Norte, 2000. FRANCESCO GALGANO. “El concepto de persona jurídica”, *Revista del Estado*, n.º 16, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004; MARÍA JOSÉ TRILLO-FIGUEROA MOLINUELO. “La influencia del derecho canónico en la configuración del concepto de persona jurídica”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 21, 2009; ANTONIO MOLES CAUBET. “La personalidad jurídica del Estado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 81, Universidad Central de Venezuela; LUIS LÓPEZ GUERRA. “Sobre la personalidad jurídica del Estado”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, n.º 6, 1980; ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE. “Reflexiones sobre un tema clásico: la personalidad jurídica del Estado”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 5, 1993; LAUREANO LÓPEZ RODÓ. “Personalidad jurídica del Estado en el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, n.º 11, 1981; ÍD. “Personalidad jurídica del Estado”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 5, 1993; ENRIQUE RAMOS CHAPARRO. *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos, 1995.
- 429 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., p. 825.
- 430 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 464.
- 431 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., pp. 825 y 826.
- 432 Las personas jurídicas son titulares de los llamados derechos fundamentales en todo aquello que no esté exclusivamente reservado a los seres humanos. En el caso colombiano esta tesis fue aceptada por la Corte Constitucional en los siguientes términos: “... el artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tendrá acción de tutela [...] [P]ara los efectos relacionados con la titularidad de la acción de tutela se debe entender que existen derechos fundamentales que se predicen de la persona humana [...] pero otros derechos ya no son exclusivos de los individuos, aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad, o realizar los derechos comunes. En consecuencia, en principio, es necesario tutelar los derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no *per se*, sino que en tanto que vehículo para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales, en caso concreto a criterio razonable del juez de tutela [...] o cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales...”: Sala de Revisión n.º 4. Sentencia del 17 de junio de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. En ese mismo sentido cfr. el interesante artículo de JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA. “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídicas públicas?”, *Revista de Administración Pública*, n.º 120, septiembre-diciembre de 1989, Madrid, pp. 79 y ss., quien sostiene que el reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas jurídicas públicas es un caso más de su expansión interpretativa, aunque no ha sido ampliamente aceptado; por ejemplo, en la jurisprudencia alemana se concluye reconociendo que ciertas personas públicas pueden ser sujetos de derechos fundamentales.
- 433 AGUSTÍN GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2004: “... la personalidad jurídica del Estado es un concepto unitario que abarca la actuación del Estado legislador (‘poder legislativo’), juez (‘poder judicial’) y administrador (‘poder ejecutivo’); en otras palabras, el Estado actúa con su personalidad jurídica tanto cuando dicta actos administrativos, como leyes o sentencias...”.
- 434 M. HAURIUO. *Derecho constitucional I. Instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980, y ALFREDO GALLEGU ANABITARTE. *Derecho administrativo I. Materiales*, Madrid, 1989, quien es un caracterizado defensor del principio de la personalidad jurídica del Estado, y para esos efectos se funda básicamente en las elaboraciones de la teoría alemana, en especial en los trabajos de GEORG JELLINEK. Según GALLEGU ANABITARTE, el ejercicio de la totalidad de funciones del Estado se justifica en la medida en que constituye un centro de actuación jurídica unitaria conocido comúnmente como persona jurídica. Entre sus argumentaciones acude igualmente a la sentencia del tribunal constitucional español n.º 32 del 28 de abril de 1983 que al referirse a este principio indicó: “El Estado es un ente complejo que consiste en una pluralidad de órganos y aunque en determinados aspectos actúa como una unidad y como tal constituye una persona jurídica, reparte o distribuye entre sus distintos órganos las también distintas funciones por cumplir, de modo tal que puede no ser indiferente que una competencia estatal (entendiendo la expresión en este contexto como aquella atribuida por el bloque normativo constitucional al Estado en sus órganos centrales y no a tal o cual comunidad autónoma, que por cierto también son, *lato sensu*, órganos del Estado) sea ejercida por cualquiera de los órganos centrales...”. A partir de esa elaboración jurisprudencial, GALLEGU ANABITARTE sostiene que “... como organización de los poderes públicos nacionales, el otro concepto de Estado, éste constituye una organización propia con sus órganos que ejercen sus competencias, y si se admite la teoría de la personalidad jurídica del Estado, sus actos se imputan a dicha persona...”.
- 435 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., p. 826. La persona y, en consecuencia, la personalidad entraña la idea de independencia, posesión de un patrimonio propio, actuación unitaria y autónoma. Adquiere un carácter de principal: p. 856; *Imputación*. Es la traslación de efectos. Es la designación normativa del sujeto a quien deben atribuírsele determinados actos o efectos jurídicos.
- 436 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 9 de diciembre de 2016, exp. 58119.
- 437 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., p. 826. El concepto de órgano de por sí entraña la idea de dependencia, instrumentalidad, y subordinación a una unidad superior. Denota un carácter secundario.
- 438 FRANCISCO LLISSET BORREL. “La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa”, *RAP*, n.º 80, mayo-agosto de 1976, p. 206, agrega, defendiendo la institución, que “en principio, un vicario administrativo es un sujeto privado que está habilitado para realizar una función administrativa”.
- 439 Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003: “Al respecto la Corte ha precisado que a los particulares a quienes se ha asignado el ejercicio de funciones administrativas se aplican en relación con el cumplimiento de éstas el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos; de la misma manera sobre sus actuaciones pesa además del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política”.
- 440 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de octubre de 2011. En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado es unánime y pacífica al determinar que las actuaciones u omisiones de los particulares que ejercen función pública pueden comprometer la responsabilidad del Estado, esto es, de la Nación colombiana. En este caso la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el tema ha edificado la Corporación, con la aclaración de que en los eventos en los cuales se pretenda declarar la responsabilidad del Estado por la falla del servicio notarial, resulta indispensable llamar a la Nación representada a través del Notario. Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta cuál fue la voluntad del Constituyente. Así, al examinar los debates y la exposición de motivos de la cláusula general de responsabilidad en la Asamblea Constituyente, se advierte la preocupación del constituyente acerca de la responsabilidad de los particulares que ejercen funciones públicas. En la exposición de motivos presentada sobre el tema, se indicó al respecto: “Comoquiera que, en materia de derecho público, hoy importa mucho más la naturaleza de la función que la del sujeto encargado de cumplirla, dicha responsabilidad, estructurada a base de reglas y principios autónomos –como corresponde–, debe extenderse a todos los particulares excepcionalmente atribuidos de funciones públicas”. Comoquiera que en este caso se demandó únicamente a la Superintendencia de Notariado y Registro, por la falla del notario, hay lugar a declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que la imputación fáctica y jurídica de la demanda no permite deducir que se hubiere demandado por la falla en la

inspección, control y vigilancia del servicio notarial, sino directamente por la falla del notario, exp. 20222. Posición reiterada en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de septiembre de 2013, exp. 26918.

- 441 Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 21 de agosto de 1940, *Gaceta Judicial –GJ–*, vol. I, p. 197; SIMÓN CARREJO. *Derecho civil*, t. I, Bogotá, Temis, 1972, pp. 273 y ss., dice sobre la etimología de persona: “Los vocablos persona y personalidad provienen del teatro dramático griego de la Antigüedad; allí se empleaba el término persona para indicar la máscara con que se caracterizaba cada uno de los actores...”. Otras tendencias etimológicas relacionan la palabra persona con la expresión *perfecta somans*, y aun con la locución *per se uma*, ambas indicativas de la unidad asignada al ser calificado como persona; cfr. también GIUSEPPE MAGGIORE. *Derecho penal*, vol. II, Bogotá, Temis, 1955, pp. 254 y 259, quien, sobre el concepto jurídico de persona, sostiene: “En sentido jurídico, persona es el sujeto del derecho, o sea, el punto de referencia o control de imputación –para decirlo con KELSEN– del ordenamiento jurídico objetivo. En realidad, este ordenamiento es hecho para el hombre, pero el hombre a su vez existe como *subjetum juris* (sujeto del derecho), con relación al ordenamiento jurídico...”. Resulta oportuno hacer referencia a la interesante tesis del fundador de la Escuela de Viena, HANS KELSEN (*Teoría general del Estado*, cit., p. 82), para quien “La distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes [...] [C]ompruébese esto en la distinción entre personas ‘físicas’ y personas ‘jurídicas’, sosteniéndose que las personas físicas son los hombres y las personas jurídicas todos aquellos sujetos de derecho que no son hombres. Ahora bien, es indudable que para el conocimiento jurídico sólo pueden existir personas jurídicas. Y si la persona ‘física’ como sujeto de derecho ha de ser objeto de conocimiento jurídico, tiene que ser persona jurídica en el mismo grado y en el mismo sentido que todas aquellas para las que es reservado hasta ahora el nombre de personas jurídicas; una y otra tienen que ser referidas al denominador común del derecho, para que puedan unirse en el común concepto de persona jurídica...”. Al respecto pueden consultarse las interesantes obras de ENRIQUE RAMOS CHAPARRO (*La persona*, cit., pp. 21 a 115), quien hace una relación del concepto filosófico y jurídico de persona desde el Oriente antiguo hasta las más recientes corrientes contemporáneas, y ALBERTO MASSERA (*Contributo*, cit.), quien analiza el concepto de persona y personalidad jurídica desde la perspectiva de las doctrinas alemana, francesa e italiana.
- 442 SIMÓN CARREJO. *Derecho civil*, cit., pp. 409 y 410. En igual sentido cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 21 de agosto de 1940, GJ, vol. I, p. 197; en esa providencia, al referirse a la naturaleza de la persona jurídica, se sostuvo: “Existen sólo en el derecho y por el derecho. Faltando el reconocimiento no hay más que colectividades de individuos [...] El reconocimiento puede ser obra de la ley o de una actuación administrativa...”.
- 443 Artículo 633 CC: “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Debe destacarse que esta definición resulta excesiva si se entiende que en ella va comprendida la capacidad de ejercicio, de obrar o legal, toda vez que esta no es un atributo de la personalidad en la medida que hay personas que no la tienen.
- 444 SIMÓN CARREJO. *Derecho civil*, cit., p. 277. En igual sentido cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de mayo de 1954, GJ, vol. LXXVII, p. 556.
- 445 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 828.
- 446 Como lo advertimos, la teoría de la personalidad jurídica del Estado con las características que le adjudicaron los pensadores alemanes ha sido objeto de profundas críticas en la doctrina contemporánea. Para un importante sector del pensamiento jurídico, no es de aceptación el hecho de que la totalidad de las funciones estatales se expliquen a partir del ejercicio de la personalidad jurídica. Algunas funciones y algunos instrumentos eventualmente encuentran sus razones en esta concepción jurídica; otras, por el contrario, se nutren básicamente de las explicaciones jurídicas sobre el simple ejercicio de funciones o atribuciones de poder. Uno de los principales críticos a la concepción amplia de la personalidad jurídica ha sido tradicionalmente GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien a través del concepto formal de personalidad jurídica se justifican algunas actuaciones de la administración, básicamente aquellas relacionadas con el tráfico jurídico patrimonial, negando de manera radical la posibilidad de que comprenda la totalidad del Estado: “Del Estado como persona jurídica no se habla, salvo en una aplicación muy singular, cuando era titular de relaciones jurídicas patrimoniales. A esta actuación se le designaba con tal expresión. Actuación de la administración como persona jurídica [...] [E]n conclusión, la idea y la técnica de la personalidad jurídica es básica para el derecho público contemporáneo, pero ha de rebajarse desde la vieja perspectiva idealista, hegeliana, constructora de vagas entidades totalitarias, fantasmales y místicas a simples mecanismos más próximos, instrumentales, operativos, concretos, sin ninguna efusión de ningún espíritu objetivo más o menos imaginado...”. Para un mejor y detenido estudio de la personalidad jurídica, cfr., de este autor, “El concepto de personalidad jurídica en el derecho público”, en *Administración instrumental, libro homenaje al profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*, t. II, Madrid, Civitas, 1992, pp. 825 a 836. En igual sentido, puede consultarse la ponencia de JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER, “La sistematización del derecho administrativo, desde la personalidad jurídica de la administración del Estado”, en *Administración instrumental, libro homenaje al profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo*, cit., pp. 839 a 848, en donde, después de resaltar la personalidad jurídica como un atributo exclusivamente de la administración, limita el alcance de la misma al de una mera calificación o etiqueta “... que puesta a agrupaciones de individuos o bienes las independiza de los agrupados. Con ellas resulta posible considerar que la agrupación, y no sus componentes, es la titular de los derechos y obligaciones que ejercita y cumple...”. En la obra señalada de GARCÍA DE ENTERRÍA expresamente se refuta, generándose una interesante controversia doctrinal con lo expuesto por el profesor GALLEGU ANABITARTE, y que hemos referenciado en la nota 1. Para GARCÍA DE ENTERRÍA el pensamiento de GALLEGU ANABITARTE se quedó en la historia, al pretender aplicar a los fenómenos actuales lo expuesto por JELLINEK hace más de cien años y al pretender generalizar una obra que no gozó en su momento de cabal acogida: “¿Por qué insiste GALLEGU ANABITARTE en que GEORG JELLINEK es, sin más, la expresión del derecho público europeo?”. Nada menos cierto. El derecho público europeo del sistema democrático y de la división de los poderes está expresado mucho más propiamente, desde sus orígenes revolucionarios, en la doctrina francesa, como es obvio. La doctrina alemana es más bien la expresión, o del absolutismo inicial en que surgió, o del dualismo esencial que mantuvo después (con neto predominio del principio monárquico) hasta Weimar.
- 447 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de febrero de 1962, GJ, t. XXVIII, p. 61.
- 448 Corte Constitucional. Sentencia C-1096 de 2001: “... Las personas jurídicas de derecho público en el nivel territorial 2. De acuerdo con el artículo 1.º de la Constitución Política, el Estado en Colombia se organiza en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales. En aplicación del concepto de descentralización a que hace referencia este artículo, el Estado en Colombia se organiza en dos niveles, el nacional y el territorial, y, por lo tanto, la organización política del Estado colombiano comprende la Nación y las entidades territoriales. En estas condiciones, la Nación, los departamentos, distritos y municipios son personas jurídicas de derecho público. Adicional a la organización política del Estado, la organización administrativa permite la creación, tanto en el nivel nacional como en el territorial, de entidades públicas diferentes a las señaladas, con su propia personalidad jurídica. Es el caso, por ejemplo, para el nivel nacional, de la Comisión Nacional de Televisión (art. 76 CP), el Banco de la República (art. 371 CP) y las entidades descentralizadas (arts. 150-7, 209 y tr. 27 CP). En el mismo sentido la Constitución consagra para el nivel territorial la creación de entidades descentralizadas (arts. 300-7 y 313-6 CP) y la constitución de regiones administrativas y de planificación (art. 306 CP). 3. En estas circunstancias se impone distinguir entre la organización política y la organización administrativa del Estado. Mientras que la organización política obedece a la forma de Estado y se manifiesta en la Nación, persona jurídica, y las entidades territoriales (art. 1.º CP), la organización administrativa responde a la manera como se asume, en el sector central o descentralizado, la prestación de servicios y el cumplimiento de las funciones asignadas a cada nivel del Estado (art. 209 CP). Por lo tanto, el criterio de organización política del Estado (art. 1.º CP) no puede emplearse para concluir, como lo hace el demandante, que las únicas personas jurídicas de derecho público en el nivel territorial son las entidades territoriales, es decir los departamentos, distritos y municipios, por cuanto, como se indica, la Constitución permite que en el orden territorial se organicen personas jurídicas de derecho público, de

naturaleza administrativa y diferentes a las entidades territoriales. Es el caso, por ejemplo, de las entidades descentralizadas territoriales, las asociaciones de municipios y las áreas metropolitanas. 4. La personalidad jurídica corresponde a la calidad de ser sujeto de derecho y de obligaciones y se pregona, por principio, de toda entidad pública...”.

449 Corte Constitucional. Sentencia C-691 del 5 de diciembre de 1996: “Al crear y dotar a las entidades descentralizadas, el Estado las provee con una personería jurídica propia, y la autonomía administrativa y patrimonial que su carácter de descentralizadas supone, sin que por ello la personalidad jurídica estatal sufra mengua o transformación alguna, y sin que la personalidad jurídica de los nuevos entes se confunda con ella para efectos de identificar los derechos y deberes que el ordenamiento radica en cabeza de uno y otros...”.

450 Corte Constitucional. Sentencia C-374 de 1994: “Por lo anterior, no hay duda de que no es menester elaborar teorías complejas sobre personalidades jurídicas incompletas, existentes sólo para contratar. En tratándose de la Nación, verbigracia, ésta es una sola: la Ley 80 se limita a señalar, en diferentes campos y materias, qué entidades estatales tienen capacidad para contratar y cuál funcionario obra a nombre de tales entidades...”.

451 Artículos 7.º, 8.º y 10.º Ley 1437 de 2011. “Artículo 7.º. *Deberes de las autoridades en la atención al público.* Las autoridades tendrán, frente a las personas que ante ellas acudan y en relación con los asuntos que tramiten, los siguientes deberes: 1. Dar trato respetuoso, considerado y diligente a todas las personas sin distinción. 2. Garantizar atención personal al público, como mínimo durante cuarenta (40) horas a la semana, las cuales se distribuirán en horarios que satisfagan las necesidades del servicio. 3. Atender a todas las personas que hubieran ingresado a sus oficinas dentro del horario normal de atención. 4. Establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, denuncias o reclamos, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 6 del artículo 5.º de este Código. 5. Expedir, hacer visible y actualizar anualmente una carta de trato digno al usuario donde la respectiva autoridad especifique todos los derechos de los usuarios y los medios puestos a su disposición para garantizarlos efectivamente. 6. Tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 5.º de este Código. 7. Atribuir a dependencias especializadas la función de atender quejas y reclamos, y dar orientación al público. 8. Adoptar medios tecnológicos para el trámite y resolución de peticiones, y permitir el uso de medios alternativos para quienes no dispongan de aquellos. 9. Habilitar espacios idóneos para la consulta de expedientes y documentos, así como para la atención cómoda y ordenada del público. 10. Todos los demás que señalen la Constitución, la ley y los reglamentos. Artículo 8.º. *Deber de información al público.* Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos: 1. Las normas básicas que determinan su competencia. 2. Las funciones de sus distintas dependencias y los servicios que prestan. 3. Las regulaciones, procedimientos, trámites y términos a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad. 4. Los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos. 5. Los documentos que deben ser suministrados por las personas según la actuación de que se trate. 6. Las dependencias responsables según la actuación, su localización, los horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que toda persona pueda cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos. 7. La dependencia, y el cargo o nombre del servidor a quien debe dirigirse en caso de una queja o reclamo. 8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general. *Parágrafo.* Para obtener estas informaciones en ningún caso se requerirá la presencia del interesado. Artículo 10.º. *Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.* Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

452 Artículos 71 de la Ley 222 de 1995; 40 del Decreto 2150 de 1995; 22 de la Ley 1014 de 2006, y 2.º y 5.º de la Ley 1258 de 2008.

453 Artículo 45 *ibíd.*

454 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley 80 se debe precisar que los consorcios y las uniones temporales son agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran, por lo que carecen de personalidad jurídica propia e independiente, y en esa dirección la jurisprudencia ha resaltado que, en virtud de lo prescrito en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, no pueden comparecer al proceso judicial, entendiéndose así que son las personas naturales o jurídicas que los integran las verdaderas titulares de la capacidad para actuar como sujetos procesales (Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 7 de diciembre de 2005, exp. 27651); esta posición ha sido profundamente criticada abriéndose en la doctrina la posibilidad de que para efectos procesales el colectivo se considere habilitado a través de su representante, posición que a la fecha de la redacción de la presente providencia aun no ha sido asumida por el Consejo de Estado.

455 AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI. “La categoría jurídica ‘sujeto/objeto’ y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVII, 2009. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 23 de mayo de 2012.

456 Concepto de FERNANDO ALARCÓN ROJAS, profesor de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia.

457 Constitución Política. “Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

458 Ley 1437 de 2011. “Artículo 5.º. *Derechos de las personas ante las autoridades.* En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a: 1. Presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y sin necesidad de apoderado, así como a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto. Las anteriores actuaciones podrán ser adelantadas o promovidas por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad, aún por fuera de las horas de atención al público. 2. Conocer, salvo expresa reserva legal, el estado de cualquier actuación o trámite y obtener copias, a su costa, de los respectivos documentos. 3. Salvo reserva legal, obtener información que repose en los registros y archivos públicos en los términos previstos por la Constitución y las leyes. 4. Obtener respuesta oportuna y eficaz a sus peticiones en los plazos establecidos para el efecto. 5. Ser tratado con el respeto y la consideración debida a la dignidad de la persona humana. 6. Recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política. 7. Exigir el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones administrativas. 8. A formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés, a que dichos documentos sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que estas le informen al interviniente cuál ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente. 9. Cualquier otro que le reconozca la Constitución y las leyes”.

459 Constitución Política de Colombia. “Artículo 95. *La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional.* Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a

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

- 460 Ley 1437 de 2011. “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”.
- 461 NICOLÁS LÓPEZ CALERA. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la Teoría de los Derechos*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 167-168.
- 462 JUAN CARLOS HENAO. “La defensa de los derechos colectivos y de los de grupo en la responsabilidad civil del Estado en derecho colombiano y francés”, en *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 27-46.
- 463 Constitución Política de Colombia. Artículos 78 a 82.
- 464 Corte Constitucional. Sentencia C-383 del 13 de mayo de 2003.
- 465 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2002, exp. AP-518: “[...] En relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa se destaca que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1.º), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder”.
- 466 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 24 de agosto de 2001, exp. AP-100: “[...] La defensa de la moralidad y el patrimonio público se concibe como una línea de conducta ética, como una regla de principio para todas las sociedades civilizadas. No obstante, estos conceptos también adquieren una relevancia judicial cuando se consagran como cláusulas jurídicas susceptibles de protección a través de acciones judiciales y, en especial, de las acciones populares. De todas maneras, la positivización de éstos intereses no excluye su textura abierta, ni los convierte en conceptos unívocos que puedan ser aplicados por el juez a través del silogismo, ni mucho menos contienen significados previamente definidos por una autoridad concreta. Por el contrario, en una sociedad democrática y pluralista, el contenido de la moralidad administrativa y la protección del patrimonio público debe asumirse como un proceso de “concretización” de la voluntad constitucional y legal frente al caso concreto. Dicho de otro modo, el contenido de los conceptos jurídicos de moralidad administrativa y patrimonio público no puede encontrarse en abstracto sino que debe surgir de la voluntad política, del análisis judicial concreto de cada caso y de la ponderación de los intereses en conflicto. Precisamente por ello, la dificultad en la hermenéutica de estos conceptos es indudable, puesto que, en algunas ocasiones, no es clara ni precisa la frontera entre su significado jurídico y su contenido político”.
- 467 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2002, exp. AP-518: “[...] En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público cabe señalar que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 CP), sino que ‘por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales’”.
- 468 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 24 de agosto de 2001, exp. AP-124: “[...] La libre competencia económica es la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en determinada actividad económica como oferente o demandante, con libertad de decidir cuándo entrar y salir de un mercado sin que exista nadie que pueda imponer, individual o conjuntamente, condiciones en las relaciones de intercambio. En un ambiente de libre competencia, las negociaciones entre compradores y vendedores –oferta y demanda– establecen las condiciones de la relación comercial, las cuales en estos casos son un punto intermedio que favorece a ambas partes. Así, el artículo 333 de la Constitución Política establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero advierte que la libertad a ellas reconocida habrá de ejercerse dentro de los límites del bien común. La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimita el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social”.
- * Capítulo revisado por los profesores FERNANDO ALARCÓN ROJAS y MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.
- 469 GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Edit. Civitas, 1993, p. 483.
- 470 LUCIANO PAREJO ALFONSO et ál. *Manual de derecho administrativo*, cit., p. 443.
- 471 Ídem.
- 472 Corte Constitucional. Sentencia T-260 del 1.º de junio de 1994.
- * Capítulo revisado por la profesora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.
- 473 En torno a los dos conceptos puede consultarse KARL ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 205 y ss.
- 474 JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, 2000, p. 80.
- 475 LUIS ARROYO JIMÉNEZ. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, cit., p. 48.
- 476 La potestad es reglada en los casos del cumplimiento estricto de las exigencias normativas completas, determinadas agotadoramente por las normas superiores. La

norma determina al extremo, agotando el contenido y supuestos de su operancia, constituyendo un supuesto normativo completo y una potestad aplicable, absolutamente definible en términos y consecuencias. En tratándose de las autorizaciones producto de ese ejercicio del poder administrativo, la administración reduce significativamente su capacidad de apreciación subjetiva, limitándose a la mera constatación o verificación del cumplimiento de las exigencias, definidas agotadoramente y con carácter imperativo en la norma. Tendientes a liberar el ejercicio de una actividad o derecho en las condiciones vinculantes y obligatorias de la norma correspondiente, por el particular-administrado. La doctrina expone como caso tipo de las licencias sujetas a potestades regladas las de carácter urbanístico, en especial las de construcción, sujetas a la legalidad estricta contenida en las normas superiores territoriales, urbanísticas y, específicamente, en los planes de ordenamiento territorial, en donde la actividad de la administración se agota exclusivamente en la confrontación de las mismas con el proyecto a ser desarrollado por el interesado, con el propósito de verificar y controlar el respeto y acatamiento de las condiciones requeridas en dichas normas.

- 477 TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 82 a 89.
- 478 JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit., pp. 31 y ss.; cfr. del mismo autor: “Ponderación y actividad planificadora de la administración”, en LUIS ORTEGA ÁLVAREZ y SUSANA DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit., p. 118. Lo anterior es natural en todo proceso administración que implique planificación. De manera clara sostiene el profesor RODRÍGUEZ DE SANTIAGO que “[...] El punto de partida es, por una parte, que no es concebible la planificación (en la ordenación del territorio, el urbanismo, las carreteras, o las aguas continentales, etc.) sin que se otorgue a quien ha de decidir sobre ella un amplio margen de libertad conformadora. Por otra parte, sin embargo, es evidente que libertad conformadora y sujeción a la ley se encuentran en una tensión de principio [...]”. El sometimiento a la ley de la administración conformadora, es decir, la administración poseedora de habilitación para actuar a través de la discrecionalidad, se hace no a partir de una base normativa reglada, sino mediante normas que simplemente orientan el ejercicio de esa competencia en procura de los fines esperados, normas orientadoras –principios– que generalmente están en tensión unas con otras.
- 479 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, cit.; PAREJO ALFONSO, quien reacciona contra algunos de los planteamientos radicales de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, en especial los relacionados con el alcance del control judicial sobre los actos discrecionales, no se aparta sustancialmente de lo expuesto por ese autor; sostiene la necesidad de reivindicar el concepto de la discrecionalidad administrativa dentro del actual Estado de derecho, en la medida en que si la ley formal no garantiza plenamente la actuación de la administración, a esta le corresponde actuar para lograr plenamente el cumplimiento de los cometidos asignados. En ese sentido propone que a través del ámbito de la discrecionalidad se realicen los valores superiores del Estado de derecho, procediendo siempre al ejercicio del control judicial, no obstante que en esos casos adquiriría especiales connotaciones por cuanto la decisión judicial no podría reemplazar la administrativa si se trata de potestad reglada.
- 480 Corte Constitucional. Sentencia C-734 de 2000: “[...] La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho, y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional [...]”.
- 481 HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 203 y ss.
- 482 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 220. La diferencia entre actividad discrecional, reglada y conceptos jurídicos indeterminados no es pacífica en la doctrina. Algunos sectores prefieren desarrollar la simple teoría de la discrecionalidad con diferentes matices e intensidad, entendiendo por tal, “[...] una simple facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado. Es más, rompiendo las diferencias teóricas entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, se sostiene que la discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada así mismo en el supuesto de hecho de las mismas. De ahí que la discrecionalidad y el llamado margen de apreciación no constituyan dos figuras jurídicas férreamente separadas, pues tienen su origen tan solo en la utilización por el legislador de distintas técnicas de formulación normativa, siendo intercambiables desde el punto de vista metodológico [...]”.
- 483 Cfr. nota anterior.
- 484 HARTMUT MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, Edit. Sergio Fabris, 2001, pp. 54 y ss.
- 485 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006; radicación n.º 11001-03-26-000-2000-0020-01, exp. 18059. Para la Corporación, “[...] la composición del sintagma conceptos jurídicos indeterminados lo sugiere, esta categoría indirectamente supone el contraste con la de los conceptos jurídicos determinados, en los que el ámbito de realidad al que se refieren está delimitado –cuando menos en principio– de una manera precisa e inequívoca (verbigracia, conceptos como los de mayoría de edad, la edad de jubilación o el plazo para interponer un recurso, en fin, los numéricos o que expresan cantidades, que serían los únicos exentos de adolecer de algún grado de indeterminación). Por el contrario, los conceptos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados [...] En este punto es necesario referir cuál es la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados, toda vez que ello permitirá comprender los alcances de las posturas doctrinales que o bien los diferencian, ora los aproximan a la discrecionalidad administrativa. La doctrina parte de la base de acuerdo con la cual en los conceptos jurídicos indeterminados existe siempre, junto a una o dos zonas de certeza, una zona o un halo de incertidumbre o de vaguedad en el que el concepto no permite discernir si es o no aplicable a los objetos comprendidos en ella. De manera que si se intenta verificar a qué supuestos fácticos puede aplicarse un concepto jurídico indeterminado en particular, se encontrará que algunos casos indiscutiblemente estarán cubiertos por él (caerán en su zona de certeza positiva), otros indubitadamente no lo estarán (quedarán comprendidos en la zona de certeza negativa) y en medio de ellos, se ubicará un terreno en el que se mueven los supuestos dudosos (el denominado halo del concepto) [...] Esta explicación de la noción es muy similar a la efectuada por SAINZ MORENO respecto a la indeterminación de los conceptos. El autor recurre a la figura de los dos círculos concéntricos, representando el interior la zona de certeza positiva, el exterior la de certeza negativa y la zona ubicada entre los dos círculos, la de indeterminación aunque, claro, ‘las líneas de ambos círculos son también borrosas’”.
- 486 HARTMUT MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, cit., p. 56.
- 487 GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 451.
- 488 *Ibid.*, pp. 452 y 453.
- 489 MANUEL ATIENZA. “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, REDA, n.º 85, marzo de 1995: “[...] La consecuencia de la idea regulativa del Estado democrático de Derecho es que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por razón de quienes las han dictado, pues ello iría, al menos en ocasiones, en contra de las exigencias de la racionalidad práctica. El que esto sea así, se encuentra estrechamente conectado con un extremo que aparece justamente remarcado en la obra de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: el poder público es un poder funcional, otorgado en consideración a fines

ajenos a los de su titular y que, por tanto, debe justificarse en su ejercicio (p. 163). No cabe por eso establecer ningún paralelismo con lo que ocurre con los contratos entre particulares, es decir, a propósito de los poderes privados (cfr. PAREJO ALFONSO, pp. 38 y ss.). Lo que hace que la posición del juez, en uno y otro caso, sea distinta es precisamente que los particulares, salvo casos excepcionales, no tienen por qué justificar (en términos jurídicos) su comportamiento. Dicho de otra forma, la autonomía –en cuanto valor moral– sólo puede predicarse de los individuos [...] Una consecuencia de lo anterior es que la motivación de los actos administrativos (en particular, de los actos discrecionales) no puede verse como un simple requisito de forma. Lo que justifica la actuación discrecional de un órgano administrativo no es simplemente el haber cumplido unos ciertos requisitos de forma; por ejemplo, en el caso del planeamiento urbanístico, el haber confeccionado una Memoria que contenga referencias a una serie de aspectos, de manera semejante a como, en una sentencia judicial, el aspecto formal viene dado por la existencia de antecedentes de hecho, fundamentos de Derecho y parte dispositiva. Lo que justifica verdaderamente son las razones de fondo que se dan en favor de una determinada opción; por ejemplo, las razones para otorgar a un terreno una determinada calificación urbanística, que vendrían a ser el equivalente de las razones, los argumentos, esgrimidos en una sentencia para considerar como probado un hecho o para interpretar una norma en un determinado sentido. Esas razones (insisto: razones justificativas) pueden adoptar un grado mayor o menor de explicitud pero, obviamente, una simple decisión (o su resultado: un acto administrativo) en favor de la cual no se aporta ninguna razón es un acto no motivado, como lo sería una resolución judicial que careciera de antecedentes de hecho y de fundamentos de Derecho o que se limitara a enunciar una serie de hechos y de normas sin dar, por ejemplo, ninguna razón de por qué se considera como probado un determinado hecho. Como es bien sabido, existen resoluciones judiciales que no necesitan ser motivadas, debido a su escasa trascendencia y a razones de economía; es decir, en el fondo, debido a razones de la propia racionalidad práctica: no cabría un discurso racional si hubiera que fundamentarlo todo, sin ninguna excepción, en cada momento. Pero éste no es el caso de los actos discrecionales de la Administración, por lo que me parece que, en este contexto, no es ninguna exageración afirmar que ‘lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario’ (TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, p. 82), si con ello quiere decirse que las razones justificativas deben tener, en relación con los actos discrecionales de la Administración, un mínimo grado de explicitud [...]”.

490 TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la administración*, cit., retoma radicalmente el problema y sostiene la necesidad de controlar integralmente los actos productos de la discrecionalidad cuando los mismos desdibujan los marcos que el derecho les concede a las autoridades para su expedición. En concreto, plantea que todas las decisiones de la administración son susceptibles de control judicial, dentro de las cuales necesariamente están incluidos los actos discrecionales, que de ninguna manera se admite que puedan ser arbitrarios. Al efecto, incluso ese tipo de acto debe caracterizarse por estar motivado, es decir, estar basado en razones y no ser la mera expresión de la voluntad del servidor público que lo produce. La discrecionalidad no puede confundirse con el deseo personal o subjetivo del agente público. Los argumentos que justifiquen la decisión discrecional no deben ser contrarios a la realidad, es decir, no pueden contradecir los hechos reales que llevan a su adopción. Las razones y la decisión administrativa discrecional deben ser coherentes entre ellas, las primeras deben corresponder materialmente a lo que se decide. Agrega RAMÓN FERNÁNDEZ que los anteriores aspectos deben servir de marco para que el juez administrativo controle los actos de carácter discrecional, no solo frente a la simple ley, sino básicamente, y en esto la tesis del autor se ha considerado radical, frente al derecho mismo, por lo que se trata de un control contencioso de jurisdicción y no de simple legalidad. Es importante que el juez verifique si realmente se dieron o existieron las razones que la administración invoca para la expedición de un acto discrecional, y de ser ciertas que las mismas sean reales y además congruentes con la decisión que se está adoptando. La decisión judicial puede llevar a la nulidad del acto correspondiente o, excepcionalmente, a la sustitución de la decisión administrativa discrecional por una decisión judicial, si no es posible otra solución. De esa forma, reacciona el autor contra la posibilidad de confundir discrecionalidad con arbitrariedad; destaca que si bien es cierto que históricamente se dio esa posibilidad, en la actualidad es totalmente inadmisibles. Discrecionalidad no solamente no es arbitrariedad, sino que implica igualmente la posibilidad de ejercer, como lo advertimos, control sobre cualquier acto fundado en el ejercicio de facultades discrecionales, incluso en cuanto impliquen análisis de oportunidad para la adopción de decisión. “[...] Si en el principio, como hemos visto, fue la excepción, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al derecho, sometimiento que corresponde verificar, también en toda su plenitud y sin limitación alguna [...]”.

491 HARTMUT MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, cit., p. 55: “[...] El problema del concepto jurídico indeterminado se sitúa en el ámbito de la comprensión. La aplicación de esos conceptos en cada caso particular requieren una valoración y, muchas veces, también un pronóstico futuro. Esto, es tan solo posible, si se consideran muchos puntos de vista, algunos de ellos diferentes, que deben ser considerados, evaluados y ponderados recíprocamente. La decisión, en sí, única conforme a derecho, no siempre se deja determinar inequívocamente [...]” (sic). RAMÓN PARADA VÁZQUEZ. *Derecho administrativo*, t. I, cit., p. 102. El problema ha sido advertido también en la jurisprudencia española. Al respecto en las Sentencias del 12 de diciembre de 1979 y 13 de julio de 1984, el Tribunal Supremo Español indicó: “[...] Conceptos jurídicos indeterminados son [...] aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos, de forma que su empleo excluye la existencia de varias soluciones igualmente legítimas, imponiendo como correcta una única solución en el caso concreto, resultando, pues, incompatible con la técnica de la discrecionalidad”.

492 HARTMUT MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, cit., p. 55.

493 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 220.

494 LUIS ARROYO JIMÉNEZ. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, cit., pp. 42 a 49. En relación con la hipótesis siempre creciente en la administración moderna del ejercicio de potestad normativa por la administración y su necesidad de reconducir los conflictos que surjan en el proceso, indica ARROYO JIMÉNEZ: “[...] Si la ponderación es un método característico de resolución de los conflictos integrados por principios, entonces será lo normal que dicho método sea empleado por todos los operadores jurídicos llamados a interpretar y aplicar las normas que pertenecen a esa categoría [...]” (p. 43).

495 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 220.

496 *Ibid.*, p. 221. Al efecto se sugiere una interesante metodología de adecuación en procura de reconducir la discrecionalidad al derecho: “[...] estos parámetros están constituidos en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones –sobre todo cuando se trata de normas de programación final–, se recogen expresamente en aquella en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así como los cada vez más precisos mandatos establecidos en el derecho de la Unión Europea [...]”.

497 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 221 y 222.

498 MICHAEL GERHARDT en SCHOCH, SCHMIDT-ASSMANN y PIETZNER. *Verwaltungsgerichtsordnung* n.º 114, mar. 5, citado por EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 222, propone una interesante metodología para efectos de lograr decisiones discrecionales racionales, esto es, explicable intersubjetivamente: 1. Se debe acudir a las técnicas de la proporcionalidad con el fin de hacer transparente la decisión correspondiente. En ese sentido la utilización de la técnica de la ponderación es lo más adecuado; 2. Se debe hacer un trabajo previo de análisis de contingencias, averiguaciones, evaluaciones, juicios de probabilidades, todo ello con el fin de disminuir la incertidumbre al momento de adoptar una decisión administrativa; 3. El desarrollo propiamente dicho de la ponderación y proporcionalidad, que tiene dos implicaciones: en primer lugar, “[...] la observancia de las premisas (directrices) normativas, teniendo presente que entre éstas corresponde una significación central al principio de proporcionalidad en tanto que ley material básica de todo proceso de ponderación en un Estado de derecho [...]”. En segundo lugar, “[...] también está obligada, por imperativo legal, a aplicar y a traducir en decisiones concretas los criterios de corrección ‘metajurídicos’ que, normalmente de forma tan solo tácita, se derivan asimismo de la atribución a la administración de una facultad para su

ejercicio en calidad de responsable último de la misma. Es decir, la administración también está obligada a dar al caso concreto una solución oportuna y justa (discrecionalidad administrativa en general), a optimizar las ventajas y minimizar los inconvenientes de una obra de infraestructura a través de la planificación (discrecionalidad de planeamiento) y a realizar valoraciones técnicas según su mejor saber y entender (facultades de apreciación) [...]”.

- 499 MARIANO BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 28 y ss.; en igual sentido cfr. MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, cit., pp. 143 y ss.
- 500 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008. rad. 15001233100019880843101-8031: “[...] La configuración de pliegos de condiciones constituye un paradigmático ejemplo útil a efecto de ilustrar la dinámica que envuelve la concepción que de la discrecionalidad administrativa ha venido prohiendo la Sala, partiendo de diferenciar las denominadas definiciones ‘materiales’ o ‘positivas’ de dicha figura, de las catalogadas como ‘formales’ o ‘negativas’ de la misma. Las primeras consideran que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley –lo cual evidentemente ocurre tratándose de las referidas normas que regulan el contenido mínimo de los pliegos de condiciones–, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere –expresa o implícitamente– a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando ‘elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional’. Para las segundas, por su parte –las catalogadas como definiciones ‘formales’ o ‘negativas’– el elemento determinante de la existencia de discrecionalidad no es ya el *objeto* de la facultad misma y el *cómo* ella debe ser ejercida –esto es, según se acaba de referir, la autorización conferida a la Administración para apreciar o integrar en qué consiste el interés público en cada caso concreto, formulando criterios objetivos y razonables de decisión–, sino la *forma* en la cual se configura –la *forma* en la cual se redacta el precepto que atribuye la facultad–, entendiéndose, por tanto, la discrecionalidad, desde la perspectiva formal comentada, como un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, entonces, ha decidido otorgar a la Administración, con el propósito de que ésta decida de manera *libre*, eligiendo *cualquiera* de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que –supuestamente, según estas posturas– todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles, esto es, se trataría de *indiferentes jurídicos*. Empero, esta Sala ha justificado ya por qué razón tales concepciones negativas o formales de la discrecionalidad no sólo desatienden la consagración constitucional de la entera actividad administrativa a la satisfacción del interés general –prevista, en el ordenamiento colombiano, de forma expresa, en el artículo 209 superior–, sino que no encajan adecuadamente en el diseño de un Estado social y democrático de derecho si se tiene en cuenta que, al atribuir *libertad de elección* a la Administración, sin exigirle a ésta que construya y esgrima criterios objetivos y razonables en los cuales se soporten sus decisiones, semejantes comprensiones fácilmente pueden convertirse en una ‘patente de corso’ para la arbitrariedad. Las concepciones *formales o negativas* de la discrecionalidad, entonces, son aquellas que convierten ésta figura en ‘*el caballo de Troya en el Estado de derecho*’ [...]”.
- 501 LUIS ARROYO JIMÉNEZ. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, cit., p. 47.
- 502 *Ibid.*, pp. 47 y 48.
- 503 ROBERT ALEXEY. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y ROBERT ALEXEY. *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 1.
- 504 Al respecto cfr. ROBERT ALEXEY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Fundamentales, 1997, pp. 81 y ss.; Íd. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2003, pp. 93 y ss.; Íd. *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007, pp. 457 y ss.; consultar integralmente el trabajo del profesor JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit. En la doctrina nacional se destacan los aportes del profesor CARLOS BERNAL en diferentes escritos entre los que destacamos *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 569 y ss.; “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004; “Estructura y límites de la ponderación”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 26 y ss.
- 505 Sobre el concepto y alcance de la ponderación en el derecho los trabajos cfr. LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Constitucionales, 2004, pp. 26 y ss.; Íd. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, cit., p. 20.
- 506 RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*, cit., pp. 74 y ss.: “[...] Los principios tiene una dimensión que les falta a las normas: la dimensión del peso e importancia [...]”. La diferencia entre principios y reglas, sostiene DWORKIN, es ante todo lógica. “[...] Las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión [...]”. Los principios, a diferencia de lo expuesto, agrega, “[...] ni siquiera los que más se asemejan a las normas, establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas [...]”.
- 507 MATTHIAS JESTAEDT. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 75.
- 508 ROBERT ALEXEY. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 457 y ss.
- 509 LUIS ARROYO JIMÉNEZ. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, cit., p. 20. En relación con el concepto de ponderación se pueden ofrecer varias alternativas conceptuales: 1. Amplia. Según la cual, ponderar se asimila a lograr una decisión balanceada: “[...] alude a la actividad consistente en tomar en consideración simultáneamente exigencias que presionan en sentidos opuestos. Ponderar equivale aquí a sopesar o valorar criterios que demandan acciones diferentes, a medir el peso de razones opuestas mediante la colocación en una balanza [...]”; 2. Estricta. Desde la perspectiva jurídica, se le entiende como estricta en cuanto mediante la ponderación se resuelven conflictos: “[...] es un método para la resolución de ciertas antinomias que, además, está lo suficientemente caracterizado como para que su empleo sea utilizado de ordinario como un criterio que permite distinguir entre dos categorías de normas, como son los principios y las reglas [...]”. En ese sentido, se ubica en el ámbito de la teoría de la interpretación y el de las normas jurídicas. Cfr. LUIS PRIETO SANCHÍS. “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, en LUIS ORTEGA ÁLVAREZ y SUSANA DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit., p. 71. De manera simple, argumenta PRIETO SANCHÍS que ponderación no es más que un problema de justificación de una decisión, un problema ligado de manera estrecha con la capacidad de poder dar una razón en relación con adopción de una decisión: “[...] Pero me parece que esto tampoco significa que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o que pueda conducir a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza una y solo una respuesta para todo caso práctico, sí nos indica que hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de

sacrificio o de afectación de un bien o derecho y del grado de satisfacción del bien o derecho en pugna [...]”; se trata de un proceso lo más transparente posible y por lo tanto hondamente vinculado con el sistema democrático.

- 510 ROBERT ALEXY. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, cit., p. 3, reconoce las debilidades de su construcción teórica y las consecuentes críticas que se le imprimen a la misma por parte de la doctrina. Destaca que son múltiples las críticas, entre ellas la del carácter retórico de la construcción y la de su falta de objetividad o carácter discrecional. En relación con la primera reconoce: “[...] Esta objeción rechaza la idea de que la ponderación sea un procedimiento racional. Se dice que consiste en una figura retórica que permite niveles de subjetividad ilimitados. La razón de esta objeción es, como sostiene JÜRGEN HABERMAS, que no existen estándares racionales para ponderar [...]”. En tratándose de la segunda, ALEXY la plantea en los siguientes términos: “[...] La segunda objeción es un poco más sutil, y se refiere a un problema conceptual. Nuevamente, podemos referirnos a JÜRGEN HABERMAS, quien ha presentado una versión bien interesante del problema. JÜRGEN HABERMAS ha mantenido que la aproximación ponderativa deja a la regulación jurídica fuera de la esfera definida por conceptos como bueno y malo, correcto o incorrecto, así como también de la idea de justificación, colocándola dentro de una esfera definida por conceptos como adecuado e inadecuado y como discreción. Se ha dicho que la ponderación de valores puede orientar un juicio en cuanto a su resultado, pero no puede justificar su resultado [...]”. LUIS PRIETO SANCHÍS. “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, cit., p. 58. La ponderación no es más que una metodología y no una ciencia exacta en la solución de los conflictos: “[...] El juicio de ponderación supone un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional, y ello con independencia de que pensemos que es capaz de conducir a la anhelada unidad de solución correcta o que, más escépticamente, consideremos que siempre queda algún hueco para el decisionismo y la discrecionalidad [...] únicamente quisiera subrayar que la ponderación dista de ser algo así como una regla matemática capaz de eliminar toda subjetividad [...]” (p. 71). En igual sentido, MATTHIAS JESTAEDT. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, cit., p. 75.
- 511 MATTHIAS JESTAEDT. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, cit., p. 75. La doctrina destaca como evidentes fortalezas de esta importante construcción doctrinal y jurisprudencial: 1. Racionaliza la interpretación jurídica con el propósito de lograr una debida interpretación jurídica del principio de proporcionalidad postulado en el derecho positivo; 2. Desarrolla los elementos para una adecuada carga argumentativa; 3. Desplaza los principios de un elevado y abstracto examen, y los coloca en una posición que facilita su análisis racional y argumentativo, y 4. Permite decantar la jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales.
- 512 ROBERT ALEXY. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 95: “[...] Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario [...]”.
- 513 ROBERT ALEXY. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit., pp. 97 y ss. Plantea el autor la denominada ley de colisión según la cual “[...] las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituye el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad [...]”.
- 514 ROBERT ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 457 y 458: “[...] El fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios [...]”. De acuerdo con los planteamientos de esa teoría, las reglas tienen por característica configuradora el hecho de que “[...] son normas que ordenan algo definitivamente [...]”, contienen mandatos que se tornan verdaderos a partir de una simple lectura de la norma, “[...] mandatos definitivos [...]”. Pueden estar sujetas a condición, esto es, su procedencia y aplicación dependen de una condición específica. Pueden también revestir una forma categórica: “[...] Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple [...]”. La diferencia con los principios es entonces palpable y ostensible. En principio no ordenan nada de manera definitiva; todo lo contrario: ordenan algo para que sea realizado en la medida de lo posible, en cuanto fáctica y jurídicamente sea posible. Como se ha advertido a partir de otros estudios de ALEXY, los principios, dada esa característica, son entonces “[...] mandatos de optimización [...]” que hay que optimizar, traducir al mundo de la realidad fáctica y jurídica, y “[...] pueden ser cumplidos en diferentes grados [...]”.
- 515 ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 81 y ss.
- 516 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715: “Para resolver los conflictos que se susciten entre los principios o entre principios y reglas jurídicas, se ha acudido al denominado juicio de ponderación, de conformidad con el cual, en un caso concreto, se otorgará primacía jurídica de un principio frente a otro, y en las hipótesis en que ‘... una regla entre en contradicción con la vocación normativa de un principio, sea o no de rango constitucional, pueden conducir a inaplicar los preceptos jurídicos que se derivan de éstas en un caso en concreto...’, o ‘... dar lugar a la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad de las mismas, cuando su contradicción u oposición resulte clara, manifiesta e indiscutible con un principio jurídico de mayor jerarquía...’. De ahí que, respecto de los principios se afirme que su pluralidad ‘... y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia entre su ponderación’, en la búsqueda de una optimización posible de todos, siendo propio de los principios ‘... su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente’. Pero, en esta tarea, es importante tener en cuenta que los principios por ser una norma jurídica de contenido general, son por naturaleza de textura abierta, lo que significa que están sometidos constantemente al desarrollo legal y jurisprudencial para la determinación de su alcance normativo, de manera que su eficacia se encuentra, en veces, condicionada a la interpretación de dicho contenido normativo, y también pueden ser susceptibles de integración a través de preceptos constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretarlo en forma clara e inequívoca”.
- 517 LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., p. 36.
- 518 *Ibíd.*, pp. 36 y 37.
- 519 ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 89: “[...] Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido el principio desplazado, ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferentes pesos y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso [...]”.
- 520 LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., p. 39.

- 521 CARLOS BERNAL PULIDO. “Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy”, en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 116.
- 522 ROBERT ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 459.
- 523 ROBERT ALEXY. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, cit., p. 5. Sostiene ALEXY que a partir de la articulación de esos tres elementos se les puede responder a los críticos de la metodología, en el sentido de que goza de amplios campos de razonabilidad y que no es esencialmente discrecional o retórica como se le ha pretendido calificar, y al respecto indica: “[...] Si no fuera posible formular juicios racionales acerca de, primero, la intensidad de interferencia; segundo, los grados de importancia y, tercero, la relación entre los elementos anteriores, las objeciones de JÜRGEN HABERMAS estarían justificadas. Así pues, la cuestión gira en torno a la posibilidad de realizar esa clase de juicios [...]”.
- 524 JOSÉ MANUEL CEPEDA ESPINOSA. “La ponderación de derechos en Colombia. El aporte de la jurisprudencia constitucional”, en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *La ponderación en el derecho*, cit., pp. 133 y ss.
- 525 Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005; Corte Constitucional. Sentencia T-013 de 2006: “En circunstancias excepcionales, los derechos pueden verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionales. En estos eventos, para asegurar su vigencia plena y garantizar una aplicación armónica de los mismos, primero el Legislador y luego los distintos operadores jurídicos, tienen la carga de buscar conciliar tales derechos, de manera que sólo cuando ello no sea posible y se genere un conflicto entre ellos, deben proceder a determinar las condiciones de prevalencia del uno sobre el otro a través de juicios de ponderación. A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite dichas ponderaciones. La Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. La tarea de los distintos operadores jurídicos es, entonces, la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro”.
- 526 ROBERT ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 460.
- 527 Ídem.
- 528 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de junio de 2001, exp. AP-166: “El método de la ponderación, se trata de un mecanismo de aplicación normativa al que debe recurrirse cuando no funcione el silogismo, para aplicar normas que no estén formuladas condicionalmente. Por ello es necesario a la hora de aplicar directamente los principios constitucionales, pues dado que, como se dijo, ellos ejercen un papel constitutivo del orden jurídico, deben coexistir, relacionándose íntimamente entre sí, de manera que ninguno de ellos tiene carácter absoluto pues, de ser así, se excluirían unos a otros, y terminaría negándose la existencia de la Institución jurídica que informan. Dado que los principios preceden y determinan otras entidades derivadas, llamadas instituciones jurídicas, dado que en una misma institución hay, siempre, dos o más principios en juego, dado que la vigencia absoluta de todos ellos en el marco de una determinada institución terminaría por generar su propia negación y la de ésta, entonces su aplicación directa demanda de un proceso por medio del cual se determine, de acuerdo con la norma específica que contenga los principios, a cuál de ellos debe dársele prioridad sobre los otros [...]”; cfr., en igual sentido, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de junio de 2009, exp. 04632-02.
- 529 CARLOS BERNAL PULIDO. “Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy”, cit., p. 118.
- 530 *Ibid.*, p. 119.
- 531 ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 89 y ss.
- 532 ROBERT ALEXY. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, cit., pp. 7 y 8. En respuesta a sus detractores, sobre todo en la medida en que traduce a números la lógica deductiva de la fórmula del peso, sostiene ALEXY: “[...] Ahora bien, la objeción es clara en la medida en que solo se puede hablar de cocientes en la presencia de números, y en la medida en que en los ejercicios de ponderación llevados a cabo en el derecho constitucional no se utilizan números. La réplica a esta objeción podría comenzar con la observación [de] que el lenguaje de la lógica utilizado por nosotros para demostrar la estructura de la subsunción no es utilizado en los razonamientos judiciales pero que este lenguaje es, sin embargo, la mejor vía posible para hacer explícita la estructura inferencial de las reglas. Esto mismo es aplicable para demostrar la estructura ilativa de los principios a través de números que son substituidos por las variables de la fórmula del peso [...]”.
- 533 ROBERT ALEXY. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, cit., pp. 8 y 9.
- 534 ROBERT ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 468.
- 535 ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 89 y ss.
- 536 ROBERT ALEXY. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, cit., pp. 9 y 10.
- 537 CARLOS BERNAL PULIDO. “Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy”, cit., p. 121, identifica las diversas posiciones de ALEXY al respecto, el cual parece defender dos diferentes formas de superar ese tipo de empates: una en el capítulo final de la *Teoría de los derechos fundamentales* y otra en el epílogo a esta obra, escrito quince años después de su publicación inicial. En la primera sostiene la presencia para tales efectos de la *in dubio pro libertate*; en la segunda defiende la teoría de la no desproporcionalidad. De acuerdo con la primera, en caso de empate domina el principio según el cual “[...] ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad debe prevalecer, sin que se invoquen a su favor razones más fuertes [...]”; en el segundo, “[...] en todo caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como no desproporcionada [...]”.
- 538 ROBERT ALEXY. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit., pp. 38, 39, y 101 y ss.
- 539 LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 49 y ss. Es mucho lo que se ha dicho en cuanto a la relación entre la ponderación y la proporcionalidad, pero no se ha dado una respuesta unánime y adecuada. En opinión del autor, su aplicación en relación con la ponderación es ante todo en el ámbito del control de la validez de los resultados de la ponderación, “[...] el control de la corrección de una ponderación de principios [...] No quiere decirse con ello que ambas instituciones se identifiquen o terminen confundiendo en una sola, sino, más bien, que se presuponen: de un lado, la comprobación de la corrección de una relación de precedencia condicionada supone la aplicación del principio de proporcionalidad a la regla que expresa el resultado de la ponderación [...]”. Lo cual significa que la ponderación y la proporcionalidad pueden darse de manera separada en la realidad administrativa. Cfr. la tesis contraria en JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit., pp. 107 a 109, donde vincula la ponderación con el subprincipio de la proporcionalidad, en estricto sentido componente del principio de la proporcionalidad.

- 540 CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 35 y ss.
- 541 JAVIER BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, RAP, n.º 135, 1994, p. 500. De conformidad con los trabajos de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, seguidos de cerca por nuestra doctrina y tribunales, se entiende por proporcionalidad o “prohibición de excesos”, en un sentido amplio, el principio constitucional que racionaliza el ejercicio del poder a los límites de lo estrictamente necesario, haciendo que las limitaciones a los derechos subjetivos derivadas del mismo sean las estrictamente necesarias de no existir otra posible: “[...] el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–) [...]”. En sentido estricto, la proporcionalidad se vincula con las ideas de ponderación y equilibrio en la búsqueda del cumplimiento de los propósitos estatales: “[...] Proporcional en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal –en cualquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)– debe ser útil, necesaria y proporcionada [...]”.
- 542 JAVIER BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, cit., pp. 498 y 499.
- 543 En relación con los fundamentos filosóficos y la evolución del principio de proporcionalidad, cfr. CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 37 y ss.
- 544 JAVIER BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, cit., p. 515. Un ámbito por excelencia de operatividad del principio de la proporcionalidad es el que se da a propósito del ejercicio de las llamadas facultades discrecionales de que goza la administración: “[...] Cuando la Administración ejerce potestades discrecionales. Cuanto mayor sea la libertad que la ley conceda a la Administración, con mayor intensidad se aplicará el principio de proporcionalidad, que, como otros tantos principios generales, constituye un valioso instrumento de control de la discrecionalidad, cualquiera que sea la naturaleza de las potestades discrecionales (bien se refiera a la posibilidad misma de intervenir –cuando la ley le permite a la Administración decidir con libertad la conveniencia o no de actuar–, o bien a la libre elección de los medios con los que ha de llevarse a cabo la intervención). Por lo que hace a la primera forma de discrecionalidad, del criterio de la proporcionalidad *strictu sensu* puede derivarse la prohibición de no intervenir si los perjuicios de la acción administrativa respecto de los interesados o de la colectividad fueran superiores a los beneficios que es capaz de producir; y en cuanto al segundo aspecto se refiere, el criterio de la necesidad o de la mínima intervención, p. ej., impondrá la selección del medio más moderado [...]”.
- 545 JAVIER BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, cit., p. 500.
- 546 CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 36.
- 547 JAVIER BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, cit., p. 500.
- 548 JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit., p. 105.
- 549 DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 32: “[...] La naturaleza implícita y explícita del principio de proporcionalidad nos obliga a contar con él en todas las esferas de actuación administrativa discrecional, de forma que su aplicación resulta obligatoria a la hora de poner en marcha cualquier tipo de actividad administrativa. Por ejemplo, la adopción de una orden de derribo trae consigo un juicio de proporcionalidad por parte del órgano administrativo competente, al igual que la ejecución forzosa de la misma. En este sentido podemos hablar de un principio en el ejercicio de las potestades administrativas, cuya virtualidad consiste en orientar el buen uso de las mismas [...] Los contratos administrativos pueden ser objeto de un juicio de proporcionalidad, especialmente en lo que afecta a los requisitos para ser contratista y los contenidos de la relación contractual. La peculiaridad del Derecho de contratos administrativos hace de éste un banco de pruebas para la proporcionalidad, a medio camino entre el homólogo privado del principio y la aplicación publicista del mismo. Sin embargo, en la medida en que se trata una relación entre el poder público y un particular con una tendencia al exceso, el principio interviene con toda su fuerza, pero con peculiaridades propias a la relación contractual cuando se aplique al contenido o extinción de ésta”.
- 550 Corte Constitucional. Sentencias C-448, C-309 y C-584 de 1997; C-068 y C-741 de 1999; C-371 y C-110 de 2000, y C-093 de 2001.
- 551 Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002: “En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio [...] La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del Estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de derecho, fuerza normativa de la Constitución y carácter inalienable de los derechos de la persona humana”.
- 552 Corte Constitucional. Sentencias C-1404 de 2000, C-173 y C-551 de 2001, y C-822 de 2005.
- 553 Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2004: “A fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. El operador jurídico debe, entonces, estudiar si la medida (i) es adecuada, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido; (ii) si es necesaria, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto. En último lugar, el juez lleva a cabo (iii) un examen de proporcionalidad en estricto sentido, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada”. Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009: “El test de proporcionalidad es un instrumento valioso para el análisis de los problemas de igualdad que surgen en aquellos eventos en los cuales determinadas disposiciones incorporan razones para dar un tratamiento distinto a supuestos de hecho que son asimilables. Cuando a partir de la norma y de sus antecedentes no es posible establecer la existencia de una razón para el trato diferenciado, se constataría directamente la afectación del principio de igualdad, sin necesidad de acudir al test de proporcionalidad, no siendo necesario acudir al test cuando se está ante situaciones que no resulten asimilables; frente a situaciones que son equiparables, si de la norma no se desprende una razón que explique el trato diferente, el mismo puede atribuirse, entre otras consideraciones, a una omisión legislativa por inadvertencia o por un abierto propósito discriminatorio, pero en la medida en que no existe una razón con base en la cual se pretenda justificar la diferencia de trato, tampoco es necesario acudir al test de proporcionalidad”.

- 554 Corte Constitucional. Sentencia 697 de 2004: “Una de las grandes dificultades en el control del respeto a la igualdad es hasta qué punto debe el juez respetar el criterio de diferenciación usado por las autoridades políticas, a fin de evitar un análisis demasiado estricto, que podría aniquilar el ordenamiento legal, o por el contrario adelantar un escrutinio demasiado respetuoso del legislador, que vacíe de eficacia este derecho. La única forma de superar esa dificultad es modular la intensidad del juicio de igualdad, teniendo en cuenta el grado de libertad de que goza la autoridad política. Esto conduce a la siguiente regla: entre mayor es la libertad de configuración del legislador en una materia, más deferente debe ser el control constitucional del respeto de la igualdad, mientras que ese escrutinio judicial debe ser más riguroso cuando el Legislador utiliza criterios o regula esferas en donde su margen de apreciación ha sido restringido por la propia Constitución. La necesaria modulación del juicio de igualdad y su relación con el grado de libertad de configuración de la autoridad política ha sido reconocida por esta Corte en innumerables ocasiones”.
- 555 Corte Constitucional. Sentencias C-309, C-584 y C-448 de 1997; C-068 y C-741 de 1999; C-371 y C-110 de 2000; C-648 y C-093 de 2001, y C-822 de 2005.
- * Capítulo revisado por la profesora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.
- 556 JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 10 y 11.
- 557 En cuanto a las formas de acción o actividad administrativa también denominadas funciones materiales de la administración pública, han sido objeto de las más variadas clasificaciones y posturas doctrinales. Para los franceses el problema se resume en la división dicotómica entre la actividad de policía y de servicio público, entre las cuales se engloba la totalidad de responsabilidades públicas (JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, cit., p. 453). En España, por el contrario, algunos sectores prefirieron ampliar ese marco funcional proponiendo una clasificación ya clásica en ese país de actividad de limitación o de policía, de fomento y de prestación o de servicios públicos (LUIS JORDANA DE POZAS. “Ensayo de una teoría de fomento en el derecho administrativo”, REP, n.º 48, 1949), la cual se ha visto acrecentada en la reciente doctrina por las de actividad administrativa sancionadora, arbitral, interior o reflexiva, de planificación, jurídica material o técnica, etc. (RAMÓN PARADA VÁZQUEZ. *Derecho administrativo*, t. I, cit., p. 399). En las últimas ediciones de su *Manual de derecho administrativo* PAREJO ALFONSO adopta una amplia clasificación de la materia, así: actividad interna mixta y externa; actividad de derecho público y actividad de derecho privado o derecho común; actividad jurídica y actividad material real o técnica; actividad unilateral y actividad contractual; actividad de ordenación e intervención, de planificación, de preservación, de prestación económica, de fomento, arbitral e infraestructural (t. I, pp. 473 y ss.).
- 558 MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Premisas*, cit., p. 11, y *Derecho administrativo*, cit., pp. 38 y 39. En esos importantes trabajos jurídicos el autor realiza una breve aproximación al origen etimológico de la palabra administración para demostrar lo relativo de su utilización histórica y reafirmar el sentido que la Revolución Francesa le imprimió. Por ejemplo, en el lenguaje romano del período republicano se encuentran vocablos como *administrare* o *Minister*, etc., que por sus utilidades y transformaciones no pueden constituirse en términos jurídicos, pues con el transcurso de los años sobrevinieron muchos cambios en su acepción; así, *ministrare* en latín clásico significaba “estar al servicio de una obligación” (*ministra-coenam*); posteriormente lo encontramos significando “dar, suministrar”; *Minister*, por su parte, era el subalterno encargado de la obligación, y *ministerium* la obligación menor. “Por la evolución, se transformó en acepción honorífica (p. ej., los magistrados como *Ministri legum*). Sin embargo, *administrare*, *administrator*, *administer*, *administra*, *administratio* expresaban una función más elevada que se podría traducir en la perifrasis de “desarrollar una actividad especializada como auxiliar o como cargo secundario”. Pero, enseguida, el significado tiende hacia el sentido de “encargarse de una actividad especializada”, “tener el encargo de”. Así, el procónsul ayudaba al cónsul en el *administrare provinciam*, pero *administrare bellum* significaba dirigir la guerra, *administratio navis* el gobierno de la nave, etc., hasta que encontramos en los juristas *administrare negotia*, equivalente a “encargarse de los negocios”. En la época imperial *administrare* comenzó a tener un significado mucho más técnico, y *ministerium* a significar cargo o función: “téngase en cuenta que el antiguo significado de ministro estaba todavía en uso hasta el siglo pasado, para indicar al oficial de confianza del gran propietario agrícola, encargado de gestionar los problemas del patrimonio agrícola”. En el alto medievo *administratio* tenía un significado técnico y preciso, sobre todo en el derecho privado: “administración del buen padre de familia”. MARÍA MOLINER. *Diccionario de uso del Español*, Madrid, Gredos, 1989: “Del latín *administrare*, de *minister*, ministro, de *ministerium* o de *menester* y ministerio”.
- 559 Ídem. Cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*.
- 560 Algún sector de la doctrina pretende encontrar entre estas dos características de la administración elementos contrapuestos; al respecto cfr. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., p. 37. En nuestra opinión la práctica jurídica enseña que se trata de dos significados o acepciones complementarias.
- 561 Tanto en lo subjetivo como en lo objetivo la administración no pierde su carácter genérico de acción o teleológico social, esto es, de motor indiscutible para el logro de las finalidades estatales. El hecho de su aparente dicotomía no le quita al fenómeno su carácter y la razón de ser de su institucionalización. Ahora bien, debemos reconocer que, por vía de excepción, la administración realiza actos reglados de ejecución simple de la legalidad, que no niegan la regla general y más bien la confirman. Es más, en un criterio amplio la simple ejecución formal de la ley coadyuva al cumplimiento de las finalidades estatales. En ese sentido no compartimos las apreciaciones de GARRIDO FALLA (*Tratado de derecho administrativo*, cit., pp. 34 y 35) para quien la idea de acción como criterio determinante de la administración queda opacada por la existencia de actuaciones de la administración que no implican finalidad alguna, son simplemente ejecución de la ley. Por ejemplo, un acto de nombramiento: “... cuando el Estado realiza estos nombramientos, actúa [...] Pero no mediante una actuación material semejante a la que antes se ha señalado”. Ahora bien, los fenómenos de la economía están llevando a algunos sectores doctrinales a replantear el papel central de la administración en los cometidos estatales frente a la sociedad. En lo que se ha dado en llamar el nuevo papel del Estado se advierte la tendencia pronunciada de sostener que la administración no puede entorpecer la actividad privada en el suministro de bienes, servicios y prestaciones a la comunidad dentro de la economía de mercado, lo que implica un replanteamiento del concepto sustancial de administración pública en los términos expuestos. Al respecto cfr. GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público*, cit., pp. 249 y ss.
- 562 SABINO CASSESE. *Las bases del derecho administrativo*, Madrid, MAP e INAP, 1994, p. 45: “Las administraciones que tutelan fines que no son públicos no pueden denominarse públicas, aunque pertenezcan a entes públicos”.
- 563 La policía administrativa debe ser entendida y analizada como una actividad evolucionada desde sus primeras formulaciones, sobre todo entrado el siglo XXI y sumidos la mayoría de los Estados en concepciones sociales de derecho. Como lo afirma INAP (“Alguna precisiones sobre el concepto de policía”, RAP n.º 81 1976), el concepto de policía es radicalmente proteico, variable en el tiempo y en el espacio; de ahí que su concepto y definición no puedan permanecer estáticos en la doctrina ni en la jurisprudencia. Desde sus más remotos orígenes en la Grecia antigua se le particularizó como la esencia material de la actividad propia de la *polis*, esto es, de la comunidad misma, siendo entendida por lo tanto como cosa del común o pública, del interés de todos, que vino a ser invocada con connotaciones políticas por los soberanos medievales para luchar contra los privilegios individualistas feudales: “El monarca combate el orden feudal no en interés propio, sino en interés de la *salus* pública, articulada en unas *bon ordre et police*”. Sin embargo, es en Francia en donde al concepto se le otorga un claro giro restrictivo de las libertades por razones de interés general. Precisamente en el edicto de la *lieutenance générale de la police* parisina de 1667, que después se hizo extensivo a todo el país, se logró consolidar esa idea, que en opinión de NIETO significó un momento trascendente en la historia del concepto: se identificaron los fines de la policía con los de la administración interior del Estado. El solo hecho de que en el mencionado edicto se asumieran responsabilidades de seguridad pública y ciudadana,

limitándose ciertas libertades para garantizar el interés general, significó abrir paso a una nueva concepción de la administración en sus más incipientes manifestaciones en un estadio de la historia previa a la institucionalización del poder. Aproximándonos a un concepto moderno de actividad administrativa de policía podemos indicar que en ella se recoge el conjunto de medidas de intervención y ordenación de las actividades y derechos de los particulares, utilizadas por la administración para que el asociado dirija su actuación dentro de los senderos que garanticen el interés general. De ahí que la doctrina señale como fenómenos típicos de esa actividad los de limitación de derechos y libertades, ejercicio de la fuerza y la coacción, todas ellas justificadas bajo el principio de legalidad dentro de un Estado social de derecho y con el único propósito de ofrecer soluciones efectivas a la comunidad. Algunos sectores doctrinales prefieren denominar la actividad de policía como actividad administrativa de limitación, precisamente porque dentro del moderno Estado social de derecho constituye la característica primordial de la actividad para propósitos sociales, llegándose incluso a destacar como sus principales formas de manifestación: el sacrificio de situaciones de mero interés; las limitaciones administrativas de derechos; las expropiaciones, las transferencias coactivas no expropiatorias, los comisos y las prestaciones forzosas; la imposición de deberes u órdenes; la delimitación administrativa de derechos privados, la eliminación de titularidades privadas, las nacionalizaciones, la extinción del dominio, las medidas de orden público, las limitaciones sanitarias, las restricciones por razones ambientales, la configuración por la administración del contenido de los derechos privados, etc. (RAMON PARADA. *Derecho administrativo*, t. I, cit., p. 408 y ss.). Acerca del concepto clásico de policía administrativa cfr., igualmente, FERNANDO GARRIDO FALLA. “Los medios de la Policía y la Teoría de las sanciones administrativas”, RAP, n.º 28, enero-abril de 1959, y ALBERTO MONCADA LORENZO. “Significado y Técnica Jurídica de la Policía Administrativa”, RAP n.º 28, enero-abril de 1959.

564 De conformidad con los trabajos de la doctrina alemana, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. II, cit., p. 103, proponen que la vieja teoría de la policía de la administración debe ser reconducida a su función específica del orden público. En cuanto al componente de facultad interventora de la administración que eventualmente podría integrar el concepto se propone, en consonancia con los trabajos doctrinales alemanes, el de administración ordenadora, no en el sentido estricto de orden público sino en el de significar la función que se le reconoce a la administración de intervenir en las actividades privadas limitándolas. De donde se deduce que orden público, administración ordenadora o limitadora, y actividad prestacional de la administración son conceptos diversos.

565 En el análisis jurídico de la administración ordenadora de la actividad de los particulares LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo. Instituciones básicas*, cit., p. 641, agrega que la intervención jurídica “... Se traduce, pues, en una incidencia restrictiva y, en su caso, negativa en la esfera jurídica de estos, que encuentra su justificación en la necesidad de articulación o coordinación de aquellas situaciones y, en general, de la actividad privada (ejercicio de libertades públicas; uso, disfrute y disposición de derechos subjetivos de naturaleza pública o privada; e, incluso, afirmación y actuación de situaciones establecidas de mero interés jurídico), bien con el interés general o público en sentido objetivo, bien incluso con los derechos o intereses legítimos de otros ciudadanos o administrados [...] La ordenación y, sobre su base, la intervención, así como las limitaciones de ésta derivadas, presuponen necesariamente, pues, la existencia de posiciones activas privadas (de libertad o patrimoniales, protegidas en calidad de derechos subjetivos o de simples intereses legítimos) y no tiene por objeto el sacrificio o ablación de éstas, sino tan solo su restricción, su reconducción a determinados límites. Por ello y como regla general, tales limitaciones no dan derecho, por sí solas, a indemnización, en cuanto cargas generales que se imponen al cuerpo social y deben ser asumidas por éste...”.

566 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 181.

567 En el derecho administrativo colombiano se viene trabajando de tiempo atrás la materia de la actividad ordenadora e interventora del Estado en los asuntos privados a través de la óptica de las antiguas elaboraciones del derecho de policía, aunque se observa, sobre todo a partir del texto constitucional de 1991, la tendencia normativa a diferenciar entre actividades administrativas de ordenación, de simple orden público y de prestación o asistencia, lo cual implica que la teoría del poder de policía y los consecuentes desarrollos de la policía administrativa se reconduzcan doctrinalmente por los senderos de una pronta revisión de sus fundamentos teóricos, y nos acerquemos más a una teoría moderna de la institución. Corte Constitucional. Sentencia T-873 del 4 de noviembre de 1999: “La noción clásica de poder de policía en el Estado social de derecho, entendida como la facultad de las autoridades administrativas, titulares de este poder, para establecer límites a los derechos y libertades de los administrados con el fin de conservar el orden público –definición de policía administrativa–, pasa a convertir este fin –la defensa del orden público– en un medio. En donde el poder de policía, hoy, ha de buscar no la limitación de los derechos y libertades de los individuos que habitan el territorio, sino el efectivo ejercicio de éstos. En otros términos, el poder de policía ha de mirar más hacia la realización de los derechos y libertades individuales que a su limitación. En donde la preservación del orden público deja de ser un fin para convertirse en el medio que permite el efectivo ejercicio de aquellos. Orden público constituido por las clásicas nociones de seguridad, salubridad y tranquilidad. La policía, en sus diversos aspectos, busca entonces preservar el orden público. Pero el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo, sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. En el Estado social de derecho el orden público es, entonces, un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía. La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa, sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público (sent. C-024 de 1994) [...] Dentro de este marco, los titulares de este poder y quienes ejercen el control sobre su ejercicio han de tener en cuenta que los derechos y las libertades de los individuos constituyen no sólo su razón de ser sino su límite [...] En la sentencia C-024 de 1994 esta corporación fijó unos parámetros que han de tenerse en cuenta para el ejercicio de este poder, en especial, del poder de policía administrativa, definida como el ‘poder jurídico por parte de las autoridades de tomar decisiones que limitan la libertad y propiedad de los particulares’. Estos parámetros, en términos generales, pueden resumirse así: – *Sometimiento al principio de legalidad*. Máxime cuando lo que está en juego es la restricción de derechos y libertades de rango fundamental. – *Primacía de los principios de eficacia y necesidad en el uso del poder y las medidas que se adopten*. No siempre las medidas que adoptan las autoridades administrativas en uso de este poder resultan ser las más eficaces para el fin propuesto, pero sí lo suficientemente lesivas de los derechos y libertades de los individuos. Por esta razón se afirmó en la sentencia en comentario que ‘La adopción del remedio más enérgico –de entre los varios posibles– ha de ser siempre la *ultima ratio* de la policía’. – *Proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas*, teniendo en cuenta las circunstancias y el fin perseguido con la medida a imponer, puesto que ‘El poder de la policía se ejerce para preservar el orden [...] No puede entonces traducirse en una supresión absoluta de las libertades’. Si bien las decisiones adoptadas en uso de este poder son discrecionales, esa discrecionalidad tiene límites impuestos por el propio legislador, al exigir que éstas sean adecuadas a los fines perseguidos, y proporcionales a los hechos que le dan origen (art. 36 CCA). Razón por la que se afirma que, en esta materia, la motivación del acto es esencial, no como simple requisito de legalidad, sino como un medio de control para el ejercicio de este poder, dado que ella permitirá definir si la medida adoptada cumple los requisitos antes mencionados. De esta manera, se podrá establecer si hubo exceso o desvío de poder por parte del funcionario correspondiente. – *Observancia del principio de la igualdad*. Al respecto, se afirmó en la sentencia en comentario: ‘el ejercicio del poder de policía no puede traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población’”.

568 Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003: “En un Estado social de derecho la intervención estatal en el ámbito socioeconómico puede obedecer al cumplimiento de diversas funciones generalmente agrupadas en cuatro grandes categorías: una función de redistribución del ingreso y de la propiedad expresamente consagrada en varias disposiciones de la Constitución con miras a alcanzar un ‘orden político, económico y social justo’ (Preámbulo); una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores (arts. 334 inc. 1.º, 339, 347, 371 y 373 de la C. P); una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución (arts. 49 y 150, numeral 19, por ejemplo); y, todas las anteriores, dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social, como el derecho de propiedad privada pero entendido como ‘función social’ (art. 58 CP) o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la ‘función social’ de la empresa (art. 333 CP) en aras de la ‘distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (art. 334 CP) [...]”.

569 Constitución Política de Colombia, artículo 1.º.

570 *Ibid.*, artículo 333.

571 En ese sentido nos apartamos en el derecho nacional de las construcciones teóricas clásicas en la materia, principalmente de los trabajos de ORESTE RANELLETTI. “Teoria generale delle autorizzazione e concessione amministrativa in giurisprudenza italiana, de 1894, quien, bajo criterios absolutamente limitados, señala a la concesión simplemente el fenómeno autorizatorio. Los fundamentos constitucionales nacionales no nos permiten hacer esa tajante distinción en cuanto, para efectos interventores en la economía, parten no de conceptos específicos con efectos jurídicos predeterminados, sino, por el contrario, de una nominación de actos propios de la intervención que, de acuerdo con sus necesidades y características, pueden revestir efectos y naturalezas jurídicas diversas, desde simplemente autorizatorios, simplemente tendientes a hacer eficaz un acto, hasta verdaderas manifestaciones de voluntad creadoras de situaciones jurídicas concretas y específicas. La moderna complejidad del mundo jurídico, en especial de las relaciones derivadas de los fenómenos de la economía, impiden que decisiones de la trascendencia como las que nos ocupan se midan de manera exclusiva en la dirección propuesta por RANELLETTI. En las consideraciones clásicas de RANELLETTI ese paralelo conceptual significa aceptar que, mediante decisión discrecional de la administración, con la concesión el sujeto adquiere un derecho o poder del que carecía, mientras que con la autorización, permiso o licencia, por el contrario, y por regla general, remueve un límite para el ejercicio de un derecho subjetivo preexistente cuando la norma interventora lo ha previsto por razones de interés público, ubicando el fenómeno, por lo tanto, a diferencia de la concesión, en el ámbito de decisiones unilaterales altamente regladas, tesis, por lo demás, ampliamente controvertida en la doctrina dados los alcances que se han venido dando a la intervención del Estado en la vida de los ciudadanos, y que rebasa los supuestos clásicos de la actividad de policía (tranquilidad, seguridad, y salubridad pública) e incursiona por senderos mucho más complejos, como los propios de las actividades económicas, en donde pueden eventualmente existir márgenes de apreciación discrecional de la administración, en los casos en que el legislador así lo disponga, para mejor garantizar el interés público o general y, por lo tanto, en donde lo determinante para la comparación no es propiamente la preexistencia de un derecho.

572 JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *La autorización administrativa*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2006, pp. 31 y ss.

573 CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ. *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Dykinson, 1996. Uno de esos temas, ampliamente conocido y aplicado por la administración romana, fue precisamente el de las concesiones autorizatorias en cuanto se abordaron básicamente las relativas a bienes públicos y obras públicas. El derecho romano se ocupó, en cuanto fueron figuras jurídicas de uso ordinario de la administración, de las complejidades propias de esas instituciones, en la medida en que la temática relativa, entre otras, a las obras públicas, los servicios públicos y su prestación indirecta por sociedades privadas, en razón más de su practicidad que de ideología, fue recurrente y habitual para el desarrollo de las obras, el urbanismo, la prestación de servicios, el recaudo de impuestos, etc. Las autoridades romanas acostumbraban realizar las obras públicas mediante verdaderos contratos que hoy podríamos catalogar como administrativos con sociedades privadas; contratos de un profundo y variado contenido de disposiciones relativas a la obra o el servicio, elaborados sobre la base de las *leges locationes* dictadas por los censores y más tarde por el emperador o sus delegados (FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, cit., p. 218). Entre las concesiones romanas se destacan las otorgadas para efectos recaudatorios de rentas relativas al uso, disfrute o explotación de las *res publicae* y las *res universitatis*, con carácter exclusivo o preferente, por los particulares o una colectividad. Concesión bastante común entre mediados de la república y la época justiniana. En esa misma dirección fueron comunes las concesiones relativas a la explotación del dominio público, *ager publicus*, entre las cuales la doctrina destaca las autorizaciones para edificar en lugares públicos; la explotación de minas o salinas públicas, puentes públicos (cuya utilización exigía el pago del correspondiente y moderno peaje) y vías de comunicación; el derecho exclusivo o preferente de pesca de determinados peces como atunes o salmones; las derivaciones de agua pública para usos particulares, etc.; la prestación de servicios públicos, como la vigilancia antiincendios, los baños públicos, los suministros públicos, el cobro de impuestos, etc.; la contratación de una obra pública, sistema por el cual se hicieron realidad numerosos palacios, faros, puertos y cárceles, y las autorizaciones para construir edificaciones en el mar o en el litoral (FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, cit., p. 218). Si bien es cierto que en el derecho romano no existió una norma general que regulara o se ocupara del fenómeno recurrente de las concesiones en sus diferentes modalidades y estilos, variadas disposiciones legales de carácter especial se ocuparon del tema, como ocurrió en materia minera (*lex metallis dicta*), en asuntos agrarios (*leges locationes*), y en materia municipal (*lex julia municipales*) en donde se destacan los mecanismos de conservación de las vías públicas, para lo cual se disponía de la contratación con sociedades de particulares habilitados para cobrar los cánones correspondientes a los vecinos colindantes con las vías, a fin de obtener los recursos necesarios para el mantenimiento (LEÓN HOMO. *La Roma imperial y el urbanismo en la antigüedad*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana –UTEHA–, 1956, pp. 322 y ss.). De cualquier forma, como lo destaca el profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en todas esas disposiciones se observan unos rasgos comunes de los cuales se puede deducir la existencia de un marco conceptual común para los fenómenos descritos. Si bien la terminología no es unitaria, señala este investigador del derecho romano, existen puntos en común que permiten edificar algunas apreciaciones conceptuales: “[...] se utilizan con profusión los términos *concedere* y *permitere*; está previsto un amplio elemento de interdictos dirigidos a la defensa de los concesionarios públicos; existe un riguroso y formal procedimiento previo a la concesión; los concesionarios se adhieren, en su caso, a unos minuciosos pliegos de condiciones, en los que se recogen aspectos referidos al carácter temporal o perpetuo de la concesión, las facultades y obligaciones del concedente y concesionario, las modalidades de pago del canon o vectigal, las eventuales garantías a prestar por el concesionario y los controles a realizar por parte del ente público concedente [...]” (FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, cit., pp. 218-219).

574 Vencidos los estadios de actuación directa del derecho romano, se observa la caracterización histórica de la concesión en las antiguas estructuras contractuales medievales como las daciones *regalísticas* o *privilegia principis*, los derechos reconocidos a las grandes compañías de colonización, incluso las denominadas capitulaciones que fueron la base de la colonización en América, los arrendamientos de servicios y de bienes que antes de la institucionalización del poder, bajo el contexto del Estado autoritario, fueron comunes (GARCÍA DE ENTERRÍA. “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, cit.). Así mismo, la doctrina determina algunos antecedentes de la institución en el viejo derecho castellano como, por ejemplo, la de la *encomienda*, mediante de la cual se promovió durante el *antiguo régimen*, por lo menos en Castilla, el desarrollo de actividades de presencia del poder real por intermedio de súbditos debidamente autorizados para efectos de la explotación económica y el usufructo ilimitado de terminadas actividades, de lo que el monarca recibía a cambio servicios del encomendero como los de apoyo militar, dado el caso.

575 PROSPER WEIL. *Derecho administrativo*, cit., pp. 74 y ss. No obstante el anterior marco de antecedentes y configuraciones de la institución, podemos afirmar sin lugar a equívocos que la formación de la figura con las connotaciones a las que se refieren los autores del derecho administrativo moderno se obtiene de las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales en torno a la implementación de las políticas de obras públicas y de prestación de servicios en los Estados de influencia jurídica continental o europea. Esa situación es notoria en los modelos de Estado surgidos de la Revolución Francesa, en donde la concesión se convierte en el mecanismo jurídico estelar vinculado a la gestión de los servicios públicos, principalmente en los de carácter económico, respecto de los cuales la administración debe dar una respuesta oportuna y coherente frente a los usuarios, que los recurren y reclaman, respuestas que no pueden brindarse exclusivamente a partir de simples decisiones de policía administrativa o actividades de fomento. Se necesita la colaboración de los privados, básicamente de sus capacidades técnicas y económicas, en muchos casos garantizándoles la conformación de monopolios dada la carencia absoluta de competencia y la imposibilidad ideológica de la administración para actuar de manera directa.

576 Constitución Política de Colombia, artículo 333.

577 LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 75 y ss., y 159 y ss.

578 LUCIANO PAREJO ALFONSO. “Estudio preliminar”, en MAGDALENA CORREA HENAO. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad

externado de Colombia, 2008, pp. 25 a 55.

- 579 Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003: “[...] Ahora bien, la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina se habla de intervención estatal global, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas [...]”.
- 580 Constitución Política de Colombia, artículo 333.
- 581 Corte Constitucional. Sentencias C-1162 de 2000 y C-741 de 2003. “En materia de libertad de empresa en la prestación de servicios públicos domiciliarios, esta Corte ha resaltado que ‘en el Estado Social de Derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, pues debe recordarse que, además de la empresa, la propiedad también es una función social (art. 58 CP) y que la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (art. 333 CP)’ y en consecuencia su ejercicio está sometido no sólo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las comisiones de regulación [...] Lo anterior evidencia que el ejercicio de los derechos de asociación, de participación, de libertad de empresa y de libre competencia en materia de servicios públicos puede ser objeto de limitaciones orientadas a garantizar, entre otros fines, la eficacia de su prestación, la calidad del servicio y la ampliación de la cobertura a los sectores más necesitados en aras del principio de solidaridad. Con el fin de examinar la limitación a las organizaciones solidarias para poder prestar servicios públicos domiciliarios, pasa la Corte a recordar el régimen legal de la participación de las organizaciones solidarias y de las empresas de servicios públicos en la prestación de los mismos”.
- 582 Constitución Política de Colombia, artículo 334.
- 583 Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003: “[...] En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Así, el mercado económico no es un fenómeno natural sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social [...]”.
- 584 LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., pp. 25 y ss. Además de la bibliografía general en relación con la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad que sirve de sustento a las propuestas que se incluyen en la parte primera de esta obra, cfr. los trabajos compilados en LUIS ORTEGA ÁLVAREZ y SUSANA DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit.; SÉRVULO CORREIA. *Legalidad e autonomía contractual nos contratos administrativos*, cit., pp. 705 y ss.; LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, cit., pp. 98 y ss.
- 585 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 181; cfr., así mismo, LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 641.
- 586 JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *La autorización administrativa*, Civitas, 2006, pp. 83 y ss.
- 587 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. II, cit., p. 140. Dependiendo de lo que disponga el legislador, las autorizaciones pueden caracterizarse por ser regladas o discrecionales (pp. 100 y ss.). Al respecto los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ analizan el problema a partir de consideraciones diversas, sin desconocer, como lo hemos destacado, que el asunto de la conceptualización de autorización no es un asunto pacífico en la doctrina dada la multiplicidad de factores que impiden la elaboración unívoca del concepto apropiado y jurídicamente correcto. No obstante lo anterior, el tema de las autorizaciones se analiza desde una óptica mucho más amplia y profunda, como es la de las incidencias de la acción administrativa en las situaciones jurídicas de los administrados, dentro de la cual se analiza el acto administrativo desde la perspectiva de las consecuentes operaciones globales adelantadas por la administración, con el propósito de darle sentido. La ejecución de los actos administrativos, sostienen estos autores, puede incidir en la esfera jurídica de sus destinatarios creando situaciones de géneros diversos, como derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes, así como, también, su ejecución puede llevar a que la administración elimine limitaciones que afectan el ejercicio de derechos, facultades o poderes, esto mediante decisiones favorables o ampliatorias de la esfera jurídica del destinatario, caracterizadas por ser esencialmente declarativas de derechos, contrarias materialmente a las simplemente desfavorables o de gravamen. Con las decisiones favorables los derechos, facultades o poderes creados, reconocidos o ampliados por los actos administrativos, salvo las excepciones de ley, entran definitivamente en el patrimonio jurídico de sus destinatarios. En la obra de los profesores citados se destacan entre las decisiones favorables, a título simplemente enunciativo y con dudas profundas en agotar una posible topología, los actos que tienen por objeto concesionar, aprobar, autorizar, inscribir y registrar titulaciones activas, dispensas, subvenciones, reconocimientos de derechos, declaraciones de exenciones, etc. Las decisiones de gravamen o desfavorables son aquellas que se caracterizan por restringir o afectar negativamente la esfera jurídica de sus destinatarios, creando respecto de ellos obligaciones, deberes y cargas que antes no tenían, al igual que restricciones, limitaciones o extinciones de titularidades activas previas. Los ejemplos de esa topología de decisiones se desprenden comúnmente de los trabajos de la que consideran los autores “revaluada teoría de la actividad administrativa de policía”, propia de la cameralística absolutista, y la cual se expresaba mediante órdenes, autorizaciones, sanciones y coacciones, con el propósito de limitar y restringir los derechos ciudadanos a fin de evitar o prevenir peligros que afectarían los intereses de la comunidad. En líneas generales, la tesis de esa corriente doctrinal se basa en no considerar como regla absoluta el tema de los derechos preexistentes, de manera tal que el contenido de las limitaciones legales se reconduzca única e irremediablemente a los mismos. Lo que quiere la doctrina es hacer comprender dentro del concepto de autorización todas las diferentes variedades de actuaciones susceptibles de limitaciones. Sobre esa base conceptual los autores entienden la autorización o licencia como todo acto mediante el cual la administración consiente a un particular el ejercicio de una actividad, inicialmente prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente.
- 588 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y decisión administrativa de licencia urbanística”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- 589 GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 131. Al intento doctrinal de lograr una explicación satisfactoria del concepto de licencia o de sus acepciones afines se oponen múltiples obstáculos, entre ellos la variedad terminológica y la escasa o nula disciplina con la que las normas positivas manejan los diferentes términos en uso. Es común encontrar que se aplican indistintamente las voces licencia, permiso, autorizaciones, trámites de

verificación previa, y la existencia de suficientes razones jurídicas y doctrinales para establecer diferencias entre esa pluralidad de conceptos, o la presencia de razones poco o nada justificables en los correspondientes ordenamientos jurídicos.

- 590 GUIDO LANDI. “Licenza (diritto amministrativo)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, t. XXIV, 1974, pp. 635 a 637: “[...] La verdad es que, como se advierte de la legislación administrativa, los términos autorización, licencia, permiso, *nulla osta*, son usados promiscuamente, de modo que el empleo de cualquiera de estos conceptos, para indicar una categoría predeterminada, puede generar grandes confusiones [...]”.
- 591 JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 471 y ss.
- 592 GASPAR ARIÑO ORTÍZ. *Principios de derecho público económico*, cit., p. 560.
- 593 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2007, exp. 11.542: “Si bien es cierto que de conformidad con la Constitución Política (arts. 150.8, 150.23, 365, 367 y 369) corresponde a la ley: establecer el régimen jurídico de los servicios públicos, definir sus pautas, parámetros generales y aspectos estructurales, definir áreas prioritarias de inversión social, determinar el régimen de participación ciudadana y municipal, e incluir en los planes y presupuestos de la Nación el gasto social, también lo es que la misma Constitución (art. 370) confirió al Presidente la facultad de trazar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, funciones que puede delegar en las comisiones de regulación, circunstancia que demuestra cómo se trata de funciones que no requieren del ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario”.
- 594 Corte Constitucional. Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003.
- 595 Ídem.: “La autorización que contiene la Carta para que los particulares puedan prestar los servicios públicos en desarrollo del derecho a la iniciativa privada, supone la posibilidad de que los particulares obtengan por medio de dicha actividad los efectos que motivan tal iniciativa privada, uno de los cuales es la obtención de utilidad, siempre que ésta sea la propia de un mercado competitivo, en los términos previstos en la Constitución, y no la que se genera en condiciones ineficientes, como sucede cuando la provisión monopólica u oligopólica carece de un adecuado ejercicio de la función de regulación”.
- 596 Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1999: “La regulación de los servicios públicos es tarea propia del legislador tal como lo ordenan los artículos 150-23 y 365 de la Constitución, en cuyos textos se lee: ‘Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: ... ‘Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos [...] Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios...’ (resalta la Corte). A nivel territorial les compete a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales reglamentar en sus respectivos territorios la prestación de tales servicios (arts. 298, 300-1, 311 y 313-1 CN). Así las cosas, existe en este campo una competencia concurrente; por una parte a la ley ‘le compete establecer por vía general el régimen jurídico de los servicios públicos, esto es, expedir el estatuto básico que defina sus pautas y parámetros generales y que regule los demás aspectos estructurales de los mismos (arts. 150-23 y 365 CN)’. Y a los departamentos y municipios ‘desarrollar por la vía del reglamento la preceptiva legal y adecuarla a las particulares peculiaridades propias de su ámbito territorial’. En otros términos, corresponde a las autoridades de esos niveles ejercer la potestad reglamentaria para dar concreción y especificidad a la normación legal de modo que con sujeción a sus parámetros, dispongan lo conducente a la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos según las características de las necesidades locales [...]” (sic).
- 597 Corte Constitucional. Sentencia T-540 de 1992. Así lo ha entendido la Corte Constitucional al sostener que “Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP art. 2.º). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros. Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público, sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1.º y 2.º). A través de la noción de servicio público, el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma, se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población”.
- 598 Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992: “[...] Se consagra en esta disposición una categoría especial de servicios públicos, los llamados ‘domiciliarios’, que son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. Son características relevantes para la determinación del servicio público domiciliario las siguientes, a partir de una criterio finalista: a) El servicio público domiciliario –de conformidad con el artículo 365 de la Constitución– puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios. b) El servicio público domiciliario tiene una ‘punto terminal’ que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario ‘la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa’. c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinada a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna [...]”.
- 599 Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 1992: “[...] El tema de los servicios públicos comprende una de las materias de mayor sensibilidad en la opinión colectiva, sobre todo después del abandono del concepto de servicios públicos gratuitos que tantas expectativas causó en los comienzos del Estado social de derecho. Hoy en día esa gratuidad ha sido abandonada quedando superávit en pocos servicios como la Justicia (art. 229 CN), o la Educación (art. 67 CN), o la Salud (arts. 49 y 50 CN), de manera más o menos parcial. Actualmente, los servicios públicos son onerosos, surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (numeral 9 artículo 95, y artículo 368 ibídem). La determinación de los costos de los servicios, implica la evaluación de un conjunto de factores que va desde la cobertura y oportunidad en su prestación hasta la eficiencia y clasificación de los distintos tipos de usuarios de los mismos. Si a esto se agrega la circunstancia de que para impulsar el desarrollo en un país, se requiere que sus habitantes dispongan de agua potable, energía eléctrica, medios de comunicación, etc., se aprecia la dimensión del esfuerzo del legislador a fin de conciliar la realidad con los objetivos de justicia social y equidad que se encuentran en el origen y justificación de la organización de los servicios públicos. La Constitución Política de 1991, se ocupa de la cuestión de manera expresa, en varios de sus preceptos, para deferir a la ley el señalamiento de las competencias y responsabilidades en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá especialmente en cuenta: 1. Criterios de costos; 2. La Solidaridad Social; y 3. El Principio de Justicia Social Distributiva que la ciencia económica denomina de la ‘redistribución de ingresos’ [...]” (sic).
- 600 Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 1998: “[...] La prestación y cobertura de los servicios públicos, (en general, y, en especial, de los domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible), está supeditada no sólo a la capacidad financiera, técnica y administrativa de las respectivas empresas, sino a la demanda y capacidad de pago de los usuarios. Las fórmulas para fijar las tarifas

de estos servicios están determinadas no sólo por el consumo correspondiente, sino por los costos y los gastos propios de la operación (expansión, reposición de equipos, mantenimiento), aumentos de productividad, etc. Naturalmente que, en la fijación de los costos deberá actuarse racionalmente, evitando todo exceso que perjudique al usuario [...]. La suma de todos los factores señalados, permite determinar el precio que se debe sufragar por el suministro de estos servicios, costo que no todos los usuarios, dada su capacidad de pago, pueden soportar, razón por la que se han creado subsidios que permiten a la población de escasos recursos tener acceso a éstos, pues de una real y eficiente cobertura depende que se dé cumplimiento a uno de los fines del Estado social de derecho [...].”

601 Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 1995.

602 Corte Constitucional. Sentencia T-540 de 1992: “[...] La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo-Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca, sino la de ciudadano-servidores públicos. El contenido filosófico-político de la noción de servicios públicos trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado, cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona. Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros [...]”.

603 Ídem.

604 Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 1996.

605 Corte Constitucional. Sentencia SU-1010 de 2008: “Tal como se observa, la jurisprudencia constitucional establece una serie de elementos que le son propios al concepto de servicios públicos: (i) se trata de un conjunto de actividades a través de las cuales se busca satisfacer necesidades de interés general; (ii) el Estado tiene el deber de asegurar su prestación eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones para toda la sociedad y (iii) la obligación estatal puede ser satisfecha de forma directa o mediante el concurso de los particulares o de comunidades organizadas. Estos elementos se encuentran expresamente reconocidos en la Carta Política de 1991; en efecto, como ya se mencionó, en su artículo 365 la Constitución consagra que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y que éste se encuentra obligado a asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, bien sea que asuma de manera directa o indirecta dicha tarea, o a través de comunidades organizadas o de los particulares. Debido a su importancia como mecanismo para asegurar las condiciones de vida digna de todos los habitantes del territorio nacional, su prestación se rige por los principios de eficiencia, regularidad, continuidad e igualdad, a través de los cuales se busca lograr la satisfacción de las necesidades de interés general y la efectiva realización de los fines estatales [...] Así, se trata de aquellos servicios que tienden a satisfacer las necesidades más esenciales de la población y que se reciben directamente en los hogares o lugares de trabajo de las personas. Por esa razón, constituyen instrumentos que permiten asegurar la realización de los fines del Estado social de derecho, al encontrar una relación inescindible entre éstos y la satisfacción de necesidades que comprometen de manera directa derechos de rango constitucional y la posibilidad de garantizar una existencia en condiciones dignas de todos los habitantes [...] El mandato del artículo 365 Superior, armoniza con la facultad general que el artículo 334 del mismo ordenamiento le atribuye también al Estado, en el sentido de asignarle la dirección general de la economía, y la facultad de intervenir en los servicios públicos y privados, potestad que, además, constituye un mandato constitucional de intervención en esta materia, mediante el cual se busca asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo, la preservación de un ambiente sano y el acceso efectivo de todas las personas a los bienes y servicios básicos, en particular, de los habitantes que perciban menores ingresos”.

606 Corte Constitucional. Sentencia C-066 de 1997. Doctrina reiterada entre otras en las sentencias C-242 y C-493 de 1997, y C-444 de 1998.

607 GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico*, cit., p. 296.

* Capítulo revisado por la profesora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.

608 SABINO ÁLVAREZ-GENDÍN. *Tratado general de derecho administrativo*, Madrid, Bosch, 1958, p. 316.

609 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de junio de 1961, *ce*, t. LXIII, n.ºs 392 a 396, 1961, p. 147; en igual sentido, *cfr.* Consejo de Estado. Sección Cuarta. Auto del 22 de agosto de 1986: “... debe entenderse sólo los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización no influyan de modo directo o inmediato la voluntad o inteligencia”.

610 ROBERTO JOSÉ DROMI. *Derecho administrativo*, Ciudad Argentina, 2001, p. 270.

611 MIGUEL SEABRA FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, São Paulo, Saraiva, 1984.

612 GUIDO LANDI y GIUSEPPE POTENZA. *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2002, pp. 198 y 199.

613 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de junio de 1961, *cit.*, pp. 147 y ss.; y Sala de Negocios Generales. Sentencia del 3 de febrero de 1964, *ACE*, t. LXVIII, n.ºs 405 y 406, pp. 337 y ss. Respecto del concepto dijo la Corporación: “... para distinguirla del simple acto escrito de la administración debe cumplir voluntariamente una finalidad jurídica de servicio público y cuya causa inmediata es una decisión escrita u oral de la misma administración”.

614 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de junio de 1961, *cit.*, pp. 147 y ss.; Sección Tercera. Sentencia del 21 de mayo de 1993, *exp.* 7064; al respecto se sostiene que la operación administrativa puede ser interpretada como “... un hecho o un conjunto de hechos de ejecución de un acto administrativo [...] [L]a operación administrativa es compulsiva de las medidas de ejecución de una o varias decisiones administrativas, sin que aquellas puedan considerarse desligadas de estas, ni en su legalidad, ni en sus alcances o contenidos...”; Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 1998, *exp.* 10813, actor Luis Alberto Naranjo Rincón: en esa providencia la Corporación recoge la tesis que considera la operación administrativa como un eficiente mecanismo de ejecución material de obligaciones derivadas para la administración a partir del ordenamiento jurídico, sin diferenciar si se trata de la Constitución, la ley o un acto administrativo. En opinión de la sección, “... las operaciones administrativas son a menudo la ejecución material de obligaciones preexistentes...”; por lo tanto, la obligación que le nace por ejemplo a la administración de reconocer en determinado tiempo una prestación social debe ejecutarse a través de una actuación material, que no es otra cosa que una operación administrativa; “... si esta se produce en forma tardía y de ello se deriva un perjuicio al beneficiario del derecho, se concluye que la fuente de producción del daño no es entonces el acto sino la operación...”. Esta providencia modificó la tesis anterior de la sección expuesta en la sentencia del 17 de julio de 1997, *M. P.*: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS, y el Auto del 9 de febrero de 1996, *M. P.*: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

615 Consejo de Estado. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 3 de febrero de 1964, *ACE*, t. LXVIII, n.ºs 405 y 406, pp. 337 y ss.; respecto de la diferencia entre operación administrativa y acto complejo señaló la Corporación: “En la jurisprudencia procesal colombiana, pues, cuando la causa del daño es el primero –acto complejo–, debe enjuiciarse la

totalidad de los actos que lo constituyen y decretar primeramente su nulidad como premisa indispensable de una reparación; mas si dicha causa es la operación, las exigencias procesales se satisfacen con la simple demanda de reparación, sin nulidad previa de ninguna especie”; cfr., igualmente, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 28 de noviembre de 1988, M. P: ÁLVARO LECOMPTE LUNA, exp. 1053 (11376), donde sostuvo: “... es acto complejo el que requiere varias actuaciones jurídicas para su expedición, como el que está sujeto a autorización previa, aprobación posterior, concepto de otros organismos o autoridades, o requiere varias aprobaciones...”.

- 616 Esta asimilación de la operación administrativa al acto administrativo ha provocado airadas reacciones en la doctrina nacional; consideramos que la mencionada consideración no es más que un ejemplo de la pereza legislativa, la cual entorpece las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales. MARIO MADRID MALO G. *Código Contencioso Administrativo*, Bogotá, Legis, 1985, p. 175, comentando el artículo 83 del Código, señala: “... con notoria falta de técnica, en el artículo 83 del nuevo CCA se equiparan al acto administrativo las nociones de operación administrativa [...] Se trata de fenómenos que mal pueden confundirse”.
- 617 GUIDO LANDI y GIUSEPPE POTENZA. *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 207 y 208: “El ámbito de la operación administrativa en la administración moderna es muy extenso: se puede decir que cuantitativamente la mayor parte de la actividad de la administración consiste en operaciones...”.
- 618 Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 16 de noviembre de 1989: “Para que pueda hablarse de vía de hecho, debe estar claro ante los ojos del juzgador que la actuación administrativa se ejerció sin facultad legal, o sin el respeto al procedimiento que para dicho obrar ha establecido la ley...”.
- 619 IGNACIO SEVILLA MERINO. *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 27 y ss., sostiene que en Francia se calificaban como vía de hecho todas aquellas actuaciones de la administración que rebasaban el régimen jurídico al cual se encontraban sujetas, básicamente cuando tenían incidencia sobre los derechos de propiedad y las libertades esenciales y que servían para determinar la competencia de los tribunales civiles. El punto legal de referencia para las vías de hecho en el derecho francés estaba dado por la Ley del 16-24 de agosto de 1790 y por el artículo 75 de la Constitución del año VIII. Conceptualmente se sostenía que en esos casos “... la actuación no merece la consideración de administrativa y se pierde el fuero específico de la administración, lo que implica, además, el sometimiento a una normativa diferente...”. Para efectos de su análisis en derecho colombiano, cfr. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo: general y colombiano*, cit.; JUAN CARLOS CASSAGNE (*Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, pp. 51 y 52) sostiene que la noción de vía de hecho en el régimen argentino nacional es más amplia que la elaborada por el Consejo de Estado francés: “... la Ley de Procedimientos Administrativos –Ley 19.549 modificada por la Ley 21.686– señala a título enunciativo dos supuestos de vía de hecho: a. El comportamiento material que sea lesivo a un derecho o garantía constitucional, y b. La puesta en ejecución de un acto hallándose pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de normas expresas impliquen la suspensión de ejecutoriedad o que, habiéndose resuelto, no fuere modificado”.
- 620 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1976. Respecto de la vía de hecho y de la operación administrativa señala la Corporación en dicha sentencia: “... como antítesis de la vía de hecho, aparece la operación administrativa como el ejercicio, por parte de la administración, de un derecho que ha sido reglamentado en su provecho, o mejor teniéndola como destinataria y con el empleo del procedimiento legalmente señalado. Puede que haya exceso de poder, defectuosa aplicación del derecho que se ejerce o irregularidad en el procedimiento legalmente señalado y aplicado, sin que por ello deje de existir la operación administrativa; simplemente, habrá falla del servicio o de la administración y la responsabilidad será la común”.
- 621 Corte Constitucional. Sentencias T-576 del 10 de diciembre de 1993, M. P: JORGE ARANGO MEJÍA, y T-231 del 13 de mayo de 1994, M. P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. En la vía de hecho el titular del órgano “... se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discorra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la ‘malversación’ de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extravires...”. Sentencia T-327 del 15 de julio de 1994, M. P: VLADIMIRO NARANJO MESA: son requisitos esenciales para la existencia de la vía de hecho “... que la conducta del agente carezca de fundamento legal; que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad; que tenga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, de manera grave e inminente...”.
- 622 Corte Constitucional. Sentencias T-173 del 4 de febrero de 1993, M. P: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO; T-118 del 16 de marzo de 1995, M. P: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, y T-146 del 3 de abril de 1995, M. P: VLADIMIRO NARANJO MESA: “... por ello, todo proceder de los servidores públicos que ignore ostensible y flagrantemente el ordenamiento jurídico se constituye en verdadera vía de hecho...”.
- 623 Corte Constitucional. Sentencias T-949 de 2003, T-774 de 2004 y C-590 de 2005.
- 624 JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ. *Los actos presuntos*, Madrid, Marcial Pons, 1995; ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA. *El silencio administrativo en la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, Civitas, 1995.
- * Capítulo revisado por la profesora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.
- 625 HEINZ SCHÄFFER. “El procedimiento administrativo en Austria. Origen, desarrollo, situación actual y efectos expansivos en la codificación austriaca de 1925”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 9, Madrid, 2005, pp. 423 a 424: “... Austria en 1925, tras muchos años de trabajos preliminares y con aprovechamiento de cincuenta años de jurisprudencia continuada del Tribunal Contencioso-Administrativo Superior, efectuó una codificación de su Derecho procedimental administrativo, que marcaría en Europa nuevas perspectivas en lo que se refiere a las acciones judiciales. Esta codificación ha sido, sobre todo, una vía para su claridad, concisión y caracterización interna, y posteriormente también se ha convertido en modelo para diferentes países. Ello tenía en 1925 el sentido, y también el efecto práctico, de una unificación y simplificación radical del proceso administrativo, es decir, también en aquel tiempo se procedía bajo la regla de reducir la proliferación normativa, lo que llevaría a un estatuto jurídico transparente y consolidado de cada uno de los procedimientos. Asimismo, cada cuestión jurídica concerniente a las partes quedaba sujeta a una verificación de control y a una garantía legal a través de la Jurisdicción contencioso-administrativa...”.
- 626 Al respecto cfr. nuestro trabajo “Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y la decisión administrativa urbanística”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 2, 2009, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. En cuanto al origen del Derecho administrativo y sus razones económicas cfr. ANDREAS VON TUHR. *Derecho civil*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1946, pp. 73 y ss.; MICHAEL E. TIGAR y MADELEINE R. LEVY. *O direito e a ascensão do capitalismo*, Rio de Janeiro, Zahar, 1977, pp. 185 y ss.
- 627 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pp. 223 y 224. Los procedimientos administrativos corresponden a una evolución posterior y tardía del concepto de acto administrativo de contenido unilateral, de conformidad con la caracterización que del mismo se hizo en el incipiente derecho administrativo derivado de las elaboraciones conceptuales de los primeros años de la Revolución Francesa. Sin embargo, en su evolución el concepto, por lo menos en el derecho francés, al cual se le atribuye su origen, no surgió como un desarrollo estricto del principio de legalidad. La calificación de actos administrativos aparece como un criterio empírico formalista o especie de denominación global que sirvió a las autoridades para definir la competencia de los órganos de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, en su formación se observa una interesante necesidad de tipo procesal y no, como en estricta lógica debió ocurrir, en coherencia con el pensamiento revolucionario de la época, una primaria

- sujeción de la administración a la ley, limitativa del poder absoluto. Paradójicamente esta calificación fue utilizada para identificar todas aquellas decisiones de la administración que fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria y atribuidas inicialmente –en Francia– a órganos de la misma administración, y con posterioridad a la justicia especializada de lo contencioso administrativo. Aparece, en consecuencia, como un criterio de delimitación negativa de competencias de los tribunales ordinarios en lo referente al conocimiento de los litigios de la administración, en virtud de la profunda desconfianza de los revolucionarios frente a esa justicia. Con tales razonamientos la figura se acercaba más al principio de la separación de poderes que al de la legalidad. La naturaleza del acto administrativo en sentido sustancial, como desarrollo directo y principal del principio de legalidad, se consolidó en Francia muchos años después del acceso al poder de los revolucionarios.
- 628 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, cit., p. 182, destaca cómo desde el mismo momento de su surgimiento la administración pública adquirió una preponderancia inusitada, producto, entre otras cosas, de su auge durante los últimos años del absolutismo y de la idea de los revolucionarios franceses de imponerse y consolidar el proceso histórico iniciado: "... como consecuencia de la revolución, la Administración experimentó un desarrollo espectacular, que la llevó a una posición más fuerte que la que caracterizó a la administración del príncipe absoluto...".
- 629 ALEJANDRO NIETO. "El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas", RAP, n.º 32, Madrid, mayo-agosto de 1960, p. 76. Austria fue el primer país europeo que estableció un régimen sistemático de procedimientos administrativos a través de la Ley del 21 de julio de 1925 sobre procedimientos administrativos generales, fruto de las influencias jurídico positivistas kelsenianas. La influencia austriaca se dejó ver en las posteriores legislaciones en Polonia en 1926 y en Checoslovaquia y Yugoslavia en 1928. Cfr. ELOISA CARBONELL PORRAS y JOSÉ LUIS MUGA MUÑOZ. "Los procedimientos administrativos en Estados Unidos", en *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 53 y ss. La influencia de la legislación austriaca en materia de procedimientos administrativos es evidente en el ordenamiento administrativo norteamericano: en 1946 el Congreso expidió la *Federal Administrative Procedure Act* –APA–, aplicable a las agencias administrativas federales. Por su parte, las agencias estatales poseen sus propias leyes de procedimientos administrativos emanadas de un modelo general (*Model State Administrative Procedure Act*) aprobado por la American Bar Association y la National Conference of Commissioners of Uniform State Laws. Para ALDO SANDULLI. "El procedimiento", en *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 928 y ss., la introducción del procedimiento destinado al ejercicio de los poderes públicos ha significado un alto desarrollo en el proceso de civilización de las relaciones entre los ciudadanos y la administración pública en cuanto significa abandonar el carácter absoluto del ejercicio del poder. En ese contexto, sostiene SANDULLI, el procedimiento no solo representa la forma sino también la sustancia de la función administrativa.
- 630 ADOLF MERKL. *Teoría general del Derecho administrativo*, Granada, Comares, 2004, pp. 284.
- 631 MARGARITA BELADIEZ ROJO. *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 118 y ss.
- 632 ALLAN R. BREWER-CARÍAS. *El Derecho administrativo y la Ley orgánica de procedimientos administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, n.º 16, Caracas, Jurídica Venezolana, 1992, p. 13. Durante los primeros años del Estado institucionalizado, el ejercicio de la función administrativa se incorporaba en una especie de oscurantismo que negaba a las personas que pudieren resultar individualmente afectadas con las decisiones de la administración cualquier posibilidad de discusión previa. La administración se había hecho depositaria de todos los poderes, potestades y derechos, quedando el particular simplemente en situación de deber, sujeción y subordinación, sin tener realmente derechos ni disponer de mecanismos para exigirlos. La reacción del Estado de derecho frente a esas concepciones, que implicaban una prolongación de la ideología de injustificable poder público en el ejercicio de la función administrativa, no tardó en consolidarse en la doctrina y en el pensamiento jurídico de quienes depuraban a la luz de los preceptos democráticos y hallaban en su esencia la necesidad permanente de garantizar los derechos ciudadanos en cada una de las manifestaciones del poder.
- 633 ALLAN R. BREWER-CARÍAS. *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, San Cristobal, Universidad Católica del Táchira y Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1977, p. 14.
- 634 SABINO CASSESE. *Las bases del Derecho administrativo*, Madrid, MAP, 1994, p. 237: "El procedimiento resulta importante en cuanto establece límites a la actividad administrativa...". Como sostiene CASSESE, "... la ciencia jurídico administrativa venía ignorando este aspecto fundamental del proceso, interesándose sólo por los actos finales y no por los aspectos anteriores a las decisiones administrativas, quizás un poco influenciada por las elaboraciones iusprivatistas, en donde los actos preparatorios escasamente son de alguna importancia, e igualmente por criterios inmediatistas que hacían más importante la decisión final para efectos jurisdiccionales...".
- 635 ADOLF MERKL. *Derecho administrativo*, cit., p. 279. La "tendencia a la procedimentalización de la actividad administrativa", logró su formulación científica en la obra de MERKL. *Teoría general del Derecho administrativo*, más de cien años después de las elaboraciones de DEGÉRANDO. Considera MERKL que todas las funciones estatales y, en particular, todos los actos administrativos son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos. Hay, por lo tanto, un procedimiento legislativo, uno jurisdiccional y otro administrativo, diferenciados entre sí por el objeto de la función a la que le sirven de sendero. En el fondo, agrega MERKL, "Toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo". En ese sentido destaca MERKL el papel que desempeña la teoría general del proceso jurídico aplicada al derecho administrativo –derecho procesal administrativo–, como la suma de reglas de producción de los actos administrativos, entendiendo el procedimiento administrativo como el conjunto formal de actos de que se vale el proceso para producir el "acto administrativo". Enuncia así mismo las que en su opinión son las dos justificaciones político-legislativas de la incorporación del procedimiento al derecho administrativo; esos pilares sustentadores se recogen en las siguientes ideas: a. La necesidad existente en el momento actual del derecho administrativo de articular sus aspectos materiales y formales, esto porque "... en la actualidad nos encontramos con grandes dominios de la administración en los cuales el objeto se halla regulado jurídicamente, pero no así la forma de la administración...", y b. El imperativo de proporcionar a los asociados las garantías de juridicidad indispensables para que no sean atropellados por la administración. El procedimiento administrativo no hace más que otorgar al individuo el camino cierto para tratar, en un ámbito de participación, sus asuntos con la administración, y a esta las reglas de conducta para formar legalmente sus decisiones frente a los interesados o ante el conglomerado en general: "La necesidad de observar ciertas formas, tales como las que establece el derecho administrativo formal, se considera con razón una garantía de que el contenido se adapta a la norma...". Lo anterior implica aceptar que el derecho administrativo moderno incorpora, como una necesidad inaplazable, el proceso al estudiar la teoría del acto administrativo, en especial en todo lo referente a los momentos previos a su formación. Es decir que estamos incurso en un fenómeno de proceso jurídico que explica los principios y conceptos garantizadores de los derechos de quienes se involucran en la formación de toda decisión de la administración. Es por esta elemental razón que iniciar el estudio de esa materia implica un acercamiento tanto material como formal a la teoría general del proceso, de la cual el proceso administrativo es una de sus ramas. En ese sentido, siguiendo a MERKL, consideramos que "el derecho procesal administrativo no es más que un caso particular del derecho procesal, y el procedimiento administrativo un caso particular del procedimiento jurídico en general".
- 636 ALEJANDRO NIETO. "El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas", cit., p. 78. El procedimiento administrativo no se justifica únicamente en cuanto factor importante para imprimir a las administraciones públicas la eficiencia necesaria para el cumplimiento de sus propósitos; es de su naturaleza también, y de gran importancia, su carácter garantístico. Alfredo Gallego Anabitarte et ál. *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 135. En ese contexto debemos destacar la definición intentada por el autor en torno al procedimiento administrativo, donde juega de manera importante tanto con la eficacia como con las garantías que el mismo debe ofrecer a los asociados, y al respecto señala que "El procedimiento administrativo se presenta como una garantía de la adecuación de la actividad administrativa a criterios de objetividad y eficacia y, también, como una garantía del pleno respeto de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública...". LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Eficacia y administración*, Madrid, MAP y BOE, 1995, pp. 89 y ss. La eficacia en la administración pública se relaciona con el cumplimiento real y efectivo de los cometidos estatales.

- 637 LUCIANO PAREJO ALFONSO. “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”, en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, JOSÉ LUIS GARCÍA DELGADO y LUIS GONZÁLEZ SEARA. *Las estructuras del bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Once-Civitas, 2002, pp. 793 y ss. ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR. “El Estado Social”, cit.
- 638 Respecto del surgimiento y la evolución del concepto cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 127 y ss. ÍD. *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983. En igual sentido, el interesante estudio contenido en Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.
- 639 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *El concepto de Derecho administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, pp. 261 y 262.
- 640 CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2009, pp. 221 y ss.
- 641 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo I*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 234.
- 642 Respecto de la conformación histórica del concepto de democracia cfr. la acepción de democracia elaborada por NORBERTO BOBBIO en NORBERTO BOBBIO y NICOLA MATTEUCCI. *Diccionario de política*, t. A-J, México, Siglo XXI, 1985, pp. 493 y ss.
- 643 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 24 y ss.; ÍD. *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., pp. 31 y ss.
- 644 En cuanto al dilema de administración democrática o autocrática en el contexto del Estado de derecho, cfr. la posición autocrática de KELSEN en *A democracia*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 79 a 85, donde se compilan varios de sus trabajos, entre ellos “Esencia y valor de la democracia”. Cfr. la posición reivindicatoria de una administración altamente democrática, aunque con elementos autocráticos, en JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo I*, cit., p. 235.
- 645 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, 2009, pp. 66 y ss. La democracia no es un problema procedimental o adjetivo relativo a la simple integración del poder o en relación con el origen de sus instituciones. Esa es una visión restrictiva y peligrosa del concepto. La democracia va mucho más allá: es ante todo un concepto sustancial. En esa dirección plantea el autor, siguiendo los trabajos de ALAIN TOURAINE, que la “... democracia es un conjunto de garantías institucionales que permiten combinar la unidad de la razón instrumental con la diversidad de las minorías, el intercambio con la libertad. La democracia es una política del reconocimiento del otro...”. Retomando las ideas de CHARLES TAYLOR, “... la democracia introduce en la vida política el principio moral, de que quienes no ejercen el poder en la vida social disponen de un recurso para defender sus intereses y para mantener sus esperanzas...” de poder ocupar algún día ese poder. La democracia se funda sobre los conceptos de igualdad, libertad y justicia, de reconocimiento a los individuos y las colectividades, de límites al ejercicio de poder no solo mediante procedimientos preestablecidos, sino también, y principalmente, a partir del reconocimiento de la libertad.
- 646 GIOVANNI SARTORI. *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1988, pp. 21 y ss.
- 647 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 88.
- 648 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del Derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 115. La democracia también es un estilo de gobernar, no solo un problema de conformación del poder.
- 649 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 1054 y 1055.
- 650 Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 2004: “[E]n atención a la naturaleza expansiva y universal de la democracia, es viable que tanto el legislador como las demás autoridades de la República, en el marco de los estrictos límites de su competencia, permitan la extensión de los principios del régimen democrático, en aras de irradiar no sólo las relaciones de tipo político, sino también de naturaleza económica, cultural, ecológica, etc. En efecto, la garantía de los derechos y libertades individuales, sociales y económicas, la sujeción de la actividad del Estado al principio de legalidad, el respeto de los principios de participación y pluralismo y, especialmente, la protección reforzada a la libertad e igualdad, no deben pertenecer exclusivamente a la arquitectura de un modelo político constitucional, sino que debe permitirse su funcionamiento normal y reiterado en otros campos de la vida ordinaria de un Estado, en aras de corregir las deficiencias que se presentan principalmente en materias de índole económica y social...”.
- 651 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”.
- 652 Constitución Política de Colombia. “Artículo 2.º Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares [...] Artículo 123 inciso 2.º [...] Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento [...] Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.
- 653 Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2002: “[...] El principio de prevalencia del interés general permite preferir la consecución de objetivos comunes sobre intereses particulares, siempre y cuando el interés particular no se encuentre amparado por un derecho constitucional. Y es que debe entenderse que el respeto de esos derechos constitucionales es un componente integrante del interés general”.
- 654 Constitución Política de Colombia. “Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley [...] Artículo 123 inciso 2.º [...] Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento...”.

- 655 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2005, exp. 27.921: “[...] Toda democracia liberal se construye a partir de la sumisión de la Administración al derecho que se confunde con la misma idea de Estado de Derecho: la cual constituye una limitación del poder administrativo. El rol del ejecutivo no es otro que asegurar la traducción de la ley en la realidad y si la función de la administración es esencialmente ejecutiva es claro que ella encuentra en la ley no sólo el fundamento, sino el límite a su acción. Principio de legalidad de la actividad administrativa que obviamente se predica también respecto de las relaciones contractuales del Estado, como expresión de la función administrativa, tal y como recientemente lo advirtió esta Sala. Por ello el control asignado a todo juez administrativo, como medio más eficaz para asegurar el principio de legalidad de la Administración, comporta por antonomasia apreciar la vinculación de la Administración en su accionar a la ley, de modo que toda solución judicial a él asignada por la ley pasa por la revisión de conformidad con el ordenamiento jurídico y, por ello, está obligado a pronunciarse en derecho sobre la sujeción del servidor público a la legalidad. Estas consideraciones, que pueden resumirse en que la Administración actúa *secundum legem* al ser una actividad estatal sub-legal en palabras de MARIENHOFF, tienen su proyección nítida en el Derecho positivo colombiano”.
- 656 Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000: “El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados. Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad. Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre el acto administrativo, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición. En este sentido, debemos decir que la administración debe actuar con sujeción al orden público normativo, entendido éste como ‘el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia...’ (GUILLERMO CABANELLAS. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta. 2003), en donde el legislador ha previsto, como una forma de mantener el respeto por ese orden normativo, las acciones de simple nulidad (art. 84 CCA), cuyo propósito principal es la conservación y restitución del principio de legalidad y las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del CCA), en las que no sólo se busca la efectividad del principio de legalidad sino la indemnización de los daños causados con la expedición del acto administrativo correspondiente”.
- 657 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 365 y ss.; cfr. igualmente, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 37 y ss.
- 658 Corte Permanente Internacional de Justicia. *Vapeur “Wimbledon”*, 1923, Series A, no 1.
- 659 Cfr. Corte Permanente Internacional de Justicia. *Exchange of Greek and Turkish Populations*, Advisory Opinion, 1925, Series B, n.º 10, p. 20; *Greco-Bulgarian “Communities”*, Advisory Opinion, 1930, Series B, n.º 17, p. 32; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 6 December 1930, Series A, n.º 24, p. 12 y *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion, 1932, Series A/B, n.º 44, p. 4, *inter alia*.
- 660 Cfr. Corte Internacional de Justicia. *Fisheries*, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 116, esp., p. 132; *Nottebohm*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953, p. 111, esp., p. 123; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants*, Judgment, I.C.J. Reports 1958, p. 55, esp., p. 67; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988, p. 12, esp., pp. 34-35, parág. 57 y *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15, esp., p. 51, parág. 73.
- 661 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso las Palmeras vs. Colombia, excepciones preliminares. Sentencia del 4 de febrero de 2000, serie C n.º 67, párr. 32.
- 662 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C n.º 154, párr. 117, y Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de agosto de 1998, Serie C n.º 39, párr. 68 y ss.
- 663 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La última tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C n.º 73, párr. 85, y Caso Almonacid Arellano y otros, sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006 Serie C n.º 154, párr. 118
- 664 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La última tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C n.º 73, párrs. 87-90.
- 665 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C n.º 126, párrs. 96-98, y Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C n.º 94, párr. 113.
- 666 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006 Serie C n.º 162, párr. 172.
- 667 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La última tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C n.º 73, párr. 87; Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú. Sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C n.º 98, párr. 146, y Caso La Cantuta vs. Perú, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006 Serie C n.º 162, párr. 171.
- 668 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 31, ccpr/C/21/Rev.1/Add.13, 2004: “... En el párrafo 2 del artículo 2.º se dispone que los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para hacer efectivos en el plano interno los derechos reconocidos en el Pacto. Se sigue que, si los derechos reconocidos en el Pacto no están ya protegidos por la legislación o la práctica internas, los Estados Parte, cuando ratifiquen el Pacto, habrán de introducir los cambios necesarios en la legislación o la práctica internas para ponerlas en armonía con el Pacto. En caso de haber incompatibilidad entre el Derecho interno y el Pacto, se dispone en el artículo 2.º que se habrá de modificar la legislación o la práctica internas para ajustarse a las normas impuestas por las garantías sustantivas del Pacto. Según el artículo 2.º, se permite que los Estados Parte cumplan esta exigencia de conformidad con su propia estructura constitucional y, por consiguiente, no se dispone que

el Pacto sea directamente aplicable en los tribunales de justicia, mediante su recepción en el Derecho interno. No obstante, el Comité considera que las garantías reconocidas en el Pacto pueden estar mejor protegidas en los Estados en los que el Pacto pase a ser parte del orden jurídico interno automáticamente o mediante recepción específica. El Comité invita a los Estados Parte en los que el Pacto no haya pasado a formar parte del orden jurídico interno a que consideren la posibilidad de darle cabida en él a fin de facilitar el pleno reconocimiento de los derechos enunciados en el Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º...”.

669 Cfr. Corte Permanente Internacional de Justicia. *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia*, 1926, Serie A, n.º 7.

670 Cfr. Corte Internacional de Justicia. *Reparación de los perjuicios sufridos al servicio de Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, *Recueil*, 1949, p. 180.

671 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C n.º 63, párr. 220; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de junio de 2006, serie C n.º 149, párr. 172 y Caso Baldeón García vs. Perú, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de abril de 2006, serie C n.º 147, párr. 140.

672 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006 Serie C n.º 154, párr. 124: “... Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...”; Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006 Serie C n.º 162, párr. 173; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C n.º 216, párr. 219; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1.º de septiembre de 2010 Serie C n.º 217, párr. 202; Caso Cabrera García y Montiel Flores, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C n.º 220, párr. 225, y Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C n.º 221, párr. 193.

673 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988.

674 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz. Sentencia del 20 de enero de 1989.

675 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos. Sentencia del 28 de noviembre de 2002, párrafo 52. La garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.

676 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin, y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 de junio de 2002. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia del 3 de noviembre de 1997.

677 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia del 22 de septiembre de 2006.

678 Corte Constitucional. Sentencia T-1083 de 2003: “El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación. El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia ‘de la plenitud de las formas propias de cada juicio’, lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite. En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso”.

679 Corte Constitucional. Sentencias T-1308 de 2005, T-048 de 2008 y T-909 de 2009. “Ha subrayado la Corte Constitucional que la garantía del debido proceso en asuntos administrativos supone que el Estado se ajuste a las reglas previstas en el ordenamiento jurídico y ello no sólo cuando se trata de adelantar trámites a partir de los cuales sea factible deducir responsabilidades de orden disciplinario o los atinentes al control y vigilancia. Esta garantía debe hacerse efectiva del mismo modo en los trámites que las personas inician con el objeto de ejercer sus derechos ante la administración o con el fin de cumplir con una obligación y abarca el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias. El propósito consiste, pues, en evitar que la suerte de las personas quede al albur de una decisión arbitraria o de una ausencia de decisión por dilación injustificada. A este tenor, la garantía del debido proceso en actuaciones administrativas incluye también la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública como lo son los de ‘igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad’. La Corte Constitucional ha insistido, entonces, en que la garantía del debido proceso va más allá del ámbito judicial y comprende asimismo ‘el modo de producción de los actos administrativos’. Su meta principal consiste en procurar la satisfacción del interés general ‘mediante la adopción de decisiones por parte de quienes ejercen funciones administrativas’”.

680 Corte Constitucional. Sentencias T-965 de 2004; T-067 y T-359 de 2006 y T-304 de 2007: “... si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados”.

681 Corte Constitucional. Sentencias T-522 de 1992; T-653 y T-796 de 2006, y C-279 de 2007. “El derecho al debido proceso es aplicable a todas las decisiones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones”. En la Sentencia T-653 de 2006 se definió este derecho como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

682 Corte Constitucional. Sentencia T-722 de 2010: “Entendido el derecho al debido proceso administrativo como la garantía a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que la afectación o la privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado, no pueda hacerse con detrimento de sus derechos fundamentales”.

683 Corte Constitucional. Sentencia T-796 de 2006: “Siendo desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al

ejercicio del poder político, en la medida en que las autoridades públicas únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas”.

- 684 Corte Constitucional. Sentencia C-1189 de 2005: “El debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los tipos de juicios y procedimientos que conlleven consecuencias para los administrados, de manera que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental. De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido proceso. Si bien ambas son garantías que se derivan del principio de legalidad, son dos caras de la misma moneda, esto es, mientras que el derecho a cuestionar la validez de las decisiones funge como garantía posterior, las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas previas [...] Por el contrario, el derecho a cuestionar la validez de la misma, hace parte de las garantías posteriores a la expedición de la decisión por parte de la autoridad administrativa, en tanto cuestiona su validez jurídica”.
- 685 RONALD DWORIN. *Los derechos en serio*, cit., pp. 72, 75, 77, entiende el principio como un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad”. Para DWORIN la diferencia entre los principios y las normas jurídicas se centra en el hecho de que estas últimas “son aplicables a la manera de disyuntivas”, esto es, su observancia depende únicamente de si se ha presentado el estado de cosas señalado en la regla, de manera que “la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”; mientras que en el caso de los principios la cuestión es tal que “los funcionarios deben tenerlos en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”.
- 686 ROBERT ALEX. *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 162.
- 687 RICCARDO GUASTINI. “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, cit., pp. 38-46, especialmente p. 44. GUASTINI señala el rol de los principios en este tipo de interpretación: “Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible– y propiciando una interpretación adecuada (*sic*)”. Es importante resaltar que la denominada interpretación adecuada hace referencia a la adecuación del significado de una disposición conforme a los postulados de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho; al respecto cfr. RICCARDO GUASTINI. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1999, pp. 47-48.
- 688 Naturalmente este criterio lleva implícita la distinción entre disposición y norma jurídica, para decir que la primera hace referencia al enunciado consagrado positivamente mientras que la segunda alude a las múltiples lecturas que de esta pueden hacer los operadores jurídicos en ejercicio de la labor interpretativa.
- 689 Corte Constitucional. Sentencias C-561 de 1999, C-649 de 2002 y C-849 de 2005. “La Corte en cuanto al principio de economía, ha enfatizado que constituye una orientación, una pauta, para que el cumplimiento de los fines del Estado se proyecte buscando el mayor beneficio social al menor costo, sin que ello lo convierta en un fin en sí mismo”.
- 690 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas”.
- 691 Corte Constitucional. Sentencias T-849 de 1999 y T-909 de 2009. “La jurisprudencia constitucional ha hecho hincapié en la necesidad de que la administración actúe de manera diligente y sin dilaciones injustificadas así como en lo imperioso que resulta que responda de fondo las peticiones elevadas por los ciudadanos y por las ciudadanas. Ha acentuado, de la misma manera, que cuando las entidades estatales se han abstenido de dictar las medidas indispensables para obtener una protección inmediata y eficaz de los derechos constitucionales fundamentales y han mantenido en el tiempo la vulneración negándose a aplicar las normas legales y reglamentarias pertinentes, procede el amparo en sede de tutela así todavía no se hayan agotado los mecanismos ordinarios de protección. Cuando las entidades estatales se abstienen de cumplir con sus obligaciones alegando falta de competencia bien sea para dictar las medidas o para responder de fondo las peticiones, terminan por desconocer el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo y el derecho constitucional fundamental de petición. Si un funcionario o una funcionaria estatal ante quien se ha elevado un derecho de petición estima que es incompetente para resolverlo de fondo, debe obrar de manera diligente y remitir de inmediato la petición a la entidad competente. En casos en los cuales se presente cambio en la legislación, las entidades administrativas deben adoptar las medidas encaminadas a garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos y de las ciudadanas que habían iniciado trámites ante una entidad que deviene incompetente. Resulta, por tanto, necesario asegurar el intercambio o cruce de información así como el envío de documentación pertinente, pues, de lo contrario, los derechos de la ciudadanía corren el riesgo de ser gravemente desconocidos”.
- 692 En cuanto a la celeridad, el Consejo de Estado ha sostenido que para los procedimientos administrativos que se adelantan con ocasión de un contrato estatal “... el derecho a que la actuación se adelante y decida en un tiempo prudente es la otra garantía que tiene protección en la contratación estatal, y exige de la administración la adopción de decisiones no sólo correctas sino también oportunas”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 16.367.
- 693 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”.
- 694 Corte Constitucional. Sentencia T-068 de 1998: “La efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Es por ello que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones. El logro de los objetivos y fines del Estado requiere de una función administrativa eficiente que responda a las exigencias del Estado Social de Derecho. Ello, con mayor razón cuando se trata del derecho a la seguridad social de personas de la tercera edad quienes por sus condiciones de debilidad manifiesta requieren de atención oportuna y eficaz de sus derechos. Así pues, el artículo 48 de la Constitución preceptúa como uno de los principios de la seguridad social el de la eficiencia en la prestación del servicio público”.
- 695 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”.
- 696 Corte Constitucional. Sentencia T-1034 de 2006: “La doctrina distingue entre la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva. La primera exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto; mientras que la imparcialidad objetiva hace

referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad. En esa medida la imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer, y la imparcialidad objetiva se refiere al objeto del proceso, y asegura que el encargado de aplicar la ley no haya tenido un contacto previo con el tema a decidir y que por lo tanto se acerque al objeto del mismo sin prevenciones de ánimo”.

- 697 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.
- 698 Corte Constitucional. Sentencias T-187 de 1993; T-456 y C-370 de 1994; C-646 de 2000 y C-620 de 2004. “El principio de publicidad que recae sobre la administración pública es uno de los pilares que sustentan cualquier Estado Democrático Constitucional. Así las cosas, este principio consiste en que las actuaciones administrativas en general puedan ser conocidas por cualquier persona, y con mayor énfasis cuando se trate de actos de la administración que lo afecten de manera directa. La Corte Constitucional ha afirmado en varias ocasiones, que los objetivos que se buscan con el principio de publicidad respecto de los actos administrativos son dos; el primero determinar la fecha de entrada en vigencia de las disposiciones que contienen el respectivo acto y el segundo garantizar la oponibilidad al contenido de los mismos por parte de los ciudadanos legitimados para el efecto”.
- 699 Corte Constitucional. Sentencia C-646 de 2000: “La regla general es que el acto administrativo entre en vigencia desde el momento de su expedición, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos de publicación o notificación según sea el caso. En consecuencia, el acto administrativo que no haya sido publicado o notificado será un acto ineficaz, esto es que no producirá efectos, lo que no quiere decir, desde luego, que sea nulo o inexistente. El acto administrativo es válido desde que se expide, pero su contenido únicamente vincula y se impone desde el momento en que se cumplen los requisitos de publicación o notificación, según se trate de actos de contenido general y abstracto o de actos de contenido particular y concreto respectivamente”.
- 700 Corte Constitucional. Sentencia C-646 de 2000: “Son dos los objetivos que se persiguen con la exigencia de realización del principio de publicidad respecto de los actos administrativos, el primero determinar la fecha de entrada en vigencia de las disposiciones que contiene el respectivo acto y el segundo garantizar la oponibilidad al contenido de los mismos por parte de los ciudadanos legitimados para el efecto”.
- 701 Corte Constitucional. Sentencia C-641 de 2002: “El principio de publicidad se ha estructurado como un elemento trascendental del Estado Social de Derecho y de los regímenes democráticos, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y *administrativas*, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria contraria a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública”.
- 702 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 7 de marzo de 2011, rad. 11001-03-28-000-2010-00006-00: “El ordenamiento constitucional colombiano repudia la idea de las actuaciones administrativas secretas u ocultas a los administrados, como así lo dio a entender el constituyente al haber consagrado en el artículo 209 Superior, como principio fundamental de la Función Administrativa, el de la publicidad, altamente necesario para que los asociados se enteren oportunamente de la forma como despliega su actividad la administración, y si así lo deciden, activen su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40 CP), interponiendo las acciones legales en su contra, para la defensa del ordenamiento jurídico. Todo ello, sin duda, contribuye a hacer más transparente el proceder de la administración”.
- 703 Corte Constitucional. Sentencia T-210 de 2010: “La adecuada notificación de los actos administrativos, de carácter particular, es una importante manifestación del derecho fundamental al debido proceso administrativo. Así, la notificación cumple una triple función dentro de la actuación administrativa, a saber: i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública pues mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción y, finalmente iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en el que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes”.
- 704 Corte Constitucional. Sentencia C-646 de 2000: “La democracia, ha dicho la Corte Constitucional, ‘presupone la existencia de una opinión pública libre e informada’, una opinión conformada por sujetos autónomos, libres, dotados de razón y como tales titulares del derecho deber de participación, que los habilita y obliga a ejercer las funciones de control político, necesarias para garantizar el equilibrio, la juridicidad y la pertinencia de las actuaciones que emanan de las autoridades de las diferentes Ramas del Poder Público. La publicidad es una condición de legitimidad, que activa el principio de obligatoriedad de la norma jurídica, pues ‘[...] es principio general de derecho que nadie puede ser obligado a cumplir las normas que no conoce...’”.
- 705 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, ésta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma”.
- 706 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal”.
- 707 Corte Constitucional. Sentencia C-1189 de 2005: “La posibilidad de control de un acto administrativo, mediante los recursos de la vía gubernativa y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, parte del presupuesto de que al interesado se le ha permitido ejercer su derecho de defensa, al otorgársele la oportunidad de ser oído, aportar pruebas y controvertir las que le resulten adversas. Así pues, la posibilidad de recurrir y/o apelar e incluso de acudir a la jurisdicción, no puede confundirse con las garantías inherentes al debido proceso y al derecho de defensa, sino que dichas oportunidades cumplen, en estos casos, una función de verificación de validez de lo que fundamentó una decisión administrativa”.
- 708 Para el ámbito de las actuaciones administrativas adelantadas por los prestadores de servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional ha señalado que: “A partir de ese presupuesto básico de la publicidad el ejercicio del derecho de contradicción se desenvuelve a través de las actuaciones administrativas y de la vía gubernativa, concretándose ante todo en oportunidades para formular peticiones, quejas, reclamos y recursos, de cuyos resultados prácticos debe dar razón, de una parte, la estructura orgánica y funcional de las oficinas de peticiones, quejas y recursos de las empresas, y de otra, el grado de credibilidad social alcanzado por éstas a partir de sus actuaciones y resoluciones”: Corte Constitucional. Sentencias T-697 de 2002 y C-060 de 2005.
- 709 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, rad. 13001-23-31-000-2009-00567-01(PI): “En esas circunstancias se ha de atender la sujeción que tienen las decisiones de las autoridades públicas a los principios de publicidad y contradicción, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 3.º del CCA, el primero de los cuales impone a dichas autoridades el deber de dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena dicho código; mientras que el segundo, *las obliga a darle a los interesados la oportunidad de conocer y controvertir esas decisiones por los medios legales; de modo que el cumplimiento de esos principios constituye presupuestos necesarios para que los afectados o destinatarios de*

tales decisiones puedan quedar obligados a cumplirlas. De allí que la jurisprudencia de esta Corporación jurisdiccional tenga reiterado de manera abundante y continua que la publicidad de los actos administrativos es un requisito de eficacia de los mismos, es decir, un supuesto que se ha de producir por la autoridad que lo emita, para que puedan adquirir ejecutividad y ejecutoriedad respecto de los interesados” (cursiva fuera de texto).

- 710 Ley 1437 de 2011. “Artículo 5.º. *Derechos de las personas ante las autoridades.* En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho: [...] 8. A formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés, a que dichos documentos sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que éstas le informen al interviniente cuál ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente [...] Artículo 42. *Contenido de la decisión.* Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos”.
- 711 Constitución Política de Colombia. “Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.
- 712 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”.
- 713 Corte Constitucional. Sentencia T-338 de 2010: “Esto conlleva a que la Administración se encuentre sometida a sus propios actos y deba ser leal ante ellos. Todo lo anterior, como una garantía de la población en general frente a posibles desmanes del poder constituido. En este sentido, es conocido que frente a los actos administrativos particulares y concretos, en razón a la protección a la buena fe (art. 83 CN) y a la seguridad jurídica, por regla general, se requiere la autorización expresa y escrita de los particulares para su revocatoria. Lo anterior, está ligado entonces al respeto al acto propio, al igual que a la inmutabilidad del acto administrativo. Por lo demás, suponer que la Administración puede revocar unilateralmente sus actuaciones, cuando quiera que ellas han reconocido un derecho particular y concreto, sería convalidar un pernicioso factor de inseguridad, al igual que un quebranto a los principios de la buena fe y de la confianza legítima de haber adquirido derechos con el justo título del acto proferido por la Administración (art. 58 Const. Pol.)”.
- 714 Corte Constitucional. Sentencias T-871, T-754 y C-672 de 2001, C-835 de 2003, T-830 de 2004, T-172 de 2005, T-723 de 2008, y T-338 de 2010. “Empero, existen excepciones frente a la regla general esbozada anteriormente. Por una parte, el silencio administrativo positivo permite revocar directamente el acto y, por la otra, cuando quiera que el mismo haya sido obtenido a través de actos ilegales o inconstitucionales, la Administración se encuentra facultada para revocarlo. En tal sentido se pronunció esta Corporación en la Sentencia T-339 de 1997, donde apuntó que si ‘en el origen de la situación jurídica individual que se reclama existe un vicio, que si es conocido por la Administración, no puede permanecer sustentando un derecho, como si éste se hubiese adquirido al amparo de la ley. En realidad, la circunstancia expuesta indica que el alegado derecho subjetivo, en cuanto tiene por sustento la violación de la ley, no merece protección. El orden jurídico no se la brinda, pues nunca lo ilícito genera derechos’. Por consiguiente, si es ostensible el quebranto al ordenamiento jurídico por parte del beneficiario del acto administrativo que le reconoce derechos particulares y concretos, el sistema jurídico no puede brindarle protección, pues sólo se la da a los derechos que provengan de un justo título, para las situaciones en las que se ha obrado conforme al principio de buena fe. Así, ante una abrupta, incontrovertible y abierta actuación ilícita, la revocatoria debe desplegarse a favor del interés colectivo –materializado en la protección del orden jurídico–, que prima sobre el interés particular”.
- 715 Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1994: “... con miras a eliminar el tradicional esquema de desconfianza y recelo que caracterizaba el comportamiento de las autoridades respecto de los particulares. La carga de probar a cada paso la licitud y lealtad de la propia conducta, que pesaba irremediamente sobre quien actuara ante los entes oficiales y que suponía el presupuesto de la mala fe, ha sido sustituida por la presunción contraria –la de que toda persona actúa de buena fe–, quedando en cabeza del Estado y de sus funcionarios la responsabilidad de desvirtuarla...”.
- 716 Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2010: “La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional, que en su caso actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente [...] Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias, y (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables”.
- 717 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”.
- 718 Corte Constitucional. Sentencia C-891 de 2002: “En procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiéndolo sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna. Desde luego que el derecho a la información así servido se convierte en poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectiva, en el entendido de que las autoridades estatales, a más de esa información, deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública de los temas pertinentes; recordando a la vez que la participación ciudadana en esos ámbitos de discusión constructiva supone el recíproco respeto de los criterios expuestos por los interlocutores institucionales y privados, pero no pasivamente, sino reedificando mutuamente sobre la comprensión de lo ya examinado y depurado de manera concertada, a tiempo que la diferencia y pluralidad de opiniones actualizan su poder constructivo en el suceso democrático”.
- 719 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública”.
- 720 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas”.
- 721 ÁNGEL LATORRE. *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 24.

- 722 A modo de ejemplo, cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de julio de 2008, rad. 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP): “Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1.º), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 íbidem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contrario a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder”.
- 723 Corte Constitucional. Sentencia C-046 de 1991: “... al referirse al principio de la moralidad en la actividad administrativa, la Corte sostiene que la misma no corresponde al fuero interno de los servidores, sino a su relación con el ordenamiento jurídico a partir del cual se esperan por la sociedad una serie de comportamientos. La moralidad, según la Corte Constitucional, no puede ser otra cosa que la absoluta pulcritud y honestidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones: ‘... la sociedad a través de los órganos de control [...] tiene derecho legítimo a comprobar, en cualquier momento, la conducta de sus agentes...’”.
- 724 Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003: “[...] Como ya lo ha señalado en otras oportunidades esta Corporación, uno de los elementos más importantes en el proceso de conformación del Estado Social de Derecho lo constituye la relevancia que ha tomado en el ordenamiento jurídico el principio de responsabilidad, mirado no solamente desde la órbita del Estado sino también de la de los particulares. La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, el papel de los agentes estatales y el cumplimiento de las funciones públicas. Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la ampliación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas”.
- 725 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos”.
- 726 Corte Constitucional. Sentencia C-252 del 26 de mayo de 1994: “... Estima la Corte, que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que pueden existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo Procedimiento Administrativo Especial debe regularse a través de la ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo, como lo exige, con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política [...] los procedimientos administrativos especiales constituyen materia esencial y básica de la primera parte del Código Contencioso Administrativo, que regula los procedimientos administrativos [...] un nuevo Procedimiento Administrativo Especial que se establezca, a partir de la Constitución Política de 1991, necesariamente debe hacerse por el legislador y no a través de facultades extraordinarias [...] un conjunto normativo de esta naturaleza, necesariamente incorpora regulaciones específicas que constituyen excepciones en relación con el procedimiento general ordinario establecido en el mencionado Código...”.
- 727 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 21 de marzo de 2012, exp. 39477: “... Así las cosas, la Sala advierte que tanto la jurisprudencia como la doctrina especializada han señalado que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales, corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa, conclusión a la que se ha llegado a partir del estudio del artículo 150 de la Constitución, pues éste asigna como competencia exclusiva al legislador la expedición de códigos y, por tanto, los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo [...] En consecuencia, mediante acto administrativo no es posible crear procedimientos administrativos que regulen las relaciones entre la Administración y el ciudadano, esto es, con efectos extra-orgánicos, y si la ley no regula esos mínimos procedimentales será preciso acudir al procedimiento general consignado en el artículo 1.º del CCA, como norma supletoria para estos casos...”; cfr., en el mismo sentido, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 36054; y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub Sección C. Sentencia del 19 de septiembre de 2016, exp. 47.693.
- 728 Ley 1437 de 2011. “Artículo 8. *Deber de información al público*. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos: [...] 8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general”.
- 729 En Perú la ley de procedimientos administrativos desarrolla de manera clara los llamados procedimientos trilaterales. El artículo 219 de dicha ley dispone que “El procedimiento trilateral es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración...”. En ese sentido anota MORÓN URBINA (*Ley de procedimiento administrativo general*, cit., p. 489) que el estatuto peruano de las actuaciones administrativas, además de regular los tradicionales procedimientos lineales de la administración, es juez y parte: incorpora un procedimiento donde la administración resuelve contenciones entre particulares como árbitro de las diferencias que le son llevadas por las partes o por una de ellas para generar la controversia administrativa.
- 730 BARTOMEU COLOM PASTOR. *El derecho de petición*, Madrid, Universitat de les Illes Balears y Marcial Pons, 1997, pp. 17 a 24. El derecho de petición se desarrolló prácticamente en el derecho inglés en donde se materializó en el mismo momento en que los súbditos tuvieron la posibilidad de dirigirse a los monarcas efectuando solicitudes, especialmente de gracia, aspecto que resultaba común en la Europa de los siglos VI y VII. En la conformación del derecho influyó de manera decisiva la doctrina cristiana, en cuanto a la definición de la actitud del soberano absolutista de aceptar acercamientos de ese tipo. La concepción cristiana de piedad, condescendencia y misericordia fue asumida por el detentador del poder para permitir el acceso de los súbditos a sus favores y benevolencia. Sostiene el autor que ya en la Carta Magna de manera indirecta se encuentran algunas referencias al derecho de petición en la cláusula 29: “*Nulli vendemus, nulli negabimus aut differemus, rectum vel iustitiam*”; de manera definitiva se reguló en el artículo 5.º del *Bill of Rights* en el sentido de que “es derecho de los súbditos dirigir peticiones al rey, y todo encarcelamiento y procesamiento basado en tal petición es ilegal”. En su dinámica inicial, sostiene COLOM PASTOR, se situaba en reclamaciones estrictamente estamentales: “... los individuos, las corporaciones y los estamentos reclamaban ante el monarca el cumplimiento y respeto de sus derechos particulares”. El tema del derecho de petición en la Revolución Francesa no es muy claro, incluso no aparece en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aunque después en las constituciones revolucionarias se le incorporó a partir de la de 1791.
- 731 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.
- 732 Ídem: “... En Colombia, la primera expresión normativa del derecho de petición la encontramos en el artículo 56 la Constitución Federal de 1858 (Confederación

- Granadina), al consagrar: “El derecho de obtener pronta resolución en las peticiones que por escrito dirijan a las corporaciones, autoridades o funcionarios públicos, sobre cualquier asunto de interés general o particular”. Esa disposición fue reproducida en los mismos términos en el catálogo de derechos individuales contemplados en el artículo 15 de la Constitución de 1863 (Estados Unidos de Colombia). Finalmente, el artículo 45 de la Constitución Política de 1886 dispuso que “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”; disposición que fue objeto de desarrollo legal por virtud del artículo 334 de la Ley 4.^a de 1913, del Decreto 2733 de 1959, el Decreto 01 de 1984 y de la Ley 57 de 1985...”.
- 733 Declaración Americana de Derechos Humanos, Bogotá 1948. “Artículo 24. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y de obtener pronta resolución”.
- 734 Ley 1755 de 2015. Artículo 13 Inc.2.
- 735 Ídem.
- 736 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: “... Por otra parte, de acuerdo a la interpretación sistemática del enunciado normativo, cuando allí se alude a la posibilidad de apelar al derecho de petición para formular denuncias e interponer recursos no hace referencia a aquellas denuncias que dan inicio a una actuación penal, ni la interposición de recursos incluye aquellos que en ejercicio del derecho a la defensa puedan instaurarse en el curso de las actuaciones judiciales, cuyo trámite se regirá por las reglas que particularmente fijen los procedimientos judiciales, toda vez que debe entenderse que el artículo 13 que el legislador estatutario incorpora a la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se aplica frente a las actuaciones administrativas, no así a los procesos judiciales...”.
- 737 Artículo 23 CP: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, por motivos de interés general, o particular, y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.
- 738 Corte Constitucional. Sentencia T-836 del 5 de julio de 2000. La amplia jurisprudencia de esta corporación ha insistido en señalar que la presentación de los recursos ante la administración es una forma de ejercitar el derecho de petición, pues, “a través de ellos, el administrado eleva ante la autoridad pública una petición respetuosa, que tiene como finalidad obtener la aclaración, la modificación o la revocación de un determinado acto”. Por lo tanto, si el derecho de petición se expresa en el derecho a obtener una respuesta de fondo, clara, oportuna y congruente con lo pedido, los recursos para agotar la vía gubernativa deben incluirse en el núcleo esencial del artículo 23 de la Carta. En este orden de ideas, una conclusión se impone: si la administración no tramita o no resuelve los recursos, dentro de los términos legalmente señalados, vulnera el derecho de petición del administrado y, por lo tanto, legítima al solicitante para presentar la acción de tutela. De ahí pues que el *a quo* se equivoca cuando afirma que la tutela no procede para exigir la resolución oportuna del recurso de reposición que la actora presentó desde 1997, por lo que la presente acción deberá concederse...”.
- 739 FABIÁN G. MARÍN CORTÉS. *Derecho de Petición y procedimiento administrativo*, Colección Derecho Administrativo, Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Librería Jurídica Sánchez R., 2017.
- 740 Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2011.
- 741 *Ibid.*, Sentencia C-951 de 2014.
- 742 *Ibid.*, Sentencia T-777 del 22 de junio de 2000: “El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión”.
- 743 Corte Constitucional. Sentencia T-165 de 1997: “Además de la manifiesta y reiterada tendencia de muchos servidores públicos y de no pocas instituciones privadas a no tramitar oportunamente las peticiones que se les formulan, en abierta transgresión del artículo 23 de la Carta Política, es protuberante el deseo que algunos empleados demuestran, en el sentido de obstruir el efectivo acceso de las personas a los servicios públicos –inclusive los apremiantes e indispensables de la salud y la seguridad social–, lo cual se manifiesta en el establecimiento administrativo de complicados trámites, requisitos y procedimientos no consagrados en la ley, que provocan, en muchos eventos, la capitulación del administrado por simple agotamiento físico o mental, con evidente sacrificio de sus derechos y expectativas. Se ve con frecuencia cómo las solicitudes formuladas respetuosamente, en interés general o particular, pasan de mano en mano –y así se van diluyendo también las responsabilidades–, sin que exista coordinación alguna entre los diferentes funcionarios que conocieron de ellas ni la más mínima conciencia institucional en torno a la situación de la persona que espera del Estado, o de los entes particulares autorizados por éste, respuestas precisas a sus inquietudes”.
- 744 Corte Constitucional. Sentencias T-012 del 25 mayo de 1992 y T-503 del 25 agosto de 1992.
- 745 Corte Constitucional. Sala de Revisión n.º 3. Sentencia T-567 del 23 de octubre de 1992. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de junio de 1992: “... toda persona tiene derecho de pedirle al Estado que se aplique su poder social en su defensa, y el Estado tiene la obligación correlativa de resolver pronta y efectivamente su petición: ninguna razón es valedera para que una autoridad pública se sustraiga de este deber acreditado...”.
- 746 JAIME VIDAL PERDOMO. “Principios”, *cit.*, pp. 117 a 119.
- 747 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: “... Los anteriores enunciados constitucionales han sido desarrollados por la jurisprudencia de manera extensa; de las sentencias T-377 de 2000, T-249 de 2001, T-1006 de 2001, T-1089 de 2001, T-1046 de 2004, T-189a de 2010 y C-818 de 2011, se pueden extraer las siguientes: *Reglas del derecho de petición*. a) El derecho de petición es determinante para la *efectividad de los mecanismos de la democracia participativa*. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la *resolución pronta y oportuna* de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido. c) La respuesta a las peticiones debe cumplir con los requisitos de: 1. *oportunidad*, 2. resolverse de fondo con *claridad, precisión y congruencia* con lo solicitado y 3. ser puesta en *conocimiento* del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos, se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. d) La respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita. e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine. f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula *ante particulares*, es necesario separar tres situaciones: 1. cuando el particular presta un *servicio público* o cuando realiza *funciones de autoridad*, el derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la Administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente. g) En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, la ley ha establecido un término dentro del cual debe darse respuesta al peticionario. De no ser posible darla en ese lapso, la autoridad

o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordenan responder dentro del término de 15 días (establecido tanto por el CCA, como por el CPACA); en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes. h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El *silencio administrativo es la prueba incontrovertible* de que se ha violado el derecho de petición. i) El derecho de petición también es *aplicable en la vía gubernativa*, por ser esta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. j) El derecho de petición se aplica al procedimiento administrativo de la *revocatoria directa*. k) La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea no la exonera del deber de responder. l) El derecho de petición procede de forma excepcional ante las organizaciones internacionales y las misiones diplomáticas de los Estados. Adicional a las reglas jurisprudenciales anteriormente descritas, las Salas de Revisión de esta Corporación han precisado que el derecho de petición tiene *garantías reforzadas* en el caso de los desplazados y los reclusos. La Corte procederá a realizar algunas precisiones con relación al precedente reseñando, sin olvidar que el núcleo esencial del derecho recoge la mayoría de las reglas jurisprudenciales...”.

748 Corte Constitucional. Sentencia T-403 del 25 de julio de 1996.

749 *Ibíd.* Sentencia C-951 de 2014: “... La Corte Constitucional ha precisado que los titulares de este derecho no son solamente las personas naturales, sino también las personas jurídicas [...] De manera específica, este Tribunal ha dicho que la persona jurídica puede ser titular, entre otros, de los siguientes derechos fundamentales: la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, el derecho de petición la libertad de asociación sindical y el debido proceso. Ha determinado que estos derechos nacen de su condición de sujeto que existe y ocupa un espacio dentro de la sociedad. De igual modo, la jurisprudencia ha indicado que las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías: una, indirecta, cuando la acción de tutela es un medio para garantizar derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales (v.gr. derecho al buen nombre); otra, directa, cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que pueden predicarse de ellas mismas, tal como ocurre en el caso del derecho de petición...”.

750 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: “... Se trata entonces de un derecho fundamental de aplicación inmediata (art. 86 CP) cuyos titulares son todas las personas mayores o menores de edad, nacionales o extranjeros, que permite acudir ante las diversas autoridades o ante los particulares, para la protección de derechos fundamentales verbalmente o por escrito, para obtener pronta solución sobre lo solicitado. Esta prescripción normativa cumple una función valiosa para las personas, en tanto por medio de este instrumento se garantizan otros derechos fundamentales y se puede tener acceso a información y documentación que repose en las entidades sobre situaciones de interés general o particular, siempre y cuando se atienda lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución, esto es que no se trate de información que por ley tenga el carácter de reservada...”.

751 Ley 1755 de 2015. Artículo 13 inciso 1: “... Situación distinta genera la exigencia de que las peticiones verbales deban ser presentadas ante el funcionario o servidor público *competente*, toda vez que la persona no tiene alternativa distinta, lo cual configura una condición que obstaculiza el ejercicio de este derecho sin que se advierta la justificación para establecer esa exigencia solamente para las peticiones que se formulen verbalmente. En atención a la redacción del texto normativo, las peticiones verbales no serían amparadas por el parágrafo 20, conforme al cual “*Ninguna autoridad podrá negarse a la recepción y radicación de solicitudes y peticiones respetuosas*”, en tanto la obligación de interponerlas ante el funcionario competente fue establecida en el texto luego de la precisión anterior, lo cual implica que, a diferencia de las peticiones escritas, cuando se trata de una verbal si el servidor ante quien se manifiesta es incompetente puede negarse a recibirla, porque en estos casos la persona no tiene alternativa distinta a la de formular la petición exclusivamente ante la autoridad competente, lo cual constituye un desconocimiento de los deberes de respeto y garantía de la efectividad de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad. La improcedencia de dar un tratamiento distinto en cuanto a los elementos estructurales del derecho de petición, en razón de la forma en que han sido presentadas, fue advertida por esta Corte en la Sentencia T-510 de 2012, al indicar que “resulta evidente que el orden constitucional colombiano ampara las expresiones verbales del derecho de petición y no se otorga trato diferente al de las solicitudes escritas. En efecto, el derecho fundamental de petición se encuentra reflejado tanto en la expresión escrita como en la verbal y su resolución debe entenderse de la misma manera por las entidades públicas”. En consecuencia, la condición establecida en el inciso primero y en el parágrafo 30 del artículo 15 del proyecto de ley bajo examen, para que las peticiones formuladas verbalmente se presenten ante el funcionario competente, resulta una limitación contraria a la igualdad y al acceso efectivo a las autoridades a través de esta modalidad de petición. Además, resulta una carga adicional para el peticionario que no cuenta con el conocimiento especializado respecto a las competencias, el cual no se requiere para formular una petición, por cuanto en caso de que la autoridad no sea competente, puede remitirla a la que lo sea, para darle el trámite pertinente. Con fundamento en las razones expuestas, las expresiones “ante el funcionario competente” del inciso primero y “o ante el servidor competente” del parágrafo 30 del artículo 15 del proyecto de ley estatutaria revisado, serán declaradas inexecutable...”.

752 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.

753 *Ídem*: “... *Formulación de la petición*: el derecho de petición ‘protege la posibilidad cierta y efectiva de dirigir a las autoridades o a los particulares, en los casos que determine la ley, solicitudes respetuosas, sin que éstas se nieguen a recibir las o se abstengan de tramitarlas’. Por tanto, los obligados a cumplir con este derecho tienen el deber de recibir toda clase de petición, puesto que esa posibilidad hace parte del núcleo esencial del derecho...”.

754 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: “... *La informalidad en la petición*. La jurisprudencia ha sido enfática en advertir que las personas ejercen el derecho de petición aun cuando no digan de forma expresa que actúan bajo el amparo del artículo 23 de la Constitución. Lo antepuesto, en razón de que el ejercicio del derecho de petición “no exige formalidades más allá de las que establecen la Constitución Política y la Ley [...] Así las cosas, si la autoridad exige que en el escrito de solicitud se especifique que se eleva petición de conformidad con este derecho, se le está imponiendo al ciudadano peticionario una carga adicional, que no se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico, y que haría su situación más gravosa frente a una autoridad que ya se encuentra en un grado de superioridad frente a un ciudadano común...”.

755 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.

756 Artículo 15 inciso 1 Ley 1755 de 2015.

757 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 22 de noviembre de 1984, demanda de inexecutable contra el artículo 11 del Decreto 01 de 1984. La Corte declaró inexecutable la parte final de la norma citada que establecía una diferencia entre el derecho de petición iniciado por escrito y el iniciado verbalmente; el artículo en cuestión dice: “*Peticiones incompletas*. Cuando una petición no se acompañe de los documentos o informaciones necesarias, en el acto de recibo se le indicarán al peticionario los que falten; si insiste en que se radique, se le recibirá la petición dejando constancia expresa de las advertencias que le fueron hechas. Si es verbal, no se le dará trámite”. Dijo la Corte: “El tratamiento consagrado por la expresión objeto de la demanda vulnera el derecho de petición de las personas que se hallen en las circunstancias de que trata dicho fragmento y, por supuesto, el de obtener pronta resolución”. Corte Constitucional. Sentencia T-389 del 19 de agosto de 1997, en la que destaca el carácter no ritualado del derecho de petición para efectos de su presentación, trasladándole a los servidores públicos la interpretación de si se trata de una petición o no en el caso del escrito recibido: “Considera la Corte que, para ejercer el derecho de petición y para reclamar el derecho de rango constitucional a la respuesta pronta y de fondo, no es indispensable encabezar el escrito o la solicitud verbal anunciando que se ejerce ese derecho, ni citar el artículo 23 de la Constitución, ni las pertinentes normas del Código Contencioso Administrativo. Que si tratándose del derecho de petición, este no surge de fórmulas

sacramentales ni de la expresa cita de normas, sino que, en un plano de informalidad inherente a la garantía misma de tal derecho, resulta del análisis material acerca del contenido de lo que manifiesta la persona. Si solicita algo y lo hace respetuosamente, la mínima consideración a su dignidad y a sus derechos básicos impone una contestación oportuna mediante la cual se decida en sustancia si se accede o no a lo pedido...”.

758 Artículo 15 inciso 1 Ley 1755 de 2015.

759 Artículo 19. inciso 1 ibíd.

760 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: “... *Las peticiones deben ser formuladas de manera respetuosa*. Así lo exige el precepto constitucional, de modo que su ejercicio solo es válido y merece protección constitucional si el derecho de petición se formuló en esos términos. En la Sentencia T-353 de 2000, la Corte resaltó el debido respeto hacia la autoridad, como un elemento esencial del derecho de petición, como quiera que de lo contrario, ‘la obligación constitucional, que estaría a cargo del servidor o dependencia al cual se dirigió la petición, no nace a la vida jurídica. La falta de tal característica de la solicitud sustrae el caso de la regla general, que exige oportuna contestación, de fondo, sobre lo pedido. En esos términos, si una solicitud irrespetuosa no es contestada, no se viola el derecho de petición’. Por tanto, en esos eventos las autoridades públicas pueden rechazar las peticiones irrespetuosas, situaciones que son excepcionales y de interpretación restrictiva, pues la administración no puede tachar toda solicitud de irreverente o descortés con el fin de sustraerse de la obligación de responder las peticiones [...] En relación con el alcance del calificativo de *irrespetuoso*, la Corte ha señalado que ‘La determinación acerca de cuándo un escrito es inadmisibles, por considerarse irrespetuoso, corresponde al discrecional, pero *ponderado, objetivo, juicioso, imparcial y no arbitrario juicio* del juez, pues las facultades omnímodas e ilimitadas de éste para rechazar escritos que pueden significar muchas veces la desestimación in limine del recurso afecta el derecho de defensa, el debido proceso y el acceso a la justicia. En tal virtud, estima la Sala que los escritos irrespetuosos son aquéllos que resultan descomedidos e injuriosos para con los mencionados sujetos, de manera *ostensible e incuestionable* y que superan el rango normal del comportamiento que se debe asumir en el curso de un proceso judicial, aún en los eventos de que quienes los suscriben aprecien situaciones eventualmente irregulares o injustas, generadas en desarrollo de la actividad judicial’. Si bien estas consideraciones se predicaron de la devolución por el juez de escritos irrespetuosos dentro de un proceso judicial, bien pueden aplicarse para sustentar el rechazo por cualquier autoridad de una petición que considere irrespetuosa, que de ninguna manera puede obedecer a una decisión arbitraria, caprichosa, sin sustento objetivo.^[1] En consecuencia, la Corte considera que el rechazo de un escrito que se considere por la autoridad como irrespetuoso, en la medida que puede hacer nugatorio el derecho de petición y afectar otros derechos fundamentales del interesado, requiere de motivación y de la publicidad que se exige de todas las actuaciones de la administración, así como de la posibilidad de impugnar dicho rechazo. Así lo ha establecido la jurisprudencia respecto de escritos presentados por las partes en un proceso judicial que han sido devueltos por ser considerados irrespetuosos...”.

761 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.

762 Ídem: “... Para la Corte, este inciso se encuentra conforme con la Constitución, en tanto aplica los principios de eficacia y economía en la labor administrativa (art. 209 CP). Sin embargo, para que no se desconozca la garantía de una respuesta de fondo a la petición radicada, debe entenderse que una petición reiterativa es aquella que resulta sustancialmente idéntica a otra presentada anteriormente, a la cual se dio respuesta de fondo, por lo que la remisión que se hace configura igualmente una respuesta sustancial (por contraposición a una meramente formal) a la nueva petición que se reitera. Cuando no exista esta identidad, no podrá aplicarse la regla prevista en el segundo inciso del artículo 19 y, por consiguiente, deberá seguirse el trámite de respuesta previsto en el proyecto que ahora se estudia. Con todo, la norma hace la salvedad respecto de peticiones reiteradas correspondientes a derechos imprescriptibles (v.gr. pensión de vejez), o de peticiones que se hubieren negado por no acreditar requisitos, eventos en los cuales se debe dar una nueva respuesta de fondo, en aras de garantizar tales derechos y obviamente, para que el peticionario cumpla en el segundo caso, con la carga que le impone el ejercicio del mismo derecho de petición para obtener una pronta resolución de fondo...”.

763 JAIME VIDAL PERDOMO. “Principios”, cit., p. 119.

764 Corte Constitucional. Sentencia C-274 de 2013: “... De conformidad con el inciso primero del artículo 74 constitucional, “*todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley*”. Este derecho fundamental, se encuentra estrechamente vinculado con el derecho de petición contemplado en el art. 23 de la Constitución, al punto de que la misma Corte ha indicado que el derecho de petición es el género y el derecho a acceder a la información pública es una manifestación específica del mismo. Igualmente, existe un cercano vínculo con el derecho a obtener información, consagrado en el art. 20 de la Carta, en tanto que es instrumento necesario para su ejercicio y comparte con aquel su núcleo axiológico. En la Asamblea Nacional Constitucional, los constituyentes abordaron el tema del acceso a los documentos públicos desde la perspectiva del derecho fundamental a la información y optaron por su consagración como derecho independiente del derecho de petición, con el propósito, de “*desterrar la llamada “cultura del secreto”, característica de sociedades de tendencia antidemocrática en las cuales no existe publicidad de los actos de las autoridades públicas, ya que toda información en poder del Estado es reservada, salvo algunas excepciones...*” Véase en igual sentido, Corte Constitucional. Sentencia T-473 de 1992.

765 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 13: “*Libertad de pensamiento y de expresión*. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...”; Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión...”; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 19: “... 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...”. Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptó en el año 2000 la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, en donde consagró el derecho en cuestión; cfr. la trayectoria del derecho en la jurisprudencia interamericana en: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, “El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano”.

766 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.

767 Corte Constitucional. Sentencia C-274 de 2013.

768 Ley 1712 de 2014. “Artículo 4. *Concepto del derecho*. En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales, deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática.

El derecho de acceso a la información genera la obligación correlativa de divulgar proactivamente la información pública y responder de buena fe, de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso, lo que a su vez conlleva la obligación de producir o capturar la información pública. Para cumplir lo anterior los sujetos obligados deberán implementar procedimientos archivísticos que garanticen la disponibilidad en el tiempo de documentos electrónicos auténticos.

Parágrafo. Cuando el usuario considere que la solicitud de la información pone en riesgo su integridad o la de su familia, podrá solicitar ante el Ministerio Público

el procedimiento especial de solicitud con identificación reservada”.

769 Ley 1712 de 2014. “Artículo 6. *Definiciones.* a) *Información.* Se refiere a un conjunto organizado de datos contenido en cualquier documento que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen; b) *Información pública.* Es toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, o controle en su calidad de tal; c) *Información pública clasificada.* Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley; d) *Información pública reservada.* Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley; e) *Publicar o divulgar.* Significa poner a disposición en una forma de acceso general a los miembros del público e incluye la impresión, emisión y las formas electrónicas de difusión; f) *Sujetos obligados.* Se refiere a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada incluida en el artículo 5.º de esta ley; g) *Gestión documental.* Es el conjunto de actividades administrativas y técnicas tendientes a la planificación, procesamiento, manejo y organización de la documentación producida y recibida por los sujetos obligados, desde su origen hasta su destino final, con el objeto de facilitar su utilización y conservación; h) *Documento de archivo.* Es el registro de información producida o recibida por una entidad pública o privada en razón de sus actividades o funciones; i) *Archivo.* Es el conjunto de documentos, sea cual fuere su fecha, forma y soporte material, acumulados en un proceso natural por una persona o entidad pública o privada, en el transcurso de su gestión, conservados respetando aquel orden para servir como testimonio e información a la persona o institución que los produce y a los ciudadanos, como fuentes de la historia. También se puede entender como la institución que está al servicio de la gestión administrativa, la información, la investigación y la cultura; j) *Datos abiertos.* Son todos aquellos datos primarios o sin procesar, que se encuentran en formatos estándar e interoperables que facilitan su acceso y reutilización, los cuales están bajo la custodia de las entidades públicas o privadas que cumplen con funciones públicas y que son puestos a disposición de cualquier ciudadano, de forma libre y sin restricciones, con el fin de que terceros puedan reutilizarlos y crear servicios derivados de los mismos; k) *Documento en construcción.* No será considerada información pública aquella información preliminar y no definitiva, propia del proceso deliberatorio de un sujeto obligado en su calidad de tal.

770 Artículos 7.º, 8.º y 9.º Ley 1712 de 2014.

771 Ley 1437 de 2011. “Artículo 8 [...] Parágrafo. Para obtener estas informaciones en ningún caso se requerirá la presencia del interesado”.

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

773 Mediante la Sentencia C-491 de 2007 la Corte Constitucional recogió las reglas jurisprudenciales que se deben observar para la aplicación de las restricciones que se pretendan imponer a este derecho, reglas que fueron a su vez retomadas en la Sentencia C-274 de 2013 y reiteradas como fundamentales para el debido cumplimiento y respeto del núcleo central del derecho.

774 Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2007, reiterada en la Sentencia C-274 de 2013.

775 Ley 1755 de 2015. “Artículo 24. *Informaciones y documentos reservados.* Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial: 1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales; 2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas; 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica; 4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación; 5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008; 6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos; 7. Los amparados por el secreto profesional; 8. Los datos genéticos humanos. Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información”.

776 Ley 1712 de 2014. “Artículo 18. *Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas.* Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos: a) El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado; b) El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad; c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011. Parágrafo. Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable. Artículo 19. *Información exceptuada por daño a los intereses públicos.* Es toda aquella información pública reservada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional: a) La defensa y seguridad nacional; b) La seguridad pública; c) Las relaciones internacionales; d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso; e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales; f) La administración efectiva de la justicia;^[1] g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;^[1] h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país; i) La salud pública. Parágrafo. Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos. Artículo 20. *Índice de información clasificada y reservada.* Los sujetos obligados deberán mantener un índice actualizado de los actos, documentos e informaciones calificados como clasificados o reservados, de conformidad a esta ley. El índice incluirá sus denominaciones, la motivación y la individualización del acto en que conste tal calificación. Artículo 21. *Divulgación parcial y otras reglas.* En aquellas circunstancias en que la totalidad de la información contenida en un documento no esté protegida por una excepción contenida en la presente ley, debe hacerse una versión pública que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable. La información pública que no cae en ningún supuesto de excepción deberá ser entregada a la parte solicitante, así como ser de conocimiento público. La reserva de acceso a la información opera respecto del contenido de un documento público pero no de su existencia. Ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra o no en su poder o negar la divulgación de un documento. Las excepciones de acceso a la información contenidas en la presente ley no aplican en casos de violación de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, y en todo caso deberán protegerse los derechos de las víctimas de dichas violaciones. Artículo 22. *Excepciones temporales.* La reserva de las informaciones amparadas por el artículo 19 no deberá extenderse por un período mayor a quince (15) años”.

777 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.

778 Ídem.

779 Ídem.

780 Corte Constitucional. Sentencia C-748 de 2011: "... En la jurisprudencia constitucional, el derecho al *habeas data* fue primero interpretado como una garantía del derecho a la intimidad, de allí que se hablara de la protección de los datos que pertenecen a la vida privada y familiar, entendida como la esfera individual impenetrable en la que cada cual puede realizar su proyecto de vida y en la que ni el Estado ni otros particulares pueden interferir. También, desde los primeros años de la nueva Carta, surgió al interior de la Corte una segunda línea interpretativa que consideraba el *habeas data* una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Según esta línea, el *habeas data* tiene su fundamento último '[...]' en el ámbito de autodeterminación y libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al sujeto como condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad y en homenaje justiciero a su dignidad'. Ya a partir de 1995, surge una tercera línea interpretativa que es la que ha prevalecido desde entonces y que apunta al *habeas data* como un derecho autónomo, en que el núcleo del derecho al *habeas data* está compuesto por la autodeterminación informática y la libertad –incluida la libertad económica. Este derecho como fundamental autónomo, requiere para su efectiva protección de mecanismos que lo garanticen, los cuales no sólo deben pender de los jueces, sino de una institucionalidad administrativa que además del control y vigilancia tanto para los sujetos de derecho público como privado, aseguren la observancia efectiva de la protección de datos y, en razón de su carácter técnico, tenga la capacidad de fijar política pública en la materia, sin injerencias políticas para el cumplimiento de esas decisiones [...]. Dentro de las prerrogativas o contenidos mínimos que se desprenden del derecho al *habeas data* encontramos por lo menos las siguientes: (i) el derecho de las personas a conocer –acceso– la información que sobre ellas están recogidas en bases de datos, lo que conlleva el acceso a las bases de datos donde se encuentra dicha información; (ii) el derecho a incluir nuevos datos con el fin de se provea una imagen completa del titular; (iii) el derecho a actualizar la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; (iv) el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificadora o corregida, de tal manera que concuerde con la realidad; (v) el derecho a excluir información de una base de datos, bien por que se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular –salvo las excepciones previstas en la normativa...".

781 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.

782 Artículo 13 inciso 2.º Ley 1755 de 2015.

783 Corte Constitucional. Sentencia T-807 del 29 de junio de 2000: "Es necesario precisar que, si bien la regla general señalada en el artículo 25 del CCA es que las consultas que absuelven las entidades públicas no comprometen la responsabilidad de éstas ni son de obligatorio cumplimiento, razón por la que no se pueden considerar actos administrativos (Consejo de Estado. Auto del 6 de mayo de 1994), tal como lo serían los conceptos jurídicos, la verdad es que dichos conceptos, cuando se convierten en manifestación de la voluntad de la administración tendientes a producir efectos jurídicos a un caso concreto, son típicos actos administrativos, susceptibles de ser demandados ante el contencioso administrativo, a través de los recursos establecidos para el efecto. Sobre el particular se ha manifestado el Consejo de Estado. Así, teniendo en cuenta que el mencionado concepto, dadas sus características, no sólo entra a resolver el caso específico de la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud "Muisca", sino que la Superintendencia acusada lo toma como suyo para absolver los interrogantes o solicitudes de su representante, el mismo es un acto administrativo que ha podido demandarse ante la jurisdicción contencioso administrativa, para que sea en dicha sede y no ante la jurisdicción constitucional donde se decida si le asiste razón a la entidad estatal al exigir el cumplimiento de requisitos contemplados en una legislación que entró a regir cuando se estaba tramitando la autorización requerida por la asociación o, como lo afirma el actor, expedirse ésta bajo el amparo de una legislación derogada. Así como si ha de cumplir tales requisitos, teniendo en cuenta que agrupa un sector que requiere especial protección del Estado...".

784 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: "... Al respecto, la Corte se ha pronunciado en torno a la naturaleza jurídica de los conceptos proferidos por las autoridades en respuesta a los derechos de petición de consulta, así en Sentencia C-487 de 1996 explicó que: 'Cuando el concepto se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y, en principio, su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución. Por consiguiente, de la circunstancia de que el administrado no se someta a sus formulaciones no puede ser objeto de consecuencias negativas en su contra, diferentes a las que podrían originarse del contenido de las normas jurídicas sobre cuyo entendimiento o alcance se pronuncia el concepto. No obstante, cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio'. Esta postura jurisprudencial fue reiterada en las Sentencias C-877 de 2000, T-807 de 2000 y C-542 de 2005, en las cuales la Corte señaló: 'Los conceptos emitidos por las autoridades públicas en respuesta del derecho de petición de consultas contenido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo significan, en principio, una orientación, un consejo, un punto de vista. Se convierten en acto administrativo, en la medida en que de tales conceptos se desprendan efectos jurídicos para los administrados'. En similar sentido, en la Sentencia T-091 de 2007 esta Corporación sostuvo: 'La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha señalado que como regla general los conceptos que se expiden a instancia del interesado no son obligatorios, no crean situaciones jurídicas, y por tanto, no comprometen la responsabilidad de la entidad pública que los expide. Sólo en situaciones excepcionales, cuando el concepto cree o modifique situaciones jurídicas, éste debe considerarse un acto administrativo, frente a los cuales caben las acciones contencioso administrativas'. Por su parte, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha ratificado los anteriores postulados, en el siguiente sentido: 'Como todo pronunciamiento no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión o apreciación que no es capaz de tener un efecto jurídico directo sobre el asunto de que trata, pues solo sirve para orientar a quien hace la consulta [...]'. Ahora bien, es necesario escindir dos situaciones que posiblemente se deriven de la interpretación de la noma *sub examine*, a saber (i) el alcance de los conceptos respecto del peticionario y la entidad que lo profiere y (ii) el alcance de los conceptos frente a terceros –entidades subordinadas frente a las cuales se profiere el concepto–. Sin pretender abordar un estudio más allá del propuesto por la redacción de la norma estudiada, es necesario que la Corte aclare que la intención del legislador fue no darles efectos obligatorios en su aplicación y ejecución a los conceptos, se encuentren o no identificados con los supuestos hipotéticos, ilustrados en las líneas anteriores...".

785 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: "... Esta situación justifica de manera evidente una ventaja que se aprecia como razonable, en tanto motivada por el fin de evitar un daño al titular de un derecho fundamental, que después de ocurrido, no va a poder ser reparado [...] Respecto del significado de *atención prioritaria*, encuentra la Sala que la misma implica una respuesta que se profiere antes o con antelación a las respuestas de otros derechos de petición. Esta situación, *per se*, no implica una vulneración del derecho de igualdad de quienes presentan derechos de petición, pues la alteración del orden de respuesta establecido con fundamento en el momento de presentación de la petición, se encuentra plenamente justificado por la finalidad que con dicha prelación se prevé [...] Para la Sala, por tratarse de una situación que altera el trato igualitario que se debe dar por parte de las autoridades a todas las peticiones, fundada en una razón plausible y constitucionalmente legítima, resulta razonable y proporcionado que el legislador exija que se acredite la titularidad del derecho fundamental cuyo reconocimiento se pide, así como el riesgo de producirse un perjuicio irremediable de no resolverse prontamente acerca de la petición...".

786 CADH. "Artículo 13. *Libertad de pensamiento y de expresión*. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección [...] 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

- 787 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: "... La Corte advierte que en el caso de la actividad periodística, contrario a lo sostenido por el Procurador General, el constituyente sí estableció un tratamiento especial, cuando consagró en el artículo 73 que "La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional", protección que surge del rol preponderante que cumple la prensa como "guardiana de lo público" y de sus funciones medulares en materia de información y opinión, en una democracia participativa y pluralista. Existe sin duda una conexidad estrecha y directa entre la garantía de la libertad e independencia profesional de la actividad periodística y los derechos fundamentales garantizados en el artículo 20 de la Carta. En la Sentencia T-602 de 1995, este Tribunal señaló que: "Los medios de comunicación desarrollan tareas esenciales dentro de una democracia, debido a que la información de las personas y la observación crítica de la gestión de las autoridades son el sustrato indispensable de una participación ciudadana efectiva. Más que ser una forma para desarrollar eficazmente el ejercicio de una libertad –la de expresión–, los medios masivos de comunicación han entrado a ejercer un papel preponderante dentro del Estado de Derecho. Así lo había reconocido con anterioridad a la Carta de 1991, la Corte Suprema de Justicia: "La actuación de los medios masivos de comunicación es "una de las más modernas formas de acción de los gobernados sobre el poder público y forma parte de los instrumentos de control vertical sobre los gobernantes [...]. Se trata de un derecho político para permitir nuevas formas de defensa de las comunidades contra el despotismo, la arbitrariedad, la corrupción, los abusos y desviaciones de poder, que refuerza la vigencia de la democracia, asegura su actualización y mejora la condición de los ciudadanos frente a las autoridades, pues permite que éstos no sólo elijan sino que las controlen con base en la necesaria información sobre su gestión". En el mismo sentido, la jurisprudencia ha recalado que el ejercicio de la libertad de prensa es un requisito esencial para la existencia de una democracia, porque "una prensa libre contribuye a informar y formar a los ciudadanos; sirve de vehículo para la realización de los debates sobre los temas que inquietan a la sociedad; ayuda de manera decisiva a la formación de la opinión pública; actúa como instancia de control sobre los poderes públicos y privados, etc"... De igual modo, la libertad de prensa goza de especial protección del Estado por tratarse de "una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En efecto, sólo con una prensa libre, pluralista e independiente, puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes". En suma, es claro que la actividad periodística cumple funciones de control al poder y de ser depositaria de la confianza pública, a la vez que desarrolla una tarea fundamental para la participación ciudadana en una democracia esencialmente participativa y pluralista, al proveer información y observaciones críticas sobre la gestión de las autoridades. Por todo lo expuesto y teniendo en cuenta que la oportunidad constituye uno de los elementos esenciales del derecho a la información, la Corte encuentra que el trámite preferencial de las peticiones formuladas por los periodistas en ejercicio de su actividad, tiene pleno respaldo en la Carta Política..."
- 788 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.
- 789 CADH. "Artículo 1. *Obligación de respetar los derechos*. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social [...] Artículo 2. *Deber de adoptar disposiciones de derecho interno*. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1.º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter *que fueren necesarias* para hacer efectivos tales derechos y libertades.
- 790 Ley 1437 de 2011. "Artículo 2.º inciso 2.º. "... Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción..."
- 791 Corte Constitucional. Sentencia T-718 del 16 de junio de 2000: "El artículo 23 de la Carta Política consagra el derecho que tiene toda persona a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. En reiteradas ocasiones esta corporación se ha referido a los alcances de este derecho fundamental precisando que no se trata de que la entidad pública profiera un oficio informando que la solicitud está en trámite o alguna información semejante, pues este tipo de pronunciamientos no revisten el carácter de resolución del asunto en cuestión. La sentencia que se revisa en el presente asunto no amparó el derecho fundamental invocado por la accionante, a pesar de que advirtió la existencia de una demora considerable en la contestación a la petición que desde el año de 1997 la señora Delia María Solarte elevó al Instituto de Seguros Sociales. A juicio de esta Sala no sólo aparece vulnerado el derecho de petición, sino que la actitud del ente accionado merece un fuerte reparo, por cuanto es inaceptable la exagerada dilación de una respuesta que lleva implícitos derechos fundamentales de la actora, como la seguridad social y su mínimo vital que depende de la posible indemnización a que tiene derecho en reconocimiento de los aportes hechos por el cónyuge fallecido al Instituto de Seguros Sociales".
- 792 Ley 1755 de 2015. "Artículo 13. *Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades*. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y *a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma*".
- 793 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: "... *Pronta resolución*: las autoridades y particulares tienen la obligación de responder las solicitudes presentadas por las personas en el menor plazo posible, sin que este exceda el tiempo legal, interregno que el Código Contencioso Administrativo y la Ley 1437 de 2011 fijaron en días 15 hábiles. La Corte ha comprendido que el plazo de respuesta del derecho de petición debe entenderse como un tiempo máximo que tiene la administración o el particular para resolver la solicitud, de modo que ellos pueden responder la petición antes del vencimiento de dicho interregno. Entonces, hasta que ese plazo transcurra no se afectará el derecho referido y no se podrá hacer uso de la acción de tutela..."
- 794 Corte Constitucional. Sentencia T-777 del 22 de junio de 2000: "El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido [...] La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. Oportunidad; 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado; 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita..."
- 795 Corte Constitucional. Sentencias T-567 del 23 de octubre de 1992 y T-426 del 24 de junio de 1992. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de noviembre de 1992. "Atender el derecho de petición no significa resolver favorablemente lo planteado por el particular: la respuesta de la administración tiene que atemperarse al orden legal vigente y a su capacidad para satisfacer los requerimientos de quienes tocan a sus puertas como peticionarios..."
- 796 Corte Constitucional. Sentencias T-481 del 10 de agosto de 1992 y T-495 del 12 agosto de 1992.
- 797 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de junio de 1992. Se reitera en las Sentencias del 21 de julio de 1992 y del 11 de septiembre de 1992.
- 798 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Salvamento de voto del consejero ÁLVARO LECOMPTE LUNA a la sentencia del 10 de junio de 1992.
- 799 Corte Constitucional. Sentencia T-777 del 22 de junio de 2000: "La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición..." Corte Constitucional. Sentencia T-836 del 5 de julio de 2000: "Finalmente, también vale la pena aclarar que la acción contencioso administrativa no es el medio judicial

idóneo para obtener la resolución del recurso de reposición, como quiera que, tal y como lo ha dicho esta corporación en múltiples sentencias, ‘el silencio administrativo no protege el derecho de petición, pues tiene un objeto distinto y, por otra parte, es precisamente prueba clara e incontrovertible de que el mismo ha sido violado’. Además, el administrado ‘conserva su derecho a que sea la propia administración, y no los jueces, quien resuelva sus inquietudes, pues al fin y al cabo ella es la obligada a dar respuesta. Prueba de ello está en que si la persona no recurre ante la jurisdicción, la administración sigue obligada a resolver’”.

800 Corte Constitucional. Sentencia T-481 del 10 de agosto de 1992.

801 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.

802 Corte Constitucional. Sentencia T-395 de 1998: “Adicionalmente, este derecho exige que la decisión de la autoridad, manifestada en los términos anteriores, sea comunicada al solicitante, razón por la cual no son aceptables las excusas de la administración relativas al trámite de documentos, a la complejidad del asunto, al supuesto deber del ciudadano de consultar los movimientos de la autoridad o a la expectativa y espera de una respuesta por parte de un tercero, etc., para emitir la comunicación correspondiente, ya que incluso ante estas eventualidades se debe informar al solicitante del estado de su petición y cuándo será resuelta. En este punto surge el interrogante de establecer entonces en qué término la administración deberá resolver las solicitudes que le sean presentadas. Al respecto la Sentencia T-076 de 1995 presenta algunas conclusiones: [...] para establecer cuál es el término que tiene la administración para resolver las peticiones que ante ella se presenten debe acudirse a los preceptos del Código Contencioso Administrativo, al igual que a la Ley 57 de 1984, en lo pertinente”.

803 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: “... Solo hasta hace muy poco, el legislador reguló el ejercicio del derecho de petición ante particulares. Sin embargo, por vía interpretativa en la Sentencia *SU-166 de 1999*, la Corte Constitucional había precisado las situaciones en las cuales resultaba procedente la interposición de este tipo de solicitudes frente a particulares, ellas se presentan cuando: a) El particular presta un *servicio público* o en el evento que realiza *funciones públicas* [...] En tales casos ‘el derecho de petición opera como si se tratase de una *autoridad pública*’ y, en consecuencia, al ser semejante la situación y la calidad del particular a una autoridad pública, tiene el deber de dar respuesta a las peticiones presentadas en virtud del artículo 23 de la Constitución Política. b) El derecho de petición constituye un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental [...] c) Entre el peticionario y la organización privada existe una relación especial de poder ya sea reglada o de facto. Lo anterior en razón de que ‘*los individuos [se hallan] frente a los poderes privados organizados, pues no existen conductos regulares de petición para dirigirse a ellos, cuando han tomado medidas que los afectan directamente. La extensión de este derecho a los centros de poder privado, sería una medida de protección al individuo, que le permitiría el derecho a ser oído y a ser informado sobre decisiones que le conciernen. El objetivo es democratizar las relaciones en el interior de las organizaciones particulares y entre estas y quienes dependen transitoria o permanentemente de la decisión adoptada por una organización privada*’. Las Salas de Revisión han precisado que la relación asimétrica de poder entre los particulares se presenta en tres casos: la subordinación, la indefensión y el ejercicio de la posición dominante [...]

804 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.

805 Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 1998. “Con respecto al derecho de petición frente a organizaciones privadas la Asamblea Nacional Constituyente expuso su criterio de la siguiente manera: ‘Se extendería el derecho de petición ante organizaciones particulares para garantizar los derechos fundamentales. Hasta el momento los individuos se encuentran indefensos frente a los poderes privados organizados, pues no existen conductos regulares de petición para dirigirse a ellos, cuando han tomado medidas que los afectan directamente. La extensión de este derecho a los centros de poder privado sería una medida de protección al individuo, que le permitiría el derecho a ser oído y a ser informado sobre decisiones que le conciernen. El objetivo es democratizar las relaciones en el interior de las organizaciones particulares y entre éstas y quienes dependen transitoria o permanentemente de la decisión adoptada por una organización privada. El alcance de la expresión ‘organización privada’ que emplea el artículo 23 de la Constitución sugiere la idea de una reunión o concurso de elementos personales, patrimoniales e ideales, convenientemente dispuestos para el logro de ciertos objetivos o finalidades vinculados a intereses específicos, con la capacidad, dados los poderes que detenta, para dirigir, condicionar o regular la conducta de los particulares, hasta el punto de poder afectar sus derechos fundamentales. El derecho de petición ante dichas organizaciones habilita a las personas para ser oídas e informadas sobre los asuntos y decisiones que las afectan y oponerse a los abusos en que puedan incurrir válidas de su posición dominante dentro de una relación jurídica; constituye un instrumento de participación democrática porque les permite inquirir y protegerse de las actividades que realicen las organizaciones particulares, cuando éstas, por alguna razón, inciden o pueden incidir en su esfera subjetiva o colectiva, a través de actos de poder, e igualmente se erige en un medio para exigir de los particulares el respeto de los derechos fundamentales”.

806 Corte Constitucional. Sentencia T-777 del 22 de junio de 2000: “La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad, el derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración; 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata; 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el legislador lo reglamente”.

807 Ley 1755 de 2015. “Artículo 32 [...] Parágrafo 2. Los personeros municipales y distritales y la Defensoría del Pueblo prestarán asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición que hubiere ejercido o desee ejercer ante organizaciones o instituciones privadas”.

808 Ley 1755 de 2015. “Artículo 32 [...] Parágrafo 3. Ninguna entidad privada podrá negarse a la recepción y radicación de solicitudes y peticiones respetuosas, so pena de incurrir en sanciones y/o multas por parte de las autoridades competentes”.

809 Ley 1755 de 2015. “Artículo 33. *Derecho de petición de los usuarios ante instituciones privadas*. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, a las entidades que conforman el sistema financiero y bursátil y a aquellas empresas que prestan servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, que se rijan por el derecho privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los dos capítulos anteriores”.

810 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.

811 *Ibid.*: “... Esta remisión genérica a la primera parte (capítulo I del título II del Proyecto de Ley Estatutaria), la norma dice: ‘Salvo norma legal especial, el trámite y resolución de estas peticiones estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el Capítulo Primero de este Título’, a juicio de la Sala Plena introduce posibles desequilibrios en la aplicación del principio de libertad y autonomía de la voluntad privada (art. 6 y 333 CP). Así por ejemplo, el artículo 22 relativo a la obligación de las autoridades para la organización y trámite interno de las peticiones, según la remisión genérica establecida en el inciso bajo estudio, obligaría a los particulares a expedir reglamentaciones internas para atender el derecho de petición. Conforme a lo indicado en precedencia, las relaciones entre particulares se desarrollan bajo el postulado de libertad y autonomía de la voluntad privada y, por tanto, no deben existir desequilibrios ni cargas adicionales para las personas. En consecuencia, no es factible trasladar de lleno la regulación del derecho de petición ante las autoridades al derecho de petición ante los particulares. De allí que la expresión ‘*estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el Capítulo I de este título*’ será declarada exequible bajo el entendido de que al derecho de petición ante organizaciones privadas se aplicarán, en lo pertinente, aquellas disposiciones del Capítulo I que sean compatibles con la naturaleza de las funciones que ejercen los particulares. Un aspecto adicional que no escapa al control de la Corte, está dado porque al remitirse únicamente al Capítulo I del derecho de

petición ante autoridades, torna evidente que fue voluntad del legislador que al derecho de petición ante particulares no le aplicaran las reglas de la insistencia en caso de reserva documental, en la medida en que este recurso es conocido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no se estableció un procedimiento para ello, por cuanto ello hace parte de otras leyes que de manera especial regulan la materia. Por otra parte, con relación a la expresión ‘*Salvo norma legal especial*’ contenida en el inciso 2.º del artículo 32, dado el carácter estatutario del artículo en estudio, se debe entender que toda norma que se expida con base en esta previsión normativa debe tener rango estatutario...”.

812 Artículo 32 inciso 3 Ley 1755 de 2015.

813 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014.

814 Ídem.

815 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: “... dado que el derecho de petición es evidentemente uno de los derechos consagrados en la primera parte de la Ley 1437 de 2011, es claro que las faltas referidas a no dar respuesta al derecho de petición, o por dar respuesta tardía a las peticiones, se subsumirán finalmente en el último grupo de faltas disciplinarias, de donde se desprende que la norma establece en realidad un concurso aparente de faltas disciplinarias, susceptible de resolución mediante la aplicación del principio de especialidad...”.

816 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014. La expresión “gravísima”, fue declarada inexecutable: “... La Corte encuentra que a la luz de estos elementos, si bien la calificación como falta disciplinaria la desatención al derecho de petición y la contravención de las prohibiciones y de los derechos de las personas de que trata la Primera Parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no riñe con la Constitución, la connotación como gravísima de esta falta quebranta el derecho a la igualdad (art. 13 CP) del cual se desprende el principio de proporcionalidad entre la conducta y la sanción a imponer. En consecuencia, procederá a declarar executable el artículo 31 del proyecto de ley estatutaria revisado, salvo el vocablo ‘*gravísima*’, el cual será declarado inexecutable [...] En cuarto lugar, la norma no establece gradualidad alguna entre los diferentes comportamientos. Atribuye a todos ellos la misma consecuencia jurídica con independencia de la afectación o no de derechos fundamentales. *Verbi gratia*, se da el mismo tratamiento al desconocimiento del derecho de representación, consagrado por el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 1437 de 2011, que a la desatención del derecho de petición o a la violación de las prohibiciones legales. Esta condición, que de suyo implica desconocimiento del principio de proporcionalidad, lleva consigo también el desconocimiento del valor constitucional de la justicia (Preámbulo y Artículo 2 CP), como quiera que se da idéntico tratamiento a comportamientos de connotación jurídica distinta. En quinto lugar, y acentuando aún más la falta de proporcionalidad evidenciada supra, en cuanto refiere específicamente a las sanciones aplicables por desatención al derecho de petición, la norma reconoce que una cosa es no dar respuesta al derecho de petición, y otra no hacerlo dentro del término de ley. Es claro que se trata de hipótesis distintas, para las cuales, sin embargo, el legislador no estableció diferencia alguna. Nuevamente, la norma deja de lado el principio de proporcionalidad, exponiendo a riesgo el valor constitucional de la justicia. En sexto lugar, al elevar a falta gravísima cualquier comportamiento susceptible de adecuación típica a alguno de los tres grupos identificados en la norma, ya sea por infracción al derecho de petición, por desconocimiento de los derechos de las personas o por violación de cualquiera de las prohibiciones, la norma quebranta de manera ostensible el artículo 158 Superior, en la medida en que el legislador especial del derecho de petición, incursiona en el campo del legislador de otra especialidad normativa como lo es el derecho disciplinario, que en un ordenamiento distinto ha realizado la labor de identificación y clasificación de las faltas que afectan la buena marcha de la administración pública. Esta labor queda ahora sin efecto en la medida que una norma estatutaria, de mayor jerarquía, equipara la violación del derecho de petición, o incluso la mora en la respuesta, a cualquier comportamiento de los tipificados en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Así, quedarían expuestos a la misma sanción de destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años, la persona que incurre en mora en el derecho de petición y aquella que, siendo destinatario del *ius puniendi* del Estado, comete una masacre o incurre en el tipo de desaparición de personas o irroga un millonario detrimento patrimonial al erario. Esta evidente desproporción, representa un quebrantamiento no solo del principio de unidad de materia sino, sobre todo, del valor constitucional de justicia e igualdad que impregna la Carta Política desde el preámbulo hasta su último artículo. Al respecto, en la Sentencia C-490 de 2011, la Corte se pronunció en los siguientes términos: ‘Si bien la regulación sobre derecho sancionador hace parte de la cláusula general de competencia del legislador en ejercicio del *ius puniendi*, la jurisprudencia constitucional ha determinado que las diversas expresiones estatales dirigidas a la imposición de sanciones por comportamientos considerados antijurídicos, deben cumplir con determinados principios y valores para que sean compatibles con la Constitución, tales como los principios de legalidad que se concreta en los de tipicidad y reserva de ley, razonabilidad, proporcionalidad y culpabilidad, así como las garantías del debido proceso’. De esta manera, las faltas gravísimas se encuentran taxativamente previstas en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 “*numerus clausus*”, mientras que las faltas graves y leves ‘*numerus apertus*’, se encuentran previstas en el artículo 50 de la misma normatividad y se determinan de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 43 de la ley disciplinaria...”.

817 Artículo 34 Ley 1437 de 2011.

818 Ídem.

819 Artículo 54 Ley 1434 de 2011.

820 Corte Constitucional. Sentencia C-318 del 30 de junio de 1998: “[...] El derecho a una tutela judicial efectiva, apareja, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado. Es un derecho de naturaleza prestacional, pues exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. En este sentido, debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio”. Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002: “[...] [e]l artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de *indefensión* frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares –como consecuencia de sus relaciones interpersonales–, o entre éstos y la propia organización estatal” (cfr. también, Sentencia C-207 de 2003). Corte Constitucional. Sentencia T-247 del 10 de abril de 2007: “[...] El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que ‘[n]o existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena ‘*garantiza[r]* el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia’, está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas’. De este modo, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite alentar a las personas la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones. Para ello es necesario que el juez adopte las medidas de saneamiento que sean necesarias para subsanar los vicios que puedan impedir una decisión de fondo”.

- 821 Corte Constitucional. Sentencia C-361 de 2001: “[...] Dentro de los principios que rigen la actividad jurisdiccional, los de independencia e imparcialidad de los jueces son determinantes para el logro de los objetivos de realización del orden justo que es fundamento del Estado [...] Sobre la imparcialidad, ha señalado que ésta ‘se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (art. 13 CP), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial’. Los principios de independencia e imparcialidad judicial, garantizan a los ciudadanos que el juez tendrá un juicio libre, no sometido a presiones de ninguna índole, con lo cual se asegura la primacía del orden social justo. Por ello, quien juzga no puede estar afectado por ningún tipo de interés personal, ni sujeto a presiones de ninguna clase. Tal es el fundamento de la institución de los impedimentos y recusaciones dentro de los procesos judiciales”. Corte Constitucional. Auto 091 de 2003: “[...] La garantía de imparcialidad, que constituye un elemento definitorio de la actividad judicial, impone que la autoridad competente para resolver un asunto se encuentre ajena a toda circunstancia que pueda llegar a viciar su decisión, que desmejore el grado de objetividad que su función le exige, o que revele la verosimilitud de involucrar elementos subjetivos, extraños al recto cumplimiento de sus obligaciones institucionales”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, caso Palamara Iribarne vs. Chile: “[...] 146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”. Informe n.º 17/94, Guillermo Maqueda, Argentina, OEA/Ser. L/V/II.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994, párr. 28: “[...] supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso *sub judice*”.
- 822 “Artículo 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.
- 823 “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.
- 824 “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.
- 825 Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2008: “... que la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de principio”; mientras que la Sentencia C-124 de 2011 precisó que la “... audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estas garantías refieren a la inmediatez, la concentración y la publicidad”.
- 826 Artículo 53 Ley 1437 de 2011.
- 827 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 200 y ss.; cfr. el capítulo primero de la parte segunda de este trabajo, “Incidencia de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en los procedimientos administrativos: la gobernanza electrónica”, donde se ha compilado el texto sobre tecnología y procedimientos del trabajo referenciado.
- 828 Ley 1437 de 2011. “Artículo 64. *Estándares y protocolos*. Sin perjuicio de la vigencia dispuesta en este Código en relación con las anteriores disposiciones, el Gobierno Nacional establecerá los estándares y protocolos que deberán cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos”.
- 829 Artículo 53 Ley 1437 de 2011.
- 830 Ley 1437 de 2011. “Artículo 60. *Sede electrónica*. Toda autoridad deberá tener al menos una dirección electrónica. // La autoridad respectiva garantizará condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad de la información de acuerdo con los estándares que defina el Gobierno Nacional. // Podrá establecerse una sede electrónica común o compartida por varias autoridades, siempre y cuando se identifique claramente quién es el responsable de garantizar las condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. Así mismo, cada autoridad usuaria de la sede compartida será responsable de la integridad, autenticidad y actualización de la información y de los servicios ofrecidos por este medio”.
- 831 Artículo 54 Ley 1437 de 2011.
- 832 Ídem.
- 833 Ídem.
- 834 Ídem.
- 835 Artículo 56 Ley 1437 de 2011.
- 836 Artículo 56 *ibíd.*; cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, cit., pp. 200 y ss.; cfr. el capítulo primero de la parte segunda de este trabajo.
- 837 Artículo 63 Ley 1437 de 2011.
- 838 Artículo 35. inciso 3, *ibíd.*
- 839 Ley 489 de 1998. “Artículo 33. *Audiencias públicas*. Cuando la administración lo considere conveniente y oportuno, se podrá convocar a audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad, y en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos. // Las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la administración. En todo caso, se explicarán a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada. // En el acto de convocatoria a la audiencia, la institución respectiva definirá la metodología que será utilizada”.
- 840 Artículo 36 Ley 1437 de 2011.
- 841 Ley 1437 de 2011. “Artículo 58. *Archivo electrónico de documentos*. Cuando el procedimiento administrativo se adelante utilizando medios electrónicos, los documentos deberán ser archivados en este mismo medio. Podrán almacenarse por medios electrónicos todos los documentos utilizados en las actuaciones

administrativas. // La conservación de los documentos electrónicos que contengan actos administrativos de carácter individual, deberá asegurar la autenticidad e integridad de la información necesaria para reproducirlos, y registrar las fechas de expedición, notificación y archivo”.

- 842 Ley 1437 de 2011. “Artículo 59. *Expediente electrónico*. El exp. electrónico es el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contengan. // El foliado de los expedientes electrónicos se llevará a cabo mediante un índice electrónico, firmado digitalmente por la autoridad, órgano o entidad actuante, según proceda. Este índice garantizará la integridad del exp. electrónico y permitirá su recuperación cuando se requiera. // La autoridad respectiva conservará copias de seguridad periódicas que cumplan con los requisitos de archivo y conservación en medios electrónicos, de conformidad con la ley”.
- 843 Artículo 36 Ley 1437 de 2011.
- 844 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: “... De otra parte, es necesario precisar que los términos allí contemplados se deben contar desde el momento en que la petición es presentada por la persona y es recibida por la oficina encargada de ello o cualquier funcionario de la entidad, aunque no se trate de la autoridad que tiene la competencia para darle respuesta. Fijar como punto de partida para el conteo del plazo para resolver la petición *la presentación por parte del peticionario* y la consecuente *recepción en la entidad* evita la dilación de los términos y brinda seguridad a los peticionarios, en la medida que tendrán certeza del momento a partir del cual se inicia el término y cuándo se configura el silencio administrativo positivo por el vencimiento del plazo máximo sin obtener respuesta a las peticiones de documentos e información...”.
- 845 Artículo 14. Parágrafo Ley 1755 de 2015.
- 846 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: “... En relación con la prórroga cuando hay razones que justifiquen la imposibilidad de resolver las peticiones en los plazos indicados en el artículo 14 y a efectos de garantizar la efectividad del derecho, cabe resaltar que la disposición contempla la obligación de *‘informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado’*, de tal manera que no se agota el deber de la autoridad con la expedición de un acto en el cual se determine que para dar respuesta a la petición se requiere de un plazo específico adicional, sino que implica el imperativo de informar efectivamente al peticionario de esta situación antes de que culmine el plazo fijado en la ley para resolver la petición. No basta la emisión de una comunicación si se constata que la misma no fue ciertamente dada a conocer al peticionario...”.
- 847 Artículo 14.1 Ley 1755 de 2015.
- 848 Corte Constitucional. Sentencia C-951 de 2014: “... La norma no consagra de manera expresa qué sucede cuando la petición versa sobre documentos o información y se acude a la ampliación del término cumpliendo los requisitos fijados en el parágrafo pero la autoridad no da respuesta dentro del término de la prórroga, lo cual podría llevar a considerar que en estos casos no hay lugar al silencio administrativo positivo establecido en el numeral 1 del artículo 14. Sin embargo, en criterio de la Sala, vencido el plazo señalado en el numeral primero o en la prórroga del mismo sin haber dado respuesta, trae como consecuencia que se entienda que la respectiva solicitud ha sido aceptada, no pueda negarla y deba entregar los documentos al peticionario dentro de los tres (3) días siguientes, pues la consecuencia jurídica derivada de la omisión de respuesta en el término legal para esta clase de peticiones busca garantizar el derecho fundamental cuya efectividad quedaría injustificadamente desprotegida si con la ampliación del plazo la autoridad evadiera la configuración del silencio administrativo positivo. Es decir, que se aplica el mismo efecto tanto si se cumple el plazo original sin dar respuesta, como si se vence la prórroga fijada en los términos de la ley. Ciertamente, no existe fundamento para contemplar consecuencias jurídicas diversas frente al mismo derecho de petición de documentos o de información dependiendo exclusivamente de que se haya apelado a la prórroga, si el fundamento del silencio es el mismo, cual es, la falta de respuesta dentro del término legal...”.
- 849 Artículo 26 Ley 1755 de 2015.
- 850 Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 2014: “[...] 5.6.6. Cabe resaltar que el deber de comunicar las actuaciones administrativas de que trata el artículo 37, es a *‘terceras personas que puedan resultar directamente afectadas por la decisión’* que se adopte en la actuación y que como tal no son partes dentro de la misma, pudiéndose en algunos casos desconocer su paradero, motivo por el cual la notificación personal no es necesariamente el mecanismo idóneo para ponerle en conocimiento de la existencia de la actuación, y en modo alguno cuando se trata de terceras personas indeterminadas. En este sentido, resulta razonable, que el Legislador en ejercicio de su libertad de configuración, disponga diversas formas de enteramiento, según las condiciones del tercero, de que se trate, como lo son: (i) la utilización de los medios más eficaces posibles (libertad de medios de comunicación); (ii) la remisión de la comunicación a la dirección o correo electrónico del tercero si se conoce y si no hay otro medio más eficaz y (iii) la divulgación de la comunicación en un medio masivo de comunicación local o nacional, las cuales aseguren en mayor medida que la información llegará a su destinatario, para que este último pueda como lo señala el mismo artículo 37, *‘constituirse como parte y hacer valer sus derechos’*, o incluso (iv) cuando luego de la ejecución de algunos actos administrativos en donde quede claro el conocimiento de los terceros, se disponga la posibilidad de contradecir la decisión. 5.6.7. Por lo expuesto, considera la Corte que el deber de comunicación establecido en el artículo 37 de la Ley 1437 de 2011, cumple con el objetivo perseguido por el principio de publicidad, cual es poner en conocimiento de los terceros la existencia de la actuación administrativa, en la medida que estableció diversos medios para su concreción, habida consideración de las condiciones de los posibles terceros interesados, quienes pueden ser en algunas oportunidades numerosos o indeterminados, casos en los cuales la notificación personal se tornaría imposible, estancando el curso de la actuación administrativa. Resulta pertinente lo expresado en la Sentencia C-475 de 1997, cuando, sobre la tensión entre el derecho a la defensa y la justicia, esta Corporación dijo: *‘En síntesis, como la concepción ‘absolutista’ de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógica y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica...’*”.
- 851 La Corte Constitucional ha enfatizado los anteriores postulados para todas las actuaciones administrativas en las cuales deban aplicarse las disposiciones del Código Contencioso Administrativo. Precisamente sostuvo la necesidad de convocar a los terceros determinados de manera directa, y solo excepcionalmente mediante publicación, ante la imposibilidad de hacerlo por aquella vía.
- 852 Ídem.
- 853 Corte Constitucional. Sentencia T-233 del 22 de junio de 1993: “Esta corporación encuentra que asiste razón a la sociedad peticionaria en cuanto hace a la violación del derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa consagrado en la Constitución Nacional, ya que en el asunto de la solicitud de licencia de urbanización presentada por la sociedad COLCAR para el proyecto del Parque Industrial Villa Concha no se dio aplicación a lo dispuesto por los artículos 65 de la Ley 9.ª de 1989 (Ley de Reforma Urbana), y 14 y 35 del Decreto Ley 01 de 1984 (CCA), en el caso de la citación a los vecinos cuando se trata de la presentación de solicitudes de licencias urbanísticas [...] Por mandato expreso de la ley, a estos terceros debe dárseles la oportunidad, mucho más después de la expedición de la Carta de 1991, para expresar sus opiniones en cuanto afectados e interesados especiales en los asuntos urbanísticos y en las decisiones que puedan afectarlos; la forma como se les vincula en dichos trámites especiales está condicionada por la ley a la citación que se hará por correo a la dirección que se conozca, si no hay otro medio más eficaz. Sólo si la citación no fuere posible o pudiere resultar demasiado costosa o demorada se podrá hacer la publicación en un periódico de alta circulación local. A todas luces resulta claro que el procedimiento seguido en el caso que se examina no atendió a estos presupuestos procesales especiales señalados por la ley, cuando lo único que tenía que hacer el interesado, o Planeación Distrital, era enviar por correo la citación a PANAM, como tercero directamente

interesado de las resultas de la decisión, a una dirección suficientemente conocida y que no era otra que la que se hallaba enfrente, parte del predio respecto del cual se pide licencia de urbanización, es decir, nada más que atravesando la carrera 50 con calle 101, en uno de cuyos costados se encuentra la puerta principal de acceso a la mencionada fábrica. Este espacio de terreno objeto de la ‘cesión’ ofrecida por el solicitante de la licencia de urbanización y que es evidente prolongación de la carrera 50 en el sentido sur a norte, figura en los registros de las oficinas de Catastro, Obras Públicas, Alcantarillado y Acueducto del Distrito Capital y en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos desde hace más de 25 años y en consecuencia el derecho de participación de los vecinos de dicho predio, que lógica y físicamente se ven afectados por la nueva destinación de la franja de terreno, debió ser garantizado cuando menos en la posibilidad de su defensa con las comunicaciones correspondientes por correo que en ese sitio no son imposibles ni costosas. Desde todo punto de vista, la administración y la sociedad solicitante de la licencia urbanística en la que se proyectó la ‘cesión’ de una franja de terreno usada durante varios años como vía pública debieron comunicar por correo a la sociedad ahora peticionaria de la tutela la iniciación de los trámites administrativos de licencia de urbanización y su conclusión, y solo demostradas las circunstancias señaladas en la ley de imposibilidad de la misma o de su enorme costo podía procederse a adelantar la publicación que en estas materias funciona como subsidiaria. Para efectos de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa especialmente protegidos por la Carta Fundamental y por la ley en estas materias, debe entenderse que solo demostrando de modo expreso las dos circunstancias anteriores puede procederse a la publicación en un periódico de alta circulación local...”.

- 854 La Corte Constitucional ha reiterado el deber de las autoridades administrativas de darle estricta aplicación a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, sobre todo cuando se trata de los llamados terceros determinados, en el sentido de ser convocados obligatoriamente, y no como simples terceros indeterminados.
- 855 Para la Corte, resulta neurálgico el tema de la determinación o indeterminación del tercero en el procedimiento administrativo a efectos de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, criticando profundamente los casos en que arbitrariamente los servidores públicos resuelven modificar los senderos naturales para su convocatoria, es decir, cuando alteran la legalidad pertinente, diseñando una totalmente diferente o invirtiendo el régimen de garantías, por ejemplo convocando a los terceros determinados por la vía de la convocatoria para los indeterminados; al fin y al cabo, como lo sostiene la Corte, en estos casos lo que está en juego es el debido proceso.
- 856 Esta solución de carácter legislativo nos permite dos observaciones: la primera en el sentido de que no se puede entender que quien formuló la petición hubiere quedado por fuera del proceso. Todo lo contrario, en nuestra opinión el peticionario está plenamente habilitado para interponer los recursos de ley y continuar actuando como parte interesada hasta que de manera definitiva se resuelva la contención en torno a sus derechos; la segunda en el sentido de que la solución no es satisfactoria frente al artículo 29 constitucional y al inciso 1.º del mismo artículo 35 en comento, en cuanto que de ellos se desprende que el debido proceso y el derecho de defensa se garantizan plenamente con la participación de las partes interesadas con anterioridad a la adopción de la primera decisión, lo que ha servido de fundamento a la Corte Constitucional para sostener que el debido proceso no se satisface plenamente con la simple interposición de recursos administrativos. Bajo esas circunstancias jurídicas, lo recomendable sería que el servidor público responsable de la actuación, ampliara los términos de la actuación, convocara al tercero, le garantizara el derecho a la controversia y, después de todo eso, procediera a decidir.
- 857 Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2017: “En concordancia con lo anteriormente señalado, la Corte ha precisado que los derechos fundamentales de las comunidades étnicas se concretan, entre otros, en el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (art. 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, que a su vez se deriva no solo del mandato de protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (arts. 1.º y 7.º) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición y desplazamiento forzado (art. 12); el derecho a la propiedad colectiva de la tierra (arts. 58, 63 y 329); y, el derecho a participar y a ser consultados de las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios, es decir, el derecho a una consulta previa, libre e informada”.
- 858 Su presencia resulta imprescindible y obligatoria en actuaciones administrativas relativas a la explotación de los recursos naturales de las zonas de su influencia.
- 859 Artículo 76 Ley 99 de 1993
- 860 Cfr. artículo 8.º Decreto 1320 de 1998.
- 861 Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2017: “Por estas razones, la Corte indicó que la consulta previa era indispensable antes de la fumigación, precisamente para establecer en qué medida las prácticas ancestrales de las comunidades demandantes se verían afectadas con ella y de qué forma podrían las comunidades mantener las plantaciones de coca, por la cual concedió la tutela. Respecto a esta sentencia y debido a su importancia, la Sala se referirá a ella más adelante”.
- 862 Ley 99 de 1993 “Artículo 76. *De las comunidades indígenas y negras.* La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social, y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades...”.
- 863 Artículo 1.º Decreto 1320 de 1998.
- 864 Artículo 2.º ibíd.
- 865 Artículo 3.º ibíd.
- 866 Artículo 19 ibíd.
- 867 Al ocuparse de la protección de los derechos fundamentales de los grupos étnicos que han sido relegados de las actuaciones ambientales por las autoridades responsables de estas materias, el Consejo de Estado ha sostenido la inconstitucionalidad de esas actitudes y la ilegalidad de las providencias dictadas bajo tales condiciones de anomalía jurídica.
- 868 Corte Constitucional. Sentencia C-568 de 1997.
- 869 Ley 1755 de 2015. “Artículo 23. *Deberes especiales de los personeros distritales y municipales y de los servidores de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo.* Los servidores de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, así como los personeros distritales y municipales, según la órbita de competencia, tienen el deber de prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición. Si fuere necesario, deberán intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles, en cada caso concreto, el cumplimiento de sus deberes legales. Así mismo recibirán, en sustitución de dichas autoridades, las peticiones, quejas, reclamos o recursos que aquellas se hubieren abstenido de recibir, y se cerciorarán de su debida tramitación”.
- 870 Ley 734 de 2002. “Artículo 40. *Conflicto de intereses.* Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y

directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. // Cuando el interés general, propio de la función pública entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”.

871 Ley 1437 de 2011. “Artículo 11. *Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación*. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por: 1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. 2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente. 3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto. 4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público. 5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado. 6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal. 7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal. 8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado. 9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima. 10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas. 11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración. 12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa. 13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver. 14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores. 15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin. 16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición”.

872 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de febrero de 1997: “Alega el señor Procurador *ad hoc* que es competente para seguir adelantando el proceso disciplinario 001-00365, aun desaparecida la causal de impedimento que llevó a que el Senado de la República lo designara como tal, porque de conformidad con el artículo 116 del CPP, aplicable en su sentir, por remisión del artículo 18 de la Ley 200 de 1995 ‘en ningún caso se recuperará la competencia por haber desaparecido la causal de impedimento’. En el *sub lite*, los antecedentes que obran en el exp. dan cuenta de que la designación del demandante tuvo como causa el hecho de que tanto el Procurador de ese entonces como el Viceprocurador se declararon impedidos para adelantar el proceso disciplinario 001-00365; su nombramiento se originó entonces en el impedimento manifestado por el titular de la función, por lo que una vez reemplazado el Procurador General de la Nación y no concurriendo en él impedimento alguno, este funcionario desplaza al *ad hoc*. Se explica lo anterior en el hecho de que la intervención de personas ajenas al ejercicio de la función pública es excepcional; por ello una vez desaparecido el fundamento de hecho de su designación, el *ad hoc* cesa en el ejercicio de sus funciones y la competencia retorna a quien por disposición constitucional o legal la ejerce como titular en forma permanente. De lo contrario, se estarían desconociendo claros mandatos constitucionales sobre el ejercicio de función pública (arts. 122 y 123 CP)...”.

873 HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. *Compendio de derecho procesal*, t. II, “Pruebas judiciales”, 7.ª ed., Bogotá, abc, 1984.

874 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 10 de julio de 1991, exp. 3011: “... es principio jurídico-procesal que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica [...] porque, como ha de recordarse o precisarse, las pruebas judiciales conducen, a través de la objetividad y de la abstracción, al establecimiento de aquellas realidades que han de conducir al juez a sentenciar en uno u otro sentido. Las pruebas o medios probatorios van a llevar al juez a un convencimiento en torno a una conducta humana, a un acontecimiento, a un hecho voluntario o involuntario, a hechos o cosas materiales o inmateriales. Ese principio actual que lleva al convencimiento del juez con base en la apreciación de conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica es aplicable, no sólo al juez en el sentido estricto o restringido del vocablo, al que administra la justicia como funcionario, o como corporación, de la rama jurisdiccional del poder público, sino también a quien, en virtud de sus atribuciones, haya de calibrar, de medir, de apreciar conductas humanas para decidir en uno u otro sentido [...] Así, cuando una autoridad administrativa, como la Procuraduría General de la Nación, por medio de sus distintas dependencias competentes ejerce sus facultades de cuidar de que todos los funcionarios del ministerio público desempeñen fielmente su cargo, y promueve que se les exija su responsabilidad por las faltas que cometan, ha de encontrar luz en las pruebas apreciadas en conjunto como factores que determinen la responsabilidad que nazca de la conducta del funcionario investigado disciplinariamente. De allí que el acto administrativo que emita el Procurador General de la Nación, en ejercicio del poder disciplinario externo, debe estar antecedido de la recopilación de pruebas o medios probatorios que permita llegar razonadamente a un pronunciamiento que consulte los postulados de la sana crítica de esas pruebas o medios probatorios. Y si de ello brota el convencimiento acerca de la responsabilidad disciplinaria del funcionario oficial, el acto administrativo disciplinario está acorde con esa convicción como si se tratara de una sentencia emitida por los jueces propiamente dichos. En otras palabras, el agente de la Procuraduría es, cuando ejerce sus facultades disciplinarias, un juez en el sentido de persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar...”.

875 Artículo 91 Ley 1437 de 2011.

876 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto del 3 de junio de 1970. Acerca de las características doctrinales de los actos presuntos negativos cfr. JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ. *Los actos presuntos*, cit., pp. 13 y ss. El acto presunto negativo no es otra cosa que una técnica de reacción jurídica contra la inactividad formal de la administración. Cfr. en igual sentido GARCÍA-TREVIJANO GARNICA. *El silencio administrativo*, cit., p. 19, quien, refiriéndose al problema del silencio en el derecho administrativo español, sostiene: “... la intención de erradicar la inactividad formal de la administración queda plasmada en la propia exposición de motivos de la ley, aunque su simple lectura denota ya el convencimiento de que ‘la batalla’ está perdida y que las administraciones públicas seguirán sin responder de manera expresa en multitud de ocasiones...”.

877 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 15 de mayo de 1989, exp. 3753.

- 878 Ley 1437 de 2011. “Artículo 85. *Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo*. La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto. // La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así. // Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico”.
- 879 Ley 80 de 1993 “Artículo 26 [...] 16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley...”.
- 880 Decreto 679 de 1994 “Artículo 15. De conformidad con el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, las solicitudes que presente el contratista en relación con aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el periodo de la misma, se entenderán resueltas favorablemente a las pretensiones del contratista si la entidad estatal contratante no se pronuncia dentro de los tres meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud...”.
- 881 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2001: “En consecuencia, como supuestos de hecho del silencio positivo contractual se tienen: que el contratista presente una solicitud ajustada a derecho; que la solicitud se presente en el curso de la ejecución del contrato y, que la entidad estatal no se pronuncie sobre la petición dentro del término de tres meses, contados a partir de la fecha de presentación [...] Se destaca de la ley que el silencio u omisión de la administración contratante respecto de ciertas peticiones del contratista por fuera del término de ejecución contractual, de otra parte, no originan presunta respuesta positiva. Recuérdese que la ley condicionó la formulación de la petición a que se haga ‘en el curso de la ejecución del contrato’ [...]. De otra parte, la Sala ha precisado que las pretensiones deben contener implícitamente el derecho constitutivo del contratista; que este derecho debe ser anterior a la petición, y que requiere solo la formalidad o declaración del contratante público, porque el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes. Esas situaciones o relaciones jurídicas del contratista requieren de declaraciones del contratante que lo autoricen o le habiliten a proseguir con la ejecución del contrato; le formalizan el derecho a hacerlo. Para que se deduzca realmente que la omisión de respuesta del contratante, en el término legal de tres meses seguidos a la petición del contratista, constituye silencio positivo debe tenerse en cuenta que el contratista tenga derecho, como ya se dijo, desde antes a la respuesta expresa afirmativa a su petición. Es decir, que tenga una situación o una relación jurídica anterior, que luego con la respuesta administrativa se formaliza o se declara la aprobación o autorización para hacer algo. Cuando para efecto de la dinámica de la operación contractual la ley sanciona con efecto positivo la omisión o silencio de la administración en responder después de los tres meses siguientes a la petición del contratista, debe entenderse desde luego que lo peticionado por aquel deben ser asuntos a definir con relación a la actividad contractual del contratista, no del contratante, con el lleno previo de requisitos legales o contractuales, como ya se dijo. Lo anterior implica que las peticiones del contratista al contratante distintas a ese fin objetivo descrito no son solicitudes que no respondidas expresamente en el término de tres meses, deban entenderse aceptadas presuntamente. Por lo tanto, cuando la petición, como en este caso, refiera al pago de una suma de dinero o de otros pagos a los que se cree tener derecho, y aunque las peticiones se hubieran presentado dentro del término de ejecución del contrato, la omisión de respuesta no constituiría silencio administrativo positivo. En ese sentido, si bien el contratista tiene derecho a pedir el ejercicio del derecho de petición, no siempre tiene el derecho constitutivo previo para que la respuesta sea afirmativa, expresa o presunta. De no ser como acaba de explicarse, el contrato podría novarse, o su ejecución causar desmedro injustificado al patrimonio público, etc. Todo lo anterior tiene su fundamento en el origen de los derechos subjetivos, los cuales nacen por el cumplimiento de los supuestos fácticos de las normas que los consagran; no nacen del incumplimiento del ‘deber de resolverlas peticiones’ a cargo de la administración, porque no es fuente de obligaciones la omisión al deber de resolver las peticiones”.
- 882 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 7 de octubre de 1999: “Los efectos que produce el silencio positivo son limitados, pues no se permite que a través de esta figura legal pueda adquirirse más de lo que hubiera podido otorgar la administración de manera expresa; los efectos están condicionados por la legalidad de lo pedido...”.
- 883 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 7 de octubre de 1999: “El silencio positivo no configura título ejecutivo. El Código de Procedimiento Civil dispone, claramente, que sólo es título ejecutivo la obligación clara, expresa y exigible que se contiene en un documento, cuando el título es simple, o en varios documentos, cuando es complejo (art. 488). La no respuesta administrativa no crea ni establece una obligación clara, expresa y exigible. Y no puede hacerlo, porque, como ya se precisó, el silencio no es fuente de obligaciones y, además, cuando ocurre –verdaderamente– con los requisitos descritos antes, sólo autoriza, habilita o reconoce derechos preexistentes del contratista, y por tanto la fuente obligacional está en estos derechos y no en la omisión en responder, aunque se haya protocolizado ante notario”.
- 884 JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA. “El derecho de petición en la Ley orgánica de procedimientos administrativos”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. IV, 1980, pp. 107 y ss.; BREWER-CARIÁS. “Ley orgánica”, cit., pp. 179 y ss.; RAFAEL ENTRENA CUESTA. *Curso*, cit., pp. 545 a 557; HÉCTOR JORGE ESCOLA. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1981; GABINO FRAGA. *Derecho administrativo*, actualizado por MANUEL FRAGA, 40.ª ed., México, Porrúa, 2000; MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ. *Derecho contencioso administrativo*, cit., pp. 1 a 43; ÍD. *Derecho procesal administrativo*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1984; MOLES CAUBET. “Introducción”, cit., pp. 16 y ss.; MANUEL-JESÚS NÚÑEZ RUIZ. *La notificación de los actos administrativos en el procedimiento común*, Madrid, 1989; JAIME VIDAL PERDOMO. “Principios”, cit., p. 103.
- 885 Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 1996: “Si el desempeño del poder, en los distintos ámbitos del Estado, fuera clandestino y secreto, no sería posible que el ciudadano pudiera ‘participar en la conformación, ejercicio y control del poder político’ (art. 40 CP). La publicidad de las funciones públicas (art. 209 CP) es la condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de derecho; sin ella, sus instituciones mutan de naturaleza y dejan de existir como tales”.
- 886 Corte Constitucional. Sentencia C-646 del 31 de mayo de 2000: “La democracia, ha dicho la Corte Constitucional, ‘presupone la existencia de una opinión pública libre e informada’, una opinión conformada por sujetos autónomos, libres, dotados de razón y como tales titulares del derecho-deber de participación, que los habilita y obliga a ejercer las funciones de control político a las que se refiere el artículo 40 de la CP, necesarias para garantizar el equilibrio, la juridicidad y la pertinencia de las actuaciones que emanan de las autoridades de las diferentes ramas del poder público. La publicidad es una condición de legitimidad, que activa el principio de obligatoriedad de la norma jurídica, pues ‘... es principio general de derecho que nadie puede ser obligado a cumplir las normas que no conoce...’”.
- 887 En diferentes providencias, entre las que podemos destacar las sentencias C-544 de 1994, C-306 de 1996, y C-084 y C-161 de 1999, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la publicidad indicando que “... sólo con la publicidad oficial de las normas se justifica la ficción de que éstas ha sido conocidas por los asociados, para luego exigir su cumplimiento. La publicación de la ley, aunque presupone su existencia, es trascendental desde el punto de vista de su eficacia. De todas formas, se trata de un requisito que no se integra en el iter formativo de la ley. La publicación, en estricto rigor, constituye una operación administrativa material, reglada, que corresponde ejecutar al Gobierno y que se desarrolla de conformidad con lo que establezca la ley, la cual ha dispuesto que se realice por escrito y en el *Diario Oficial*”.
- 888 Corte Constitucional. Sentencia C-646 del 31 de mayo de 2000: “... el acto administrativo que no haya sido publicado o notificado será un acto ineficaz, esto es que no producirá efectos, lo que no quiere decir, desde luego, que sea nulo o inexistente. El acto administrativo es válido desde que se expide, pero su contenido

únicamente vincula y se impone desde el momento en que se cumplen los requisitos de publicación o notificación, según se trate de actos de contenido general y abstracto o de actos de contenido particular y concreto, respectivamente...”.

- 889 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto del 9 de julio de 1985; cfr. MANUEL-JESÚS NÚÑEZ RUIZ. *La notificación de los actos administrativos en el procedimiento común*, cit., pp. 25 y ss., donde se destaca que la notificación es un concepto propio de la teoría general del derecho aplicable a todos los sectores del mismo, con el fin de dar a conocer las decisiones propias de cada uno de ellos: “... sobre la exigibilidad de los actos administrativos, antiguas disposiciones legales han dispuesto que ella no opera sino cuando son publicados, si son de carácter general o actos regla, de igual manera, la publicación de las leyes ha sido un requisito impuesto por la norma legal, para hacerlas exigibles, puesto que de ellas, como de los actos administrativos generales, no puede pedirse su cumplimiento a los administrados, y hacerse efectiva la presunción de su conocimiento, sino cuando se les ha dado a la publicidad pero, además, es claro que no basta la expedición del acto administrativo para hacer exigible su cumplimiento, pues si bien pudo haber adquirido validez, solamente adquiere eficacia cuando se exterioriza la manifestación de voluntad administrativa mediante la realización de los llamados actos de integración, consistentes en su divulgación por medio de la publicación...”.
- 890 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto del 1.º de octubre de 1988, exp. 2288: “Pero no es menos verdadero que cuando tal acto administrativo se produce ostenta carácter general y, por ende, su obligatoriedad está supeditada a que sea publicado en un medio de comunicación legalmente idóneo, como los indicados en el primer inciso del artículo 43 del CCA. Ciertamente un acto de tal naturaleza no puede regir a partir de la fecha de su expedición, salvo en el caso eventual de que ésta coincida con la fecha de su publicación...”.
- 891 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de junio de 1972: “Es una garantía que tienen los administrados que les permite conocer las obligaciones que las autoridades pretenden hacerles efectivas o las determinaciones tomadas respecto a sus peticiones para que informados deduzcan si el acto ha sido realizado por la autoridad competente, de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijen las leyes, con el contenido que éstas señalen y prosiguiendo el fin que las mismas indiquen. Y como consecuencia, si alguno de estos presupuestos falta, propongan los medios de defensa que crean tener a su favor ante la rama ejecutiva solicitando la reposición ante el mismo funcionario que pronunció la providencia para que se aclare, modifique o revoque, o interponiendo apelación ante el inmediato superior con el mismo objeto. Y luego, agotada la vía gubernativa, si ésta le es desfavorable, acudiendo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante la correspondiente acción y con el lleno de los requisitos fijados por la ley”.
- 892 Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 1993: “Los actos de comunicación procesal, entre ellos las notificaciones, son manifestaciones concretas del principio de publicidad que orienta el sistema procesal. En virtud de este principio, las decisiones del juez o del servidor público que ejerce funciones administrativas o judiciales deben ser comunicadas a las partes y conocidas por éstas, de modo que puedan defender sus derechos e intereses mediante la utilización oportuna de los recursos legales correspondientes”.
- 893 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto del 4 de mayo de 1990, exp. 2286: “La notificación de los actos administrativos que crean, extinguen o modifican un derecho particular y concreto es la forma por excelencia como se materializa el derecho de defensa, toda vez que por medio de ella se coloca al administrado en situación de conocer la definición gubernativa para consentir en ella o impugnarla, según el caso. También es importante la notificación para determinar el surgimiento o la extinción de otros derechos diferentes al directamente relacionado con la decisión gubernamental, como son precisamente los derechos de acción, cuyo ejercicio puede estar restringido en el tiempo, y de hecho lo está en las acciones de restablecimiento del derecho...”; en igual sentido, Corte Constitucional. Sentencia T-419 de 1994: “... la notificación tiene como finalidad garantizar el conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad, de contradicción y, en especial, de que se prevenga de que alguien pueda ser condenado sin ser oído...”.
- 894 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de mayo de 1990: “Para la Sala si bien es cierto que el inciso 4.º del artículo 44 del CCA, establece que los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entienden notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación [...] [e]n el presente caso el término de caducidad debe contarse desde el momento en que el demandante tuvo conocimiento de la conducta omisiva de la Oficina de Registro, que tenía a su cargo la función registral, pues el administrado no tiene por qué verificar si la administración cumplió cabalmente con su función o no, cuando de buena fe tiene bases para pensar que sí lo hizo, a pesar de que realmente no hubiera sido así...”.
- 895 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sala Unitaria. Auto del 26 de enero de 1990, exp. 1143: “En realidad son personas que por los documentos de la actuación resultan conocidas para las autoridades, pero que al no tener protagonismo alguno dentro de la actuación no se benefician de la certeza de la notificación personal [...] [L]os terceros tienen, tanto como los protagonistas de la actuación, el derecho a interponer los recursos de la vía gubernativa y a ejercer las acciones contenciosas que establece la ley. Ellos pueden alegar un interés expresado en el desconocimiento o en la reducción injusta e ilegal de sus derechos y situaciones jurídicas particulares. Ese interés es el que les confiere la legitimidad para formular sus recursos e incoar las acciones pertinentes...”.
- 896 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto del 30 de agosto de 1977, ACE, t. XCIII, n.º 445 y 446, 1977, p. 257; Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 1996, exp. 2431: “La falta de notificación o la notificación irregular de los actos administrativos [...] no es causal de nulidad de los mismos [...] [E]n otros términos, la notificación del acto administrativo no dice relación con su validez jurídica, la cual no sufre variación por el hecho de que se haya cumplido con la obligación de notificarlo legalmente o se haya prescindido de dicha diligencia; el acto administrativo que nació viciado no se saneará porque, con posterioridad, se notifique legalmente; y al revés, el acto que nace válido no pierde validez porque se deje de notificar o porque la notificación sea irregular...”.
- 897 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 3 de octubre de 1968, ACE, t. LXXV, n.ºs 419 y 420, 1968, p. 168.
- 898 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 7 de septiembre de 1988. En esa providencia el Consejo de Estado expone en los mismos términos la tesis que hemos sustentado.
- 899 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto del 19 de febrero de 1993, exp. 7061. El término para la interposición de los recursos tiene algunas dificultades prácticas, en especial en cuanto se refiere al concepto de los cinco días dentro de los cuales puede hacerse uso del recurso. Los usos administrativos, e incluso los jurisdiccionales, vinculan el término días a los días hábiles. No obstante, dentro del concepto de día, en especial para el vencimiento del término, se trabaja el concepto de horas hábiles, haciendo vencer de esa forma el término no al real fin del día, sino al de la actividad laboral de la respectiva entidad. En interesante providencia la Sala Unitaria de la Sección Segunda del Consejo de Estado expuso la siguiente tesis al respecto, que en nuestra opinión hace prevalecer dentro del procedimiento el concepto pleno del debido proceso, en especial del respeto a los principios de contradicción y derecho de defensa: “Ciertamente entre los principios fundamentales del procedimiento está el de preclusión, en desarrollo del cual el ordenamiento establece las diversas etapas que deben cumplirse en el proceso para su desenvolvimiento, y de igual manera se impone a quienes acuden a instaurar una demanda o interponer un recurso, un término dentro del cual deben efectuar tales actos [...] Del artículo 118 del CPC, se desprende que el término es un lapso o plazo dentro del cual deben ejercerse los actos de las partes, perentorio e improrrogable [...] sobre el particular, el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal preceptúa: todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la medianoche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común y por día el espacio de veinticuatro horas [...] y el artículo 60 [...] ‘... cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se

entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo'. Es claro, conforme a lo anterior, que ese punto último o límite del término se extiende hasta la medianoche del día de su vencimiento...". Dentro del anterior contexto serían entonces admisibles los recursos desde el primer minuto del día en que empiezan a contarse los cinco días, hasta la medianoche del último día, lo anterior a la luz de las normas jurídicas invocadas en la providencia anterior. Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos la decisión quedará en firme.

900 Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 2015.

901 *Ibid.* Sentencia C-248 de 2013.

902 *Ibid.* Sentencia T-279 de 1995.

903 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de octubre de 1990, exp. 2695: "... si la persona afectada con un acto administrativo que no le fue resuelto, una vez vencido el término que la ley señala para que se configurara el fenómeno del silencio, acudió ante la Jurisdicción Contenciosa, es claro que por imperativo de la ley, que entre otras cosas está interesada en la celeridad de los procedimientos, y la certeza de las situaciones jurídicas, la administración perdió su competencia para pronunciarse y le quedó vedada cualquier decisión ulterior, en razón a que la competencia se desplazó hacia autoridad distinta, esto es, a la jurisdicción contenciosa administrativa, que podía actuar partiendo de la presunción de agotamiento de la vía gubernativa por decisión negatoria...".

904 "5.3.1 [...] se tiene que la decisión del Legislador, de limitar a las sentencias de unificación jurisprudencial el mecanismo de extensión de jurisprudencia, adoptada en el amplio ámbito de su potestad normativa, no viola los preceptos de la Constitución que señala el demandante. Por el contrario, al precisar la naturaleza, el sentido y el alcance de dichas sentencias, al igual que los eventos de su aplicación, señalando en detalle el procedimiento que debe observarse para su trámite, está otorgando igualdad de trato a todos los que concurren a su aplicación, (art. 13 CP), y respetando los principios del debido proceso y de la confianza legítima (arts. 29 y 83 CP) [...]"; Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2012.

905 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 26 de marzo de 2015, exp. 42523, donde se hace una breve aproximación a las nociones de "importancia jurídica", "trascendencia económica o social" y "necesidad de sentar jurisprudencia".

906 Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011.

907 Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. "Artículo 614. *Extensión de la jurisprudencia.* Con el objeto de resolver las peticiones de extensión de la jurisprudencia a que se refieren los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, las entidades públicas deberán solicitar concepto previo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En el término de diez (10) días, la Agencia informará a la entidad pública respectiva, su intención de rendir concepto. La emisión del concepto por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se deberá producir en un término máximo de veinte (20) días. // El término a que se refiere el inciso 4.º del numeral 3 del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, empezará a correr al día siguiente de recibido el concepto de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del vencimiento del término a que se refiere el inciso anterior, lo que ocurra primero".

908 Lo anterior, sin perjuicio de considerar que existen otras razones, de estricta índole formal, para desestimar la petición como son la existencia de caducidad del medio de control, que el fallo del que se solicita la extensión de jurisprudencia no sea de unificación de jurisprudencia o que para cuando se elevó la petición de extensión de jurisprudencia el solicitante ya había acudido al apartado jurisdiccional.

909 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-816 de 2011 y C-588 de 2012. En el primero de los fallos citados la Corte consideró: "La posibilidad del *apartamiento administrativo* en el marco de este procedimiento administrativo especial, se concreta en el texto legal que señala: '*las autoridades podrán negar la petición*'. Significa que el valor vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, ordenado por el Legislador, no es absoluto; como tampoco lo es la fuerza vinculante de las mismas, proferidas por los órganos jurisdiccionales de cierre, que finalmente admiten el apartamiento de ellas por los jueces".

910 Aun cuando el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011 no lo señala expresamente, es de rigor considerar que el Auto que corre traslado debe ser notificado personalmente a una y otra entidad pues hasta ese momento no tienen conocimiento de esa actuación judicial, de ahí, entonces, que sería apenas ilusorio el ejercicio del derecho de defensa si no se satisface ese acto de notificación.

911 Corte Constitucional. Sentencias C-875 de 2011 y C-194 de 1998, reiterada, entre otras, en las sentencias C-674 de 1999, C-459 y C-748 de 2011: "... Ese poder sancionador ha sido definido por la jurisprudencia de esa Corporación como 'un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye a la realización de sus cometidos...".

912 EDUARDO FERRER MAC-GREGOR. "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs, México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 131, 2011, p. 920. Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, FERRER MAC-GREGOR consideró: "La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las 'Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas' para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7.º para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral". En el caso Almonacid Arellano contra Chile la Corte Interamericana de Derechos Humanos argumentó: "[...] 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"; Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: "Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la

- obligación de ejercer *ex officio* un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.
- 913 Desde la perspectiva convencional se tiene que los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos recogen los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva. Se destaca que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que "se observen todos los requisitos que 'sirv[an] para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho', es decir, las 'condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial'" (Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987); y comentando el artículo 25 de la Convención ha señalado que "La existencia de esta garantía 'constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención'" (Corte IDH. Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia del 3 de noviembre de 1997); pues en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos.
- 914 El artículo 29 Constitucional recoge en su descripción un conjunto de garantías que deben ser observadas en los procedimientos judiciales y administrativos, como son el principio de legalidad, el juez natural, el respeto a las formas propias de cada juicio preexistente, el derecho de contradicción y defensa, la legalidad de la prueba judicial, y las garantías en ejercicio del *ius puniendi* como la presunción de inocencia, el principio de favorabilidad, el derecho a una defensa técnica y la proscripción de ser juzgado dos veces por un mismo hecho. Lo anterior sin perjuicio de reconocer la estructura de principio de que está dotado el derecho al debido proceso y, por ende, el deber del legislador como autoridad judicial de asegurar su vigencia en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas.
- 915 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá. Sentencia del 2 de febrero de 2001: "[...] 75. Del recuento de la jurisprudencia que ha desarrollado la corte hasta al momento, se entiende que ésta ha considerado que las garantías del artículo 8.2 de la Convención no son exclusivas de los procesos penales, sino que además pueden ser aplicables a procesos de carácter sancionatorio. Ahora bien, lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Sentencia del 3 de mayo de 2016. En el mismo sentido: "[...] 127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas".
- 916 Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Artículo 23. *Derechos políticos*. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal, e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".
- 917 "[...] 107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una 'condena, por juez competente, en proceso penal'. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un 'juez competente', no hubo 'condena' y las sanciones no se aplicaron como resultado de un 'proceso penal', en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8.º de la Convención Americana": Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia del 1.º de septiembre de 2011, párr. 107. En el mismo sentido cfr. Salvamento de Voto suscrito por el Consejero JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA a la Sentencia del 4 de marzo de 2014, exp. 2013-06871 adoptada por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado.
- 918 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 21 de marzo de 2012, exp. 39477; cfr. de manera extensa el estudio del debido proceso en materia sancionatoria administrativa contenido en el Auto 27 de febrero de 2013, exp. 45316, de la misma subsección; en igual sentido cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-875 de 2011.
- 919 ALF ROOS. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1974, p. 272: "[...] la idea de justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general. La justicia es la aplicación correcta de una norma, como cosa opuesta a la arbitrariedad". Corte Constitucional. Sentencia T-1083 de 2003: "[...] El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelantan contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación. El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia 'de la plenitud de las formas propias de cada juicio', lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite. En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso".
- 920 HARTMUT MAURER. *Derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 484: "El derecho a ser oído significa (tanto en el marco del procedimiento administrativo como en el del proceso judicial) que la decisión sólo puede apoyarse en aquellas circunstancias sobre las cuales los interesados han tenido la ocasión de manifestarse o expresarse, bastando a estos efectos que hayan tenido la posibilidad de hacerlo. En el caso de que efectivamente el interesado haya manifestado algunos de sus puntos de vista, el órgano administrativo está obligado a tomar en consideración las alegaciones efectuadas y a incluirlas en sus razonamientos, lo que por regla general debe hacerse constar en la motivación".
- 921 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 488: "La Administración puede, a tal efecto, proporcionar, información, permitir el acceso a documentos o poner a disposición la información en cualquier otro modo. Está obligada a conceder el acceso en la forma en que lo haya solicitado el requirente, salvo que en contra de ello exista alguna razón de mayor importancia, especialmente en el caso de un coste claramente superior para la Administración. El derecho de información decae si y en tanto en cuanto se le opongan intereses públicos especiales, en particular intereses en el mantenimiento del secreto, así como la protección de datos personales [...] Las leyes sobre acceso a la información deben servir para construir los derechos de participación democrática de los ciudadanos, así como también fortalecer el control democrático de los poderes públicos. Con ellos se concede un derecho general a la información de la Administración que no está ya ni ampliamente limitado ni exige requisitos o presupuestos previos para su ejercicio. En principio, toda persona puede exigir de los órganos de la Administración cualquier información, siempre y cuando no se trate de los supuestos constitutivos de excepciones, esto es, de

intereses públicos que requieran secreto o de la protección de datos personales. No es necesario hacer valer un específico interés en la información que se solicita, lo que sin duda es algo no exento de problemas”.

- 922 Corte Constitucional. Sentencias T-522 de 1992, T-653 y T-796 de 2006, y C-279 de 2007. “[...] El derecho al debido proceso es aplicable a todas las decisiones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones. En la Sentencia T-653 de 2006 se definió este derecho como: ‘(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”’.
- 923 HARTMUT MAURER. *Derecho administrativo. Parte general*, cit., pp. 365 y 366: “Por lo tanto, el procedimiento, orientado a garantizar que la decisión se adopte tras un análisis exhaustivo de la información disponible y atendiendo equilibradamente a los distintos intereses afectados, debe concluirse en un plazo y a un coste razonables. La regulación del procedimiento no puede servir para que la Administración vaya posponiendo la adopción de decisiones incómodas. El mandato de eficacia, que deriva del principio de Estado de Derecho [...], impone a la Administración el deber de tramitar el procedimiento en un plazo y a un coste moderados”.
- 924 Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003: “[...] El principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política hace referencia a un contenido material de las garantías fundamentales que deben respetarse para poder legítimamente aplicar sanciones, el cual es exigible en los diferentes ámbitos del derecho. La Corte al estudiar el principio de legalidad ha afirmado que éste está integrado a su vez por tres elementos esenciales, los cuales guardan entre sí una estrecha relación. Sobre el particular, esta Corporación en jurisprudencia reciente afirmó que: ‘El principio de legalidad está integrado por tres elementos esenciales: la *lex praevia*, la *lex scripta* y la *lex certa*. La *lex praevia* exige que la conducta y la sanción antecedan en el tiempo a la comisión de la infracción, es decir, que estén previamente señaladas; la *lex scripta*, en materia de *ius puniendi*, significa que los aspectos esenciales de la conducta y de la sanción estén contenidos en la ley, y la *lex certa* alude a que tanto la conducta como la sanción deben ser determinadas de forma que no haya ambigüedades: ‘... Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la ‘exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras’. Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber: (i) *Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas*; (ii) *Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley*; (iii) *Que exista correlación entre la conducta y la sanción*; Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que ‘las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica’. Es así como en algunas ocasiones los anteriores elementos no se encuentran previstos en el mismo instrumento normativo, sino que se hace necesario consultar el contenido de otras disposiciones para especificar cuál es la conducta ordenada o prohibida o cual es la sanción específica aplicable [...] La remisión normativa como técnica legislativa no es *per se* inconstitucional cuando se analiza desde la perspectiva del principio de tipicidad, puesto que es preciso verificar qué parte de la disposición en cuestión requiere completarse con otros preceptos jurídicos y si es posible efectivamente completar la norma cuestionada a partir de la lectura de las normas a las que se remite. Por tanto, no es posible inferir del principio de tipicidad que una remisión que el mismo legislador hace a otro instrumento normativo sea de suyo inexequible. No obstante, para que la remisión sea constitucional la disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto. Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se efectúe con el respeto debido al principio de tipicidad. *Adicionalmente, a las personas no se les puede aplicar una descripción de la conducta sancionada efectuada con posterioridad a la realización de dicha conducta, por que ello desconocería el principio de *lex praevia** [...] Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa. Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir ‘también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas...’”.
- 925 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 8 de septiembre de 2005, exp. 14.379: “[...] En efecto al condicionarse la aplicación de las normas que soportan la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria, la utilización la Circular 100 de 1995, como soporte para mantener una sanción que aún no se encontraba en firme, constituye una aplicación indebida que genera nulidad del acto por violación del artículo 66 ordinal 2.º del Código Contencioso Administrativo, pues aun cuando los hechos sancionados ocurrieron con anterioridad a la providencia de la Corte, el decaimiento del acto que tipificaba la infracción, tiene como consecuencia que la sanción ya no sea aplicable y que la Superintendencia Bancaria perdió su potestad sancionadora por los hechos contemplados en las disposiciones de la citada circular [...]”.
- 926 Corte Constitucional. Sentencia 343 de 2006.
- 927 Corte Constitucional. Sentencia C-922 de 2001: “[...] Así pues, la Constitución prohíbe que alguien sea juzgado conforme a normas sustanciales que definan penas, que no sean preexistentes al acto que se imputa. Esta prohibición, aplicable en primer lugar a los juicios penales, resulta extensiva a todos los procedimientos administrativos en los que se pretenda la imposición de una sanción. En efecto, reiterada jurisprudencia constitucional ha señalado que en el derecho administrativo sancionador son aplicables *mutatis mutandi* las garantías superiores que rigen en materia penal, entre ellas la de legalidad de las infracciones y de las sanciones, conforme a la cual nadie puede ser sancionado administrativamente sino conforme a normas preexistentes que tipifiquen la contravención administrativa y señalen la sanción correspondiente. Así por ejemplo, en la Sentencia C-386 de 1996, la Corte dijo: ‘El derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, *mutatis mutandi*, en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado. *Ahora bien, uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada...*’”.
- 928 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 19 de marzo de 1987: “Esta sala ha sostenido integralmente la aplicación de este principio (*reformatio in pejus*) no solo en el proceso administrativo, sino en el procedimiento de la vía gubernativa...”.
- 929 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 6 de julio de 2001, exp. 32401.
- 930 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia del 31 de agosto de 1995, exp. 8866: “... la prohibición de agravar la sanción parte de la consideración de que la pena impuesta lo haya sido respetando el mínimo y el máximo previsto en la ley, y no de que por ignorancia o arbitrariedad judicial desconoce esos parámetros, ya que en esas condiciones no podría ser objeto de protección, pues la garantía constitucional no puede ser entendida de manera absoluta, esto es, aun a costa de la violación de la propia Constitución. Tampoco puede entenderse que la posibilidad de hacer respetar una garantía fundamental, como lo es el principio de legalidad, queda exclusivamente en manos de los sujetos procesales, obligando al juez que conoce de una apelación a confirmar una sentencia inconstitucional, so pretexto de que no puede agravar la pena al condenado cuando es apelante único, como si este principio fuera superior al inicialmente mencionado, y como si no existiera el mandato de que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia del 25 de junio de 1998, exp. 9822: “La Sala ha venido considerando que dada la constitucionalización del principio de legalidad y habida cuenta del mandato que sobre el carácter normativo de la Carta contiene la propia Constitución, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de

reforma en peor de las sentencias (art. 31) para aplicar ésta última disposición en perjuicio de aquél. La garantía fundamental que implica el principio de legalidad (art. 29 CP) no se puede agotar en la recortada perspectiva de la protección del procesado en un evento determinado, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley penal a fin de que el Estado (a través de los funcionarios que aplican la ley, esto es, los jueces) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para cada tipo penal o para cada hecho punible...”.

- 931 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 5863: “Coincidió la Sala con el criterio adoptado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el alcance del principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*, y en aplicación del mismo consideró que sólo en la medida en que el superior modifique en aumento la pena impuesta por el inferior, que se ajustó a la legalidad, se estará violando tal prohibición, pues de lo contrario se está en presencia de la observancia del principio de legalidad, protegido por el artículo 29 de la Carta Política”.
- 932 Corte Constitucional. Sentencia T-033 de 2002: “[...] la prohibición de la *reformatio in pejus* tiene plena aplicabilidad en materias administrativas, tanto en el agotamiento de la vía gubernativa como en el desarrollo del procedimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, circunstancia que se origina en la interpretación armónica y sistemática de los artículos 29 y 31 de la Constitución Política, logrando de esta manera hacer efectivo el derecho al debido proceso y por ende los demás principios y derechos constitucionales que guardan correspondencia con dicha institución jurídica...”.
- 933 Corte Constitucional. Sentencia SU-620 de 1996. La Corte Constitucional, en providencia de noviembre de 1996, al revisar el proceso de acción de tutela instaurado contra la Unidad de Investigaciones de la Contraloría General de la República, unificó, en nuestra opinión de manera oportuna, algunos criterios básicos para el entendimiento del debido proceso en la totalidad de actuaciones administrativas que adelanten los servidores públicos o los particulares con funciones de esta naturaleza. De manera concreta, la Corte determinó la doctrina constitucional a seguir en los siguientes asuntos: 1. Actividad unilateral de la administración en las actuaciones administrativas. Al respecto sostuvo que es posible la presencia de actividad unilateral de la administración en una actuación administrativa, pero solo hasta el momento en que deba relacionarse con un sujeto perfectamente identificado, correspondiéndole garantizar, por ese solo hecho, sus derechos fundamentales. Al respecto sostuvo la Corte: “... ningún reparo encuentra la Sala a la unilateralidad de la actuación surtida dentro de las indagaciones preliminares, encaminadas fundamentalmente a establecer en forma objetiva la posible existencia de hechos o circunstancias [...] sin determinar a unos responsables concretos. Tampoco encuentra la Sala contrario a la garantía del debido proceso que en una fase de la etapa de investigación se conserve la actuación unilateral de la administración, por la exigencia de mantener la reserva requerida e impedir que su conocimiento o publicidad pueda permitir la destrucción o manipulación de las pruebas o la interferencia de extraños y aun de los posibles implicados que la hagan fracasar. De este modo, el proceder unilateral de la administración se justifica por la necesidad de que pueda establecer con certeza, objetivamente y libre de influencia e injerencias perniciosas los hechos investigados [...] y la identificación de los presuntos responsables...”. 2. Ruptura de la actividad unilateral de la administración en las actuaciones administrativas, con la consecuente iniciación plena de la totalidad de garantías del debido proceso. Sobre este aspecto la Corte destacó que si bien es cierto aceptaba un período de actuación unilateral de la administración, de todas formas, una vez identificado plenamente cualquier sujeto que pueda resultar afectado con sus decisiones, la administración debe brindar la totalidad de garantías que se desprenden del debido proceso. Al respecto indicó: “Pero necesariamente el avance de la investigación puede determinar que en un momento dado exista un acopio de pruebas que permitan deducir con claridad la existencia y naturaleza de los hechos constitutivos de las infracciones y establecer la identidad de los autores o partícipes. En tal circunstancia, y dada la situación de desigualdad en que se encuentran estos, se impone la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso con el fin de restablecer una igualdad o balance entre la verdad establecida por la administración, que surge de la actuación que ha adelantado y que pone en duda la inocencia del posible imputado, y la verdad que este puede ofrecer al permitírsele ser oído y en aportar, así sea preliminarmente y antes del juicio, la prueba de sus descargos...”. De esa manera no solamente se garantizaría su derecho de defensa sino que se contribuiría de manera eficaz a lograr la certeza que implica todo proceso dentro de un ámbito de economía. 3. Respeto del derecho de defensa dentro de la actuación administrativa, sus características y la necesidad de su configuración desde el mismo momento que se advierta la presencia de persona determinada, indicó la Corte: “La defensa [...] requiere ser unitaria, continua y permanente...”. Esto es, nace desde el mismo momento en que se genera la duda para la administración sobre la conducta o los derechos involucrados en una actuación administrativa. Por esa razón, solo y exclusivamente a partir de ese instante, y bajo tales condiciones, se le debe dar oportunidad a la persona investigada de ser oída en relación con los hechos investigados, de solicitar y aportar pruebas e intervenir en su práctica. De lo anterior, la Corte unifica igualmente criterios en torno a otro de los elementos del debido proceso como es el de la contradicción. Para tales efectos retoma la jurisprudencia de la misma Corte, básicamente el contenido en la Sentencia C-150 de 1993, que al respecto sostiene: “La contradicción es la incompatibilidad de dos proposiciones, que no pueden ser a la vez verdaderas por cuanto una de ellas afirma o niega lo mismo. Así, el principio de contradicción ha sido definido por la doctrina como el fundamento lógico y metafísico que establece, como uno de los criterios de la verdad, la imposibilidad absoluta de ser o no ser algo al mismo tiempo en el mismo lugar y con identidad completa de las demás circunstancias [...] [C]on el acatamiento al principio de contradicción, se cumple una función garantizadora que compensa el poder punitivo del Estado [...] [A]ctúa como un contrapeso obligatorio, respetuoso de los derechos humanos, al permitir la intervención en cualquier diligencia de la que pueda resultar prueba en contra del imputado, sindicado o procesado...”.
- 934 Como se dijo precedentemente, las garantías que se desprenden de los artículos 8.º (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 935 Ley 1437 de 2011. “Artículo 51. *De la renuencia a suministrar información*. Las personas particulares, sean estas naturales o jurídicas, que se rehúsen a presentar los informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, los oculten, impidan o no autoricen el acceso a sus archivos a los funcionarios competentes, o remitan la información solicitada con errores significativos o en forma incompleta, serán sancionadas con multa a favor del Tesoro Nacional o de la respectiva entidad territorial, según corresponda, hasta de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos. La autoridad podrá imponer multas sucesivas al renuente, en los términos del artículo 90 de este Código. // La sanción a la que se refiere el anterior inciso se aplicará sin perjuicio de la obligación de suministrar o permitir el acceso a la información o a los documentos requeridos. // Dicha sanción se impondrá mediante resolución motivada, previo traslado de la solicitud de explicaciones a la persona a sancionar, quien tendrá un término de diez (10) días para presentarlas. // La resolución que ponga fin a la actuación por renuencia deberá expedirse y notificarse dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término para dar respuesta a la solicitud de explicaciones. Contra esta resolución procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la notificación. // *Parágrafo*. Esta actuación no suspende ni interrumpe el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio que se esté adelantando para establecer la comisión de infracciones a disposiciones administrativas”.
- 936 Artículo 47 inciso 2.º Ley 1437 de 2011.
- 937 Ídem.
- 938 Artículo 47 inciso 3 Ley 1437 de 2011.
- 939 Artículo 48 ibíd.
- 940 Artículo 42 ibíd.
- 941 Ley 1437 de 2011. “Artículo 50. *Graduación de las sanciones*. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables: 1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos

tutelados. 2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero. 3. Reincidencia en la comisión de la infracción. 4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión. 5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos. 6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes. 7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente. 8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.

942 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 27 de febrero de 2013, exp. 45316.

943 Ídem: "... el establecimiento de términos preclusivos o límites temporales al ejercicio de la facultad sancionadora de la administración se constituye en uno de los elementos que se adscriben al núcleo esencial del derecho al debido proceso [...] respecto del carácter limitado de la administración para ejercer su facultad sancionadora y de su sujeción tanto a los términos previstos por el legislador, como a una serie de garantías, derechos y principios constitucionales que siendo propios del derecho penal, han de aplicarse de forma matizada a toda actuación de la administración en este campo. Ahora bien, el término preclusivo previsto por el legislador mediante el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, no sólo se erige como un límite temporal de competencia dentro del cual la administración puede ejercer esa facultad que le ha sido atribuida, sino también como un instrumento a través del cual se procura garantizar la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y prevalencia del interés general en favor de los administrados y se controla la actividad de la administración...".

944 Corte Constitucional. Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996: "La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción. Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación dejan vencer el plazo señalado por el legislador –5 años– sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir que una vez cumplido dicho periodo sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción. El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos [...] Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar [...] Si el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones, la obligación de adelantar los procesos sin dilaciones injustificadas también lo es. La justicia impartida con prontitud y eficacia no sólo debe operar en los procesos penales –criminales–, sino en los de todo orden, administrativos, contravencionales, disciplinarios, policivos, etc....".

945 Cfr., entre otras, Corte Constitucional. Sentencias C-214 de 1994; C-597 de 1996; C-506 de 2002, y C-948 de 2002.

946 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de septiembre de 2009, exp. n.º 2003-00442-01(S)II: "La Sala comienza el análisis partiendo de la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el manejo del tema de la prescripción de la acción sancionatoria acerca de cuándo debe entenderse "impuesta la sanción", que no ha sido unánime [...] [...] Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración. Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejerce o no los recursos que legalmente procedan contra el acto. La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada. Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias [...] En este lapso es preciso imponer la sanción, entendiendo por tal verbo rector expedir y notificar el acto principal, esto es, aquel mediante el cual se concluye la actuación con la atribución de responsabilidad al investigado pero no se exige su firmeza porque la norma no lo prevé así, razón por la cual imponerle la condición de ejecutoria al acto sancionatorio principal que decidió la actuación administrativa disciplinaria significa ir más allá de lo que el legislador quiso al consagrar [...] *En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual en tratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa* (cursiva fuera de texto).

947 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 27 de febrero de 2013, exp. 45316.

948 Corte Constitucional. Sentencia C-875 de 2011.

949 *Ibid.*: "... La procedencia del silencio administrativo positivo, en el caso en análisis, se considera razonable y proporcional, en la medida en que los intereses del Estado están protegidos cuando es a éste al que le corresponde resolver el recurso contra el acto sancionatorio y para ello cuenta con los elementos para hacerlo y pende sólo de su actividad. Es claro que al ente competente le basta analizar la solicitud contenida en el recurso y sopesarla con el acto que impone la sanción y el exp. administrativo, es decir, no requiere de investigaciones exhaustivas ni agotar procedimientos que permitan afirmar que no es posible tomar una decisión en tiempo, salvo circunstancias excepcionales como la fuerza mayor o el caso fortuito, que justifiquen la mora en la resolución del recurso. En estos eventos, el silencio administrativo no operará y la administración así lo indicará en el acto que resuelva el correspondiente recurso, de esta manera quedan a salvo los intereses de la administración. Hecha la salvedad anterior, la Sala insiste en que la incorporación del silencio administrativo positivo, en los términos del precepto acusado, garantiza el derecho al debido proceso del ciudadano investigado y castiga la omisión del funcionario encargado de conocer la actuación. Se invierte así, una carga que aún hoy debe soportar el ciudadano, toda vez que en el código vigente, le corresponde a éste acudir ante la jurisdicción para desvirtuar las razones fictas de la negación del recurso, mientras que la administración, pese a tener los elementos para emitir una decisión, guarda silencio contrariando los presupuestos mismos de la organización estatal que tiene entre sus fundamentos el respeto por los derechos y garantías de los asociados [...] En otros términos, las consecuencias por las omisiones de la administración deben ser soportadas por ésta y no por el ciudadano, razón que justifica la intervención del legislador para decidir en qué casos ha de entenderse el asunto resuelto a favor del ciudadano y cuando éste, pese a la negligencia estatal debe soportar cargas tales como acudir a la jurisdicción para que en dicha sede le resuelvan su derecho. Esta decisión del legislador debe consultar los intereses en discusión, para que la misma pueda calificarse de razonada y proporcional...".

- 950 Bajo escenarios de responsabilidad objetiva no opera el juicio de ponderación y proporcionalidad. Se trata de eventos prefijados por el legislador esencialmente reglados, en casos, no solo en cuanto a la sanción a imponer la cual es fija frente al hecho probado, sino también eventualmente en cuanto a la calificación de la conducta la cual no admite modulación a partir del juego probatorio. Todo depende de los criterios del legislador al configurar el régimen de infracciones sancionatorio correspondiente. Lo cierto es que en hipótesis como estas difícilmente es posible un “test de adecuación y justificación”. En cuanto a supuestos de responsabilidad sancionadora administrativa con régimen objetivo, o con presupuestos inspirados en el mismo se tiene: i. Régimen sancionatorio ambiental de la Ley 1333 de 2009, parágrafo 1 del artículo 1.º y parágrafo del artículo 5.º según los cuales se presume la culpa o el dolo del infractor (Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010); ii. Régimen de responsabilidad fiscal de la Ley 610 de 2000, artículos 4.º y 5.º (Corte Constitucional. Sentencias C-840 de 2001, y C-619 de 2002); iii. Régimen de responsabilidad por infracciones de tránsito de la Ley 1383 de 2010, artículo 18 (Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 2011); iv. Régimen de responsabilidad por infracciones financieras de la Ley 795 de 2003, artículo 208.4.k, y v. Régimen de responsabilidad por infracciones de los prestadores de servicios públicos de la Ley 142 de 1994, artículo 81.7, inciso segundo.
- 951 Cfr. lo expuesto a propósito de discrecionalidad, ponderación y proporcionalidad en el capítulo sexto de la primera parte de este compendio.
- 952 “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. *La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público.* Tal consecuencia no es compatible en un Estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. *La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto.* El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. *El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación.* Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. *Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución.* Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto. No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. *No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo*” (cursiva fuera de texto). Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002.
- 953 Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, cfr. Sentencia C-673 de 2001; aclaración de voto de JAIME ARAÚJO RENTERÍA.
- 954 Ley 1437 de 2011. “Artículo 44. *Decisiones discrecionales.* En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.
- 955 ROBERT ALEXY. “La fórmula del peso”, en MIGUEL CARBONELL (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, 1.ª reimp., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 17. En la formulación de ALEXY, los “subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto”.
- 956 CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, cit., p. 569: “Por ponderación se puede entender una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, un método jurídico contrapuesto a las subsunción para aplicar las normas jurídicas, una forma de fundamentar decisiones en derecho y el resultado que estas decisiones contienen”; cfr., igualmente, JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, cit., p. 35. La ponderación consiste en “el análisis comparativo entre diversos bienes, derechos o valores jurídicos, íntimamente entrelazados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en el entendimiento de que en conjunto forman un sistema unitario. Analiza los elementos en conflicto, sus recíprocas interacciones, y su línea frontal, lo cual, por lo pronto, requiere identificar el contenido básico de cada una de las partes en juego”.
- 957 La doctrina señala que “... la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”. LUIS ARROYO JIMÉNEZ. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, cit., p. 33.
- 958 El carácter jurisdiccional del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva no ha sido pacífico en nuestra doctrina. Para algunos sectores se trata de una simple actividad administrativa de coacción, fundada en los principios de autotutela administrativa y del carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Esta posición la consideramos desde todo punto de vista errada en cuanto confunde una de las características del acto con el problema relativo a la atribución de funciones y competencias jurisdiccionales a las autoridades administrativas deducible sin mayores dificultades de la lectura del artículo 116 constitucional, norma que ampara el ejercicio de estos cobros por las autoridades del poder ejecutivo del Estado. La tesis de la naturaleza administrativa de la institución fue asumida, de manera equivocada, por la Corte Constitucional. Sentencia T-445 del 12 de octubre de 1994. Sobre el tema sostuvo la corporación: “La jurisdicción coactiva es expresión de la prerrogativa que tiene la administración de ejecutar los actos que ella misma define; para algunos autores, como el profesor HAURIOU, es considerada como uno de los privilegios exorbitantes de las personas administrativas, en virtud del cual la entidad administrativa cobra, por intermedio de sus

representantes, las obligaciones fiscales. Pero para el caso que nos ocupa en primer lugar hay que dilucidar si el proceso de jurisdicción coactivo es de naturaleza administrativa o judicial –aspecto relevante para explicar si es factible la acción de tutela en estos procesos–. Sobre el tema existen dos posiciones: el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 1969 consideró que ‘No puede remitirse a duda que las providencias dictadas por quienes ejercen jurisdicción coactiva tienen la misma naturaleza jurídica de las que profieren en juicio ejecutivo los jueces vinculados a la rama jurisdiccional del poder público y que el conjunto de ellas constituye un verdadero proceso judicial de ejecución y no un simple trámite gubernativo, como los que adelantan los funcionarios de la rama ejecutiva en desarrollo de sus atribuciones propias y dentro de la órbita normal de dicha rama’. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia consideró que ‘la jurisdicción coactiva no implica el ejercicio de la función jurisdiccional, sino que es un procedimiento administrativo encaminado a producir y hacer efectivo un título ejecutivo conforme a las normas de los artículos 68 CCA y 562 CPC’. Continúa diciendo que la ‘jurisdicción coactiva por la cual la administración hace efectivas, mediante un mecanismo coercitivo, sus propias decisiones en materia de obligaciones fiscales no se sustrae ni se excluye el control jurisdiccional. Por el contrario, de lo expuesto se deduce que la función administrativa a cargo de los funcionarios administrativos investidos de jurisdicción coactiva, y la función jurisdiccional que compete ejercer a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se conjugan en materia impositiva y son ejercidas por aquellos y por ésta dentro de la órbita de competencia y de acción que a cada uno le es propia’. Tesis que luego fue acogida por el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de mayo de 1983. Esta Sala de Revisión comparte esta última tesis sobre la naturaleza administrativa del proceso de jurisdicción coactiva, pero en razón de los siguientes argumentos: la administración tiene privilegios que de suyo son los medios idóneos para el cumplimiento efectivo de los fines esenciales del Estado, prerrogativas que se constituyen en la medida en que solo a la administración se le otorga la posibilidad de modificar, crear, extinguir o alterar situaciones jurídicas, en forma unilateral, con o sin el consentimiento de los administrados, incluso contra su voluntad. Entonces la administración está definiendo derechos y a la vez creando obligaciones inmediatamente eficaces, gracias a la presunción de validez y de la legitimidad de que gozan sus actos. La presunción de legalidad significa que los actos tienen imperio mientras la autoridad no los declare contrarios a derecho. Este carácter del acto administrativo, llamado efecto de ejecutividad, tiene su fundamento en el artículo 238 C.N. por cuanto el establecer que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial, significa, *contrario sensu*, que mientras no se suspendan los efectos de los actos administrativos son plenamente válidos. También se encuentra contenido el principio de ejecutividad en el artículo 64 CCA [...] En conclusión, considera esta Sala de Revisión que el proceso de jurisdicción coactiva es de naturaleza administrativa, por cuanto su objetivo es hacer efectiva la orden dictada por la administración de cobro de una obligación tributaria. En otras palabras esta jurisdicción es el uso de la coacción frente a terceros y la expresión de una autotutela ejecutiva”. Cfr. también Sentencia C-666 del 8 de junio de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, en donde se hace un análisis evolutivo de la tesis en torno a la naturaleza de esta institución, sin resolver el problema de fondo. Sobre el particular cfr., Sentencia C-224 de 2013 (especial referencia a la nota a pie de página n.º 23); Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2006, exp. 1993-09034 (14807); Sala Once Especial de Decisión. Sentencia del 3 de marzo de 2015, exp. 2012-00532 (Rev.); Sección Primera. Sentencias del 4 de julio de 2013, exp. 2012-01437, y 10 de marzo de 2016, exp. 2001-00141.

- 959 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 21 de noviembre de 2002, exp. 1571-01: “La facultad jurisdiccional ejercida por autoridad distinta a la judicial debe estar contemplada expresamente en la ley, según lo establece el inciso 3.º artículo 116 CN y el artículo 13.2 de la Ley Estatutaria 270 de 1996. En efecto, la jurisdicción coactiva es una función jurisdiccional asignada a un organismo o a un funcionario administrativo determinado para que, sin recurrir a la autoridad judicial, haga efectivas, por la vía ejecutiva, las deudas fiscales expresas, claras y exigibles a favor de la entidad pública que ejerce dicha jurisdicción. El artículo 112 de la Ley 6.ª de 1992 otorga jurisdicción coactiva a las entidades públicas del orden nacional. A su vez, el artículo 68 CCA establece: ‘Definición de obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos...’”.
- 960 Remisión que comprende también el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.
- 961 En los términos del párrafo del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.
- 962 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 15 de octubre 2002, exp. 1687-01: “Como quiera que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP es una empresa industrial y comercial de servicios públicos del orden distrital y, por tanto, un organismo vinculado a la administración distrital, puede cobrar por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, esto es, no por otros conceptos (tales como su instalación) y, por voluntad expresa del legislador, sólo aquellas que consten en las respectivas facturas de cobro o en un título valor otorgado por el deudor ‘para garantizar el pago de las facturas a su cargo’. Lo anterior por cuanto, siguiendo las previsiones del fallo de exequibilidad condicionada del artículo 112 de la Ley 6.ª de 1992, la facultad de jurisdicción coactiva de los organismos vinculados, además de que sólo puede cobijar la ejecución forzada de obligaciones relacionadas con el ejercicio de funciones de carácter netamente administrativo, se entiende referida exclusivamente a los casos que, bajo esa interpretación constitucional, determine la ley. El título valor informa de la existencia de una obligación consistente en pagar una suma líquida de dinero a favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. C., ESP y en contra de las citadas personas jurídicas, por concepto de los derechos de instalación de los servicios de acueducto y alcantarillado. Se trata entonces de un título valor que no puede ser cobrado por la vía de jurisdicción coactiva, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 6.ª de 1992 (en su interpretación ajustada a la Carta) y en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, las empresas prestadoras de servicios públicos sólo tienen la facultad de jurisdicción coactiva en relación con las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos y que consten en las respectivas facturas de cobro o en los títulos valores que garanticen el pago de éstas. De manera que la deuda que a favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP subyace al pagaré debe ser cobrada ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria y no por la vía de jurisdicción coactiva. En consecuencia, se declarará la nulidad de todo lo actuado, a partir del Auto de mandamiento de pago. Como, según lo previsto en los artículos 144 *in fine* y 145 CPC, la nulidad observada es insanable, será declarada de plano”.
- 963 En los términos del párrafo del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.
- 964 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002, exp. 2251: “Cuando el beneficiario del contrato de seguros es la administración, la obligación de indemnizar por parte del asegurador se hará exigible sólo cuando el acto administrativo constitutivo que reconozca la existencia del siniestro, el cual concreta una obligación clara y expresa, esté en firme y se le haya dado a conocer [...] Ese acto administrativo es la manifestación jurídica de reconocimiento del acaecimiento del riesgo asegurado (hecho). Por lo tanto, cuando el Estado reconoce, en acto administrativo, la existencia del siniestro de carácter contractual en contra del asegurador puede concluirse que el crédito a favor de la administración sí tiene fuente en el contrato estatal, pues, de una parte, el siniestro que debe indemnizar el asegurador es el reconocido por la administración y, de otra, la causa del acaecimiento del riesgo asegurado no es nada menos que el incumplimiento del contratista estatal. Además en apoyo de lo anterior puede recurrirse al Código de Comercio el cual califica como víctima al beneficiario del contrato de seguro. Por lo tanto, si la responsabilidad del asegurador proviene de que acaeció el riesgo ‘asegurado por el tomador’, es decir, el incumplimiento contractual del contratista de la administración, se colige también que el reconocimiento del siniestro en acto administrativo que manifiesta una obligación clara y expresa contra el asegurador, cuando esté en firme (exigibilidad), conformará con otros documentos una acreencia derivada de un contrato estatal; esos documentos son: el contrato estatal y la garantía. Entonces, resulta claro en estos eventos que el contrato estatal junto con la póliza única de seguro de cumplimiento y las resoluciones mediante las cuales se declaró el siniestro y se impuso la multa al contratista conforman el título ejecutivo complejo, pues contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible”.
- 965 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 21 de noviembre de 2002, exp. 1571-01: “La jurisdicción coactiva, que es una prerrogativa excepcional otorgada por la ley a las autoridades administrativas, abarca el procedimiento excepcional de la acción cambiaria, porque el artículo

- 68.6 CCA, no obstante su ambigüedad, debe entenderse referido en forma genérica a los demás documentos que provengan del deudor y contengan obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles; de manera que la norma no excluyó de esa definición los títulos valores que contengan obligaciones crediticias originadas en actos administrativos. Según el artículo 784.12 C. Co., contra la acción cambiaria pueden oponerse, entre otras, las excepciones derivadas del negocio subyacente cuando las partes en esa acción son las mismas que actuaron en el negocio. Interpretando en sentido amplio el concepto de negocio subyacente, es válido afirmar que cuando el título valor se origina en virtud de un acto administrativo es posible alegar excepciones que hacen referencia a éste, por ser, precisamente, el acto jurídico que sirvió de causa a su emisión. De manera que, conforme a lo expuesto, el decaimiento del acto administrativo que dio origen al cheque girado por la ejecutada que aquí se ejecuta es una excepción que puede ser considerada dado que, si bien no es la Contraloría General de la República la beneficiaria del cheque, no puede afirmarse que las partes en la acción cambiaria ejercida por jurisdicción coactiva son diferentes, porque el cheque no ha sido transferido y mantiene sus condiciones originales de título creado para cancelar cuotas de control fiscal, cuyo recaudo corresponde a la Dirección del Tesoro Nacional. La Resolución 05121 del 1.º de agosto de 2000 de la Contraloría General de la República –que fijó las tarifas de control fiscal para la vigencia 2000– se profirió en desarrollo del decreto declarado inexecutable, perdió su fuerza ejecutoria por desaparición de su fundamento de derecho, siendo necesario, para la determinación y cobro de esa tarifa, la expedición de un nuevo acto administrativo que se ajuste a los términos del régimen anterior al decreto inconstitucional. Por lo anteriormente expuesto, la Sala considera que en este caso prospera la excepción de inexistencia de la obligación como derivada de la operación que dio origen a la creación del cheque, pues éste tuvo por objeto el pago de ‘Cuotas de Auditoría Contraloría General de la República periodo fiscal 2000’, según se indica en el recibo de su consignación, las cuales fueron fijadas por la Resolución 05121 de 2000 de esa entidad que perdió su fuerza ejecutoria, según se indicó”.
- 966 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 9 de febrero de 2017, exp. 52149. El alcance que esa disposición tiene en el ordenamiento jurídico nacional fue ampliamente expuesto por el Consejo de Estado en esta providencia que acoge plenamente las posturas de la Corte Constitucional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del ordenamiento jurídico convencional sobre esta materia. En el presente literal analizaremos la providencia en cuestión.
- 967 “A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, *a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social*. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del CCA, 69, 70, 72 y 76 de la Ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades” (cursiva fuera de texto): Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997.
- 968 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 9 de febrero de 2017, exp. 52149.
- 969 “[...] 42 [...] Cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política”. Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. “Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, JAMES ANAYA. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009. En similares términos el artículo 19 de la DNUDPI pregonaba: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. A su turno la DADPI señala en el artículo 23.2: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”, y el artículo 29.4 de la misma Declaración establece: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios u otros recursos, particularmente con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”. De otra parte, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos provee: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.
- 970 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 9 de febrero de 2017, exp. 52149.
- 971 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 164-165; reiterado en el Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras. Sentencia del 8 de octubre de 2015, párr. 158 y en el Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras. Sentencia del 8 de octubre de 2015, párr. 222.
- 972 Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008.
- 973 “[...] la mayor parte de los pueblos indígenas y tribales tienen un concepto del territorio que resulta ajeno a la cultura occidental”: Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011; “[...] es claro que los intereses de las comunidades indígenas y tribales pueden variar enormemente respecto a las del grueso de la sociedad [...]”: Corte Constitucional. Sentencia T-107 de 2016.
- 974 Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011, reiterada en la Sentencia T-766 de 2015 de la Corte Constitucional, señala tres escenarios de procedencia: i. Cuando la medida regula una cuestión que por expresa disposición constitucional debe contar con la participación de comunidades étnicas; ii. Cuando el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de esas comunidades, y iii. Cuando pese a ser una medida de carácter general, al regular sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales “... puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine”.
- 975 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-914 de 2013; en este fallo la Corte reflexionó sobre los métodos de interpretación para identificar la afectación directa, y refirió al método textual, sistemático, histórico y teleológico, rematando el análisis con la advertencia de que esos métodos operan de manera correlativa.
- 976 Corte Constitucional. Sentencia T-661 de 2015. “[...] 51. De las sentencias citadas se desprenden diversos estándares para la determinación de la afectación directa: (i) de los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados en el acápite precedente, se infiere que la *afectación directa* hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas; a su turno, las sentencias de constitucionalidad reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) el Relator de las Naciones Unidas

sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia *diferencial* de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población”.

977 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 9 de febrero de 2017, exp. 52149.

978 Ídem.

979 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 151; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 210; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 201-202; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, párr. 219; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y Sus Miembros vs. Honduras. Sentencia del 8 de octubre de 2015, párr. 274. En el caso colombiano cfr., entre otras, la Sentencia T-693 de 2011 de la Corte Constitucional.

980 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 134.

981 En estos fallos la Corte sostuvo: “[...] 157. Es por lo anterior que, en el caso Saramaka vs. Surinam, el Tribunal estableció que, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones” (párrafos 157 y 156, respectivamente).

982 Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009, reiterado, entre otras, en la Sentencia T-256 de 2015.

983 Corte Constitucional. Sentencia T-129 de 2015, reiterado en las Sentencias T-376 de 2012, T-661 y T-766 de 2015.

984 Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. “Las industrias extractivas y los pueblos indígenas”, A(HRC/24/41), distribución general 1.º de julio de 2013, párr. 28.

985 Organización de las Naciones Unidas. Comité para la eliminación de la discriminación racial. Observaciones finales: Ecuador. CERD/C/62/CO/2. Distribución General: 2 de junio de 2003; p. 3: “[...] 16. En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación General n.º XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. *El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa* y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación”.

986 Organización de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Colombia E/C.12/COL/CO/5. Distribución General, 7 de junio de 2010.

987 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 9 de febrero de 2017, exp. 52149.

988 Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2017.

989 Ley 1437 de 2011. “Artículo 8. *Deber de información al público*. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos: [...] 8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general”.

990 *Ibid.*, “Artículo 92. *Excepción de pérdida de ejecutoriedad*. Cuando el interesado se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando que ha perdido fuerza ejecutoria, quien lo produjo podrá suspenderla y deberá resolver dentro de un término de quince (15) días. El acto que decida la excepción no será susceptible de recurso alguno, pero podrá ser impugnado por vía jurisdiccional”.

* Capítulo revisado por la profesora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.

991 MIGUEL ACOSTA ROMERO. “La unilateralidad del acto administrativo en el derecho mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXIX, n.º 112, enero-abril de 1979, UNAM; SABINO ÁLVAREZ-GENDÍN. *Tratado general de derecho administrativo*, cit.; RENATO ALESSI. *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970; ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ. *El acto ejecutivo*, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.; ALLAN R. BREWER-CARIAS. “Ley orgánica del procedimiento administrativo y el contencioso administrativo en el procedimiento administrativo”, en *Archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración*, vol. IV, 1980-1981, Caracas, Universidad Central de Venezuela; CARLOS GARCÍA OVIEDO y ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS. *Derecho administrativo*, Edit. Iberoamericanas, 1954; t. II, Madrid, EISA, 1968; JUAN CARLOS CASSAGNE. *Derecho administrativo*, cit.; JOSÉ CRETTELLA JR. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2009; MANUEL MARÍA DÍEZ. “Actos administrativos”, *Enciclopedia Jurídica Omega*, t. I, Bibliográfica Argentina; ÍD. “Noción conceptual de acto administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, n.ºs 3 y 4, julio-diciembre de 1975, Montevideo; ÍD. “El acto administrativo en la Ley 19.549”, en *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus-Ultra, 1975; ÍD. *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina; ERNST FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, cit.; MASSIMO SEVERO GIANNINI. *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939; AGUSTÍN GORDILLO. *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963; ENRIQUE SAYAGUÉZ LASO. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1974; ÁLVARO TAFUR GALVIS. “El concepto de acto administrativo en el nuevo código”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 65, abril-junio de 1984, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana; ÍD. “Evolución del concepto de acto administrativo”, *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, n.º 512, octubre-diciembre de 1980; MASSIMO A. TUCCI. *L'atto amministrativo implicito*, Milano, Giuffrè, 1990.

992 MASSIMO SEVERO GIANNINI. “Acto administrativo”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 159 y ss.; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN-FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, cit., supra, nota 1, p. 517.

993 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, cit., pp. 22 a 25. Para los teóricos de la revolución el principio de

legalidad significó el principal instrumento para romper las cadenas de la arbitrariedad y el absolutismo. Al diseñarse un gobierno por y en virtud de las leyes, dentro de un orden institucional, el hombre no dependería más del mismo hombre, sino de un marco normativo impersonal propugnador de la igualdad.

- 994 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pp. 223 y 224.
- 995 *Ibid.*, pp. 224 y 225. ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ (*El acto*, cit., p. 41) sostiene que formalmente el acto administrativo es una creación del régimen administrativo nacido de las revoluciones burguesas. Inicialmente constituyó el principal instrumento para delimitar el ámbito de lo administrativo y lo judicial, tal como se desprende de las leyes del 24 de agosto de 1790 y 16 fructidor del año II. No obstante, este modo formalista y negativo de concebir el acto administrativo fue decayendo en favor de un concepto sustantivo del mismo proceso que se desarrolló a la par de la evolución del control contencioso administrativo. FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*, cit., vol. I, p. 406: “La teoría del acto administrativo nace ligada a la jurisdicción administrativa...”; cfr., así mismo, LORENZO MARTÍN RETORTILLO BAQUER. “Actos administrativos generales y reglamentos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 40, enero-abril de 1963, pp. 235 y ss.: “La técnica del acto era, pues, la solución histórica más adecuada para controlar jurídicamente a la administración, en unas circunstancias que en conjunto y en línea general eran adversas a ello...”.
- 996 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *La nulidad de pleno derecho*, cit., pp. 226 a 229.
- 997 Las traducciones del francés son nuestras.
- 998 OTTO MAYER. *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 74 a 76, sostiene en la nota n.º 10 de la página 75 de su obra que es en ese repertorio clásico de MERLÍN, donde prácticamente se le dio entidad sustancial al concepto de acto administrativo, dejando entrever su origen en la evolución del derecho revolucionario francés; cfr. GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1954, p. 463, que reacciona en contra de quienes reclaman la paternidad del concepto de acto administrativo para el derecho francés, y sostiene que ya en la dogmática alemana se habían diseñado las bases para determinar su contenido. MANUEL MARÍA DIEZ. *El acto administrativo*, cit., p. 327; cfr., igualmente, HÉCTOR JORGE ESCOLA. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, cit., p. 39: “... cuya génesis no ha sido posible determinar dónde tuvo lugar, al punto de que mientras OTTO MAYER atribuye su formulación más científica a Francia [...] JELLINEK reivindica esta paternidad para la doctrina jurídica alemana...”. CARLOS GARCÍA OVIEDO y ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS. *Derecho administrativo*, cit., p. 6: “... de aquí que el acto administrativo como realidad de la administración controlable jurídicamente, no puede haber obtenido existencia –como indica OTTO MAYER– antes de la Revolución Francesa. Cabe afirmar, pues, que el acto jurídico administrativo es el producto del Estado de derecho, en general, y de la aplicación de la doctrina de la división de poderes en particular...”.
- 999 ALFREDO GALLEGO ANABITARTE et ál. *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 38 a 45.
- 1000 OTTO MAYER. *Derecho administrativo alemán*, cit., p. 126.
- 1001 Recurriendo a las elaboraciones del derecho alemán, básicamente a los trabajos de OTTO MAYER, ALFREDO GALLEGO ANABITARTE (*Derecho administrativo I*, cit.) recoge el concepto de negocio jurídico para los actos administrativos, en la medida en que estos son verdaderas declaraciones de voluntad dirigidos a crear relaciones jurídicas. Se trata de un auténtico negocio jurídico público unilateral; cfr. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *La nulidad de pleno derecho*, cit., pp. 236 a 238. Los alemanes importaron el concepto francés de acto administrativo y lo reelaboraron a partir de técnicas civilistas en una especie de calco unilateral de la teoría del negocio jurídico. Atribuye el autor esos trabajos a EDGAR LOENING y OTTO MAYER. En Francia el concepto dogmático es tomado por MAURICE HAURIUO, quien a partir de esas consideraciones de fondo o materiales propone su famosa definición de acto administrativo como una “... declaración de voluntad en procura de producir efectos jurídicos emitida por una autoridad administrativa en forma ejecutoria...” (la traducción del francés es nuestra). En igual sentido, la reelaboración dogmática alemana fue de recibo en el derecho italiano a través de las obras de autores como BORIS, VITTA, CAMMEO, PACINOTTI, etc.
- 1002 JOHN LOCKE. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991.
- 1003 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 41 y ss
- 1004 Declaración Francesa de 1789. “Artículo 2.º [...] El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión...”.
- 1005 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, cit., pp. 75 y ss.; en igual sentido, y sobre todo por la proyección y el análisis sistemático del individualismo en las grandes revoluciones en especial la Norteamérica, cfr. ALLAN R. BREWER-CARÍAS. *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776)...*, cit.
- 1006 JOSÉ GUILHERME MERQUIOR. *Liberalismo viejo y nuevo*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 30 y ss.
- 1007 MICHAEL E. TIGAR y MADELEINE R. LEVY. *O direito e a ascensão do capitalismo*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1977, pp. 185 y ss.
- 1008 JHON STUART MILL. *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pp. 126 y ss.
- 1009 ADOLF MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, Granada, Comares, 2004, p. 272; cfr., igualmente, MARGARITA BELADIEZ ROJO. *Validez y eficacia de los actos administrativos*, cit., pp. 118 y ss.
- 1010 ALEJANDRO NIETO. “El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas”, RAP, n.º 32, Madrid, mayo-agosto 1960, p. 76. Austria fue el primer país europeo que estableció un régimen sistemático de procedimientos administrativos a través de la Ley del 21 de julio de 1925 sobre procedimientos administrativos generales fruto de las influencias jurídico positivistas kelsenianas. La influencia austriaca se dejó ver en las posteriores legislaciones sobre la materia en Polonia en 1926, y en Checoslovaquia y Yugoslavia en 1928; cfr. ELOÍSA CARBONELL PORRAS y JOSÉ LUIS MUGA MUÑOZ. “Los procedimientos administrativos en Estados Unidos”, cit., pp. 53 y ss. La influencia de la legislación austriaca en materia de procedimientos administrativos es evidente en el ordenamiento administrativo norteamericano: en 1946 el Congreso expidió la *Federal Administrative Procedure Act* –APA–, aplicable a las agencias administrativas federales. Por su parte, las agencias estatales poseen sus propias leyes de procedimientos administrativos emanadas de un modelo general (*Model State Administrative Procedure Act*) aprobado por la American Bar Association y la National Conference of Commissioners of Uniform State Laws. La idea del procedimiento aplicable a la actividad administrativa, como garantía de seguridad, defensa y contradicción, en un ámbito de respeto a la legalidad, y como sinónimo de participación y debate entre interesados y administración en procura de decisiones sustanciales y respetuosas de los derechos fundamentales, es reciente en el orden jurídico: prácticamente se relaciona con las últimas evoluciones del Estado de derecho. Con anterioridad, incluso ya en marcha el Estado constitucional, resultaba extraño y exótico referirse al procedimiento en cuanto pugnaba con las concepciones absolutistas que enmarcaban el ejercicio de la función administrativa. Durante los primeros años del Estado institucionalizado, el ejercicio de la función administrativa se incorporaba en una especie de oscurantismo que negaba a las personas que pudieren resultar afectadas con sus decisiones de carácter individual cualquier posibilidad de discusión previa con la

administración. La administración se había hecho depositaria de todos los poderes, potestades y derechos, quedando el particular simplemente en situación de deber, sujeción y subordinación, sin tener realmente derechos ni disponer de mecanismos para exigir su garantía. La administración se colocaba en posición de superioridad y exorbitancia respecto de los asociados. Sus pronunciamientos se caracterizaban por la unilateralidad en su formación, correspondiendo prácticamente al ejercicio de sus propias razones, ante la ausencia de controversia, réplica o argumentación de los sujetos pasivos de sus decisiones.

- 1011 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...* cit., pp. 47 y ss, y 181 y ss.: "... El gran instrumento técnico de la renovación general del sistema jurídico fue un concepto aparentemente no significativo, que podría pensarse que fuese una simple *technicality* instrumental propia del oficio de los juristas y, por ello, supuestamente sin trascendencia general, el concepto de derecho subjetivo. Pero este concepto, contra las apariencias, lleva en su vientre una revolución completa del derecho, un nuevo modo de concebir, explicar y operar el sistema jurídico, en su conjunto y en todas y cada una de sus partes-y correlativamente, como se desprende, en la sociedad y en el Estado..."
- 1012 JOSÉPH LAJUGIE. *Los sistemas económicos*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 59 y 60: "... Preparada en Francia por los trabajos de los filósofos y de los fisiócratas, y en el extranjero por las doctrinas de MANDEVILLE y de DAVID HUME, este movimiento culminará durante la revolución Francesa, que introducirá un fermento de liberalismo y de individualismo aun en los países en donde no llegará a extender sus concepciones políticas. Los artículos principales del dogma revolucionario serán la libertad individual, la libertad de las convenciones, los derechos del hombre y del ciudadano. El régimen económico instaurado por la revolución francesa está inspirado por estos principios liberales e individualistas. Proclamando una libertad absoluta en materia económica, cree asegurar, a la vez, la salvaguardia de todos los intereses particulares y el triunfo del interés general que sería la ruina de aquellos..."
- 1013 PAUL A. SAMUELSON y WILLIAM D. NORDHAUS. *Economía*, cit., 2002, p. 22
- 1014 JHON MAYNARD KEYNES. *El final del laissez-faire* (1926), en *Ensayos sobre Intervención y Liberalismo*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987, pp. 63 a 89: "... La máxima *laissez-nous faire* se atribuye tradicionalmente al comerciante LEGENDRE, dirigiéndose a COLBERT poco antes de finalizar el siglo XVII. Pero no hay duda de que el primer escritor que usó la frase, y lo hizo en clara asociación con la doctrina, fue el Marqués DE ARGENSON, hacia 1751. El Marqués fue el primer hombre que se apasionó por las ventajas económicas de los gobiernos que dejan en libertad el comercio. Para gobernar mejor, dijo, se debe gobernar menos. La verdadera causa de la decadencia de nuestras manufacturas, declaró, es la protección que les hemos dado: '... Dejád hacer, tal debiera ser la divisa de todo poder público, desde que el mundo esta civilizado...'".
- 1015 JHON MAYNARD KEYNES. *El final del laissez-faire*, cit., pp. 63.
- 1016 ADAM SMITH. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económico, 1997. Los sustentos de esas posiciones económicas con incidencia en el accionar de la administración pública tienen sus orígenes en los trabajos de este autor, quien propugnó por el individualismo, el interés personal, como motor de la economía, en consecuencia la libertad de comercio y de los negocios. En su concepción la economía se funda en la sistemática de la libertad natural, es decir, se regula por su propia virtud y fuerza. Como lo expresa el profesor GABRIEL FRANCO ("Estudio Preliminar" a la edición citada) al analizar este aspecto de la filosofía económica de ADAM SMITH, "... Es suficiente que dejemos al hombre abandonado a su iniciativa, para que al perseguir su propio interés promueva el de los demás. La naturaleza encomienda a cada uno de nosotros el cuidado de sus negocios en la inteligencia de que nadie es más capaz que el propio interesado para juzgar lo que le conviene en cada caso concreto...". Bajo esta perspectiva no le corresponde a los poderes públicos interferir ni regular esta libertad. El buen gobierno es el que menos interviene en la economía, por lo tanto, el que deja fluir naturalmente la iniciativa privada. En lo político administrativo esta premisa es traducida como el "dejar hacer y dejar pasar" (*laissez-faire, laissez passer*), conservando el Estado, en algunos casos, entre otros, tan solo servicios fundamentales, defensa, policía, impuestos, en lo que se ha dado en denominar por la doctrina el Estado simplemente gendarme. Este modelo hizo crisis y obligó a la reacción del Estado generándose en consecuencia el modelo de Estado Social o benefactor. Cfr. JEAN RIVERO. *Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 26. El surgimiento del derecho administrativo se dio dentro de un régimen de economía liberal, en donde no se le reconocía al Estado mayor papel regulador o interventor en las problemáticas generadas en esas materias. La decadencia de este sistema aceleró los procesos políticos y de publicación del derecho con el aumento de las responsabilidades de los órganos administrativos frente a la comunidad. Respecto de la evolución del modelo individualista y su replanteamiento en torno a modelos intervencionistas cfr. EMILE JAMES. *Historia del pensamiento económico en el Siglo XX*, México, Fondo de Cultura Económico, 2002, pp. 113 a 163.
- 1017 ADAM SMITH. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, pp. 612 y 613: "... Según el sistema de la libertad natural, el soberano únicamente tiene tres deberes que cumplir, los tres muy importantes, pero claros e inteligibles al intelecto humano: el primero defender a la sociedad contra la violencia e invasión de otras sociedades independientes; el segundo, proteger en lo posible a cada uno de los miembros de la sociedad de la violencia y de la opresión de que pudiera ser víctima por parte de otros individuos de esa misma sociedad, estableciendo una recta administración de justicia; y el tercero, la de erigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos cuya erección y sostenimiento no pueden interesar a un individuo o a un pequeño número de ellos, porque las utilidades no compensan los gastos que pudiera haber hecho una persona o un grupo de éstas, aun cuando sean frecuentemente muy remunerados para el gran cuerpo social..."
- 1018 *Ibid.*, pp. 612: "... En definitiva, cualquier sistema que pretenda atraer con estímulos extraordinarios hacia cierta especie particular de actividad económica una porción más importante de capital de una sociedad de la parte de la que, de una manera natural, gravita hacia ella, o con extraordinarias restricciones, desplazar violentamente a cierto género de actividad económica particular una porción del capital que, de no proceder así, se emplearía en la misma, es en la realidad subversivo o ruinoso para su principal propósito..."
- 1019 *Ibid.*, p. 400: "... Todo individuo trata de emplear su capital de tal forma que su producto tenga el mayor valor posible. Generalmente, ni pretende promover el interés público, ni sabe cuánto lo está promoviendo. Lo único que busca es su propia seguridad, solo su propio provecho. Y al hacerlo, una mano invisible le lleva a promover su propio interés, a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo..."
- 1020 *Ibid.*, p. 612: "... Proscritos enteramente todos los sistemas de preferencias o de restricciones, no queda sino el sencillo y obvio de la libertad natural, que se establece espontáneamente y por sus propios méritos. Todo hombre, con tal que no viole las leyes de la justicia, debe quedar en perfecta libertad para perseguir su propio interés como le plazca, dirigiendo su actividad e invirtiendo sus capitales en concurrencia con cualquier otro individuo o categoría de personas..."
- 1021 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., pp. 223 y ss. Sin embargo, en su evolución, el concepto, por lo menos en el derecho francés, al cual se le atribuye el origen del mismo, no surgió como un desarrollo estricto del principio de legalidad individualista, de la cual es impregnada por los trabajos en esa dirección de los autores alemanes. La calificación de actos administrativos aparece como un criterio empírico formalista o especie de denominación global que sirvió a las autoridades para definir la competencia de los órganos de lo contencioso administrativo. En su formación se observa, por lo tanto, una interesante necesidad de tipo procesal y no, como en estricta lógica debió ocurrir, en coherencia con el pensamiento revolucionario de la época, una primaria sujeción de la administración a la ley, limitativa del poder absoluto. Esta calificación, paradójicamente, fue utilizada para identificar todas aquellas decisiones de la administración que fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria y atribuidas inicialmente –en Francia– a órganos de la misma administración, y con posterioridad a la justicia especializada de lo contencioso administrativo. En consecuencia, aparece como un criterio de delimitación

negativa de competencias de los tribunales ordinarios, en lo referente al conocimiento de los litigios de la administración, en virtud de la profunda desconfianza de los revolucionarios frente a esa justicia. Con estos razonamientos, la figura se acercaba más al principio de la separación de poderes que al de la legalidad. La naturaleza del acto administrativo en sentido sustancial, como desarrollo directo y principal del principio de legalidad, se consolidó en Francia muchos años después del acceso de los revolucionarios al poder.

- 1022 ANDREAS VON TUHR. *Derecho civil*, cit., pp. 73 y ss.: "... Numerosas disposiciones –de acuerdo con la idea individualista en que, junto con rasgos sociales acentuados, funda el orden económico actual– ordenan la convivencia humana para atribuir al individuo una esfera de señorío sujeto a su voluntad. El interés del Estado se satisface enteramente por el hecho de que el individuo esté en condiciones de obrar sin trabas para alcanzar sus fines egoístas o, al menos, autónomos. Por consiguiente, el orden jurídico cuida de que, en principio, en esta esfera de señorío puedan verificarse modificaciones únicamente por voluntad del sujeto; solo de manera excepcional se permite la intromisión arbitraria de terceros [...] Cuando los intereses del individuo están protegidos de este modo, es decir, de acuerdo con su voluntad, tenemos un derecho individual...".
- 1023 Para la teoría del acto administrativo el problema surge de manera tangencial a partir del tratamiento de los criterios en cuestión en relación con el concepto de ley, que bajo el entendido de la existencia de leyes formales y materiales acepta que en ciertas hipótesis las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la ley pero ausentes de los procedimientos y de la base democrática de esta. Por regla general, en cualquier Estado de derecho la producción legislativa le es atribuida por la Constitución al órgano representativo por excelencia, como lo es el parlamento o el congreso, según el caso, el cual a través de las ritualidades procesales correspondientes dicta actos legislativos generales, los cuales son considerados por la forma como leyes en estricto sentido. Sin embargo, se acepta pacíficamente que los órganos ejecutivos, para el debido cumplimiento de la ley e incluso de la misma constitución, profieran actos similares a la ley en cuanto a su generalidad e impersonalidad; es decir que materialmente se podrían considerar leyes, pero que en razón del criterio orgánico y la ausencia de representación de quienes los profieren se les considera como mecanismos excepcionales al concepto de ley y de naturaleza administrativa; por lo tanto, actos administrativos de carácter general, a los que la doctrina iuspublicista denomina reglamentos, en cuanto, a diferencia del acto administrativo tradicional, no producen situaciones jurídicas particulares o concretas sino que contienen normas de aplicación abstracta. Bajo esos presupuestos, la doctrina administrativista moderna sostiene que los actos de la administración pueden ser normativos y no normativos, entendiendo por los primeros el reglamento y por los segundos el acto administrativo tradicional, típica expresión o manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos individuales que no reviste las características del reglamento. En el derecho administrativo colombiano tanto el reglamento como el acto individual son modalidades del concepto más amplio de acto administrativo; así lo ha entendido tanto la jurisprudencia como la doctrina. Por otra parte, al reglamento, en cuanto instrumento para el desarrollo de la constitución o la misma ley, se le considera también una importante fuente o fundamento sustentador del sistema administrativo.
- 1024 ALFREDO GALLEGU ANABITARTE et ál. *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 41 y ss. La doctrina alemana vincula a la determinación del contenido del acto administrativo el concepto de negocio jurídico; de ahí que se sostenga que es a partir de esas elaboraciones que debe iniciarse cualquier aproximación a esta materia. El acto administrativo, con independencia de las razones procesales de su surgimiento en el derecho francés, tiene sus raíces en las elaboraciones de los teóricos iusprivatistas francogermanos, quienes se basaron principalmente en las exposiciones doctrinarias y filosóficas desarrolladas durante el siglo XVII por KANT (en FICHTE. *Grundlage des Naturrechts...*). La teoría del acto administrativo se forma a partir del desarrollo doctrinal especializado y autónomo del concepto genérico de negocio jurídico, que le traslada al concepto elementos sustanciales como los de declaración de voluntad, no en el sentido predicado por el derecho privado, es decir, fruto de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, del ejercicio del poder por la autoridad administrativa, respetando en todo caso el orden normativo, teniendo siempre presente que a la función administrativa la orienta ante todo la prosecución del bien común, el interés público y las debidas garantías al administrado.
- 1025 *Derechos subjetivos individualistas* son los derechos reconocidos en la norma a un sujeto determinado y por lo tanto objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva civilista podemos destacar la conceptualización del tema a partir de los siguientes autores. LUDWIG ENNECCERUS y HANS CARL NIPPERDEY. *Derecho civil*, vol. I, Bosh, 1953, pp. 280 y ss.: "... El derecho subjetivo es un poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico, según su fin es un medio para la satisfacción de intereses humanos...". Para FRANCESCO MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. II, Buenos Aires, Ejea, 1954, pp. 8 y 9, el derecho subjetivo debe entenderse como "... un poder jurídico (o dominio) de la voluntad, concedido por el ordenamiento jurídico al sujeto. Poder implica posibilidad de dirigir la propia voluntad de ciertas maneras determinadas; implica por lo tanto, relevancia de la voluntad del sujeto. El poder se puede manifestar: a) o como un señorío (sobre un objeto del mundo exterior), o bien, b) como una pretensión a que otro (sujeto pasivo de una relación jurídica) se comporte de modo determinado [...] El concepto jurídico de derechos subjetivos, bajo los parámetros del pensamiento individualista, debemos admitirlo, no ha tenido un desarrollo pacífico. Esta construcción jurídica ha estado signada por los desarrollos de diversas concepciones en torno de su naturaleza". El profesor SIMÓN CARREJO. *Derecho civil*, cit., pp. 151 y ss., señala entre las principales posiciones y críticas doctrinales a los derechos subjetivos la *Teoría de la voluntad*, expuesta en los trabajos de los profesores SAVIGNY y WINDSCHEID, quienes concluyen que el derecho subjetivo es "... el poder correspondiente a una persona en virtud del ordenamiento jurídico para obrar en la esfera en la cual reina la voluntad de la misma..." (SAVIGNY. *Pandectas* I, 37). Para WINDSCHEID (citado por BERNARDINO CICALA. *Il rapporto Giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 69) es "... el poder o señorío de la voluntad concedido por el ordenamiento jurídico..."; además, señala que la voluntad en el sujeto debía ser decisiva para el nacimiento de los derechos subjetivos o para su modificación o extinción. En estos autores el elemento de la voluntariedad de los sujetos es determinante para la existencia de los derechos subjetivos. El profesor CARREJO destaca que a esta línea de pensamiento se la ha criticado, en el sentido de replicar, por ejemplo a SAVIGNY, que no es exacto que la voluntad sea una determinante de los derechos subjetivos en cuanto que "... hay seres carentes de voluntad o deficientes psicológicamente, que a pesar de ello son destinatarios de derechos subjetivos, los cuales actúan sin relación necesaria con lo volitivo..." (p. 152). Por otra parte, ante WINDSCHEID, CARREJO alega que la tesis puede ser relativa, en cuanto es una verdad innegable que "... en ocasiones el titular no desea ejercer su derecho, sin que este desaparezca por ello, y que hay derechos de esta índole cuya renuncia carece de efectos...". También se critican las *Teorías no voluntaristas*, entre las cuales destaca la de los derechos subjetivos expuesta por el profesor VON IHERING (*El Espíritu del Derecho Romano en las diversas partes de su desarrollo*, t. IV, Comares, 2011) quien a partir de la noción de interés define el derecho subjetivo como "... intereses jurídicamente protegidos...", en cuanto que el "... derecho es la seguridad jurídica del goce...". Se le criticó en la medida en que para apartarse de las teorías voluntaristas utilizó el concepto de interés que tiene un vínculo directo con el de voluntad, en cuanto que toda "... tendencia volitiva de la persona se dirige a aquello en lo que tiene interés...". Están además las *Teorías eclécticas*, es decir, planteamientos doctrinales que retoman los conceptos de voluntad e interés para definir el concepto de derechos subjetivos. Entre los exponentes más característicos de esta postura jurídica está el profesor JELLINEK. Por último se señalan las *Teorías positivistas*, como se desprende de los trabajos de la teoría pura del derecho formulada por HANS KELSEN, quien propugna por un concepto de derechos subjetivos, entendido como la atribución de un derecho que conlleva asignación de un poder o competencia vinculado a la idea de deber jurídico, esto es, admitiendo que "... la conducta de un individuo prescrita en un orden social es aquella a la que este individuo está obligado. En otras palabras: un individuo tiene el deber de comportarse de determinada manera cuando esta conducta es prescrita por el orden social...". El derecho subjetivo envuelve un interés jurídicamente protegido, se trata de un permiso positivo de la autoridad; cfr. HANS KELSEN. *Teoría pura del derecho*, São Paulo, Martin Fontes, 2000, pp. 140 y ss.

1026 JEAN JACQUES ROUSSEAU. *El Contrato Social*, Tecnos, 1998.

1027 LUCIANO PAREJO ALFONSO et ál. *Manual de derecho administrativo*, vol. I, Barcelona, Ariel, 1998, p. 705.

1028 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, vol. I, cit., p. 533; cfr. la exposición detallada de la diferencia entre norma

y acto que se efectúa en ALFREDO GALLEGO ANABITARTE et ál. *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 29 a 38. Mientras la norma es abstracta y general, el acto es su concreción y singularidad. La norma se integra con el ordenamiento y hace parte de él, mientras que el acto es cumplimiento constitutivo.

- 1029 Sobre este aspecto cfr. el capítulo cuarto del tomo I, 3.^a ed., de la presente obra.
- 1030 LEÓN DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Beltrán, 1926, p. 100. Se opone el autor a esta categorización porque entiende que materialmente son actos de carácter legislativo en cuanto generales y abstractos.
- 1031 MANUEL MARÍA DíEZ. *El acto administrativo*, cit., p. 327 agrega: "... en el sentido formal se caracteriza el acto administrativo teniendo en cuenta la naturaleza del órgano del que emana y, por lo tanto, serán actos administrativos los que emanen de un órgano administrativo en el cumplimiento de sus funciones". AGUSTÍN GORDILLO (*El acto administrativo*, cit., p. 51) fundamenta el criterio formal en el hecho de que los recursos contenciosos administrativos se dan en principio –y en las legislaciones actuales– sólo contra decisiones de órganos administrativos"; esto se debe al hecho de "que la doctrina adopte casi unánime el concepto de que acto administrativo es el emanado de un órgano administrativo [...] Acto administrativo es el que dictan órganos administrativos y no otros órganos". Sobre el criterio formal consultar ampliamente el tomo I de la 3.^a edición de esta obra, pp. 33 a 43.
- 1032 La función administrativa no es exclusiva del poder ejecutivo, aunque por regla general le corresponde; sin embargo, en la práctica, encontramos que por excepción los poderes legislativo y judicial desarrollan funciones administrativas. Incluso, conforme al artículo 113 constitucional, la esencia funcional de los llamados órganos autónomos e independientes es la administrativa. Y por vía del artículo 210 de la Carta, en concordancia con el artículo 1.º del Código Contencioso Administrativo, los particulares también pueden ser depositarios de funciones administrativas. En ese sentido cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de octubre de 1971. AGUSTÍN GORDILLO (*El acto administrativo*, cit., p. 327) agrega, refiriéndose al criterio material, que cuando estemos frente al mismo habrá que referirse al contenido, "... y por ello sería acto administrativo, en sentido material, toda manifestación de voluntad de un órgano de Estado, sea 'este administrativo, legislativo o judicial, con tal que la sustancia, el contenido del mismo sea de carácter administrativo'...". AGUSTÍN GORDILLO (*El acto administrativo*, cit., pp. 52 y 56) desarrolla en su obra dos criterios que en nuestro concepto no son más que aspectos del criterio material que hemos venido exponiendo: el sustancial u objetivo y el funcional; por el primero se entiende que "acto administrativo es todo acto que tenga sustancia administrativa"; de acuerdo con el segundo, "acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano le ejerce [...] La noción de acto administrativo se refiere a una especie de actos realizados en ejercicio de la función administrativa". En cuanto al criterio material cfr. ampliamente el capítulo primero del t. I, 3.^a ed., de esta obra.
- 1033 Acerca del alcance de todas aquellas concepciones diversas a las formales y materiales, cfr. el capítulo primero del t. I, 3.^a ed., de la presente obra.
- 1034 LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo: general y colombiano*, cit., pp. 177 y ss.; AGUSTÍN GORDILLO. *El acto administrativo*, cit., p. 50.
- 1035 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de octubre de 1971, ACE, t. LXXXI, n.ºs 431 y 432, 1971, p. 443.
- 1036 Al respecto, cfr. el criterio de la relación necesaria entre órganos funciones o fines expuesto en el capítulo primero del t. I, 3.^a ed., de la presente obra.
- 1037 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, vol. I, cit., p. 533.
- 1038 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de julio de 1993, exp. AC-853: "... en los oficios que se acaban de transcribir está contenida una declaración de voluntad de una entidad pública (Consejo Nacional de Televisión) cuyos efectos son los de impedirle al demandante la transmisión del programa recreativo dramatizado extranjero telenovela 'Cara sucia', por los motivos allí señalados. Estas declaraciones de voluntad reúnen los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia demandan para que exista acto administrativo: 1. Declaración de voluntad; 2. De origen administrativo, y 3. Que proyecte sus efectos en el ámbito jurídico [...] Esta corporación, por su parte, ha sostenido que el acto administrativo es esencialmente una declaración de voluntad destinada a producir efectos de derecho. Tiene entre otras consecuencias la de estar sometido al control jurisdiccional (Sent. del 20 de abril de 1983.) [...] En esas condiciones, se desvirtúa la argumentación del accionante, según la cual no existe 'acto administrativo de ninguna naturaleza, ni siquiera oral por parte de Inravisión o del Ministerio de Comunicaciones, o notificación de ninguna especie en su condición de programador de televisión' [...] Existiendo pues acto administrativo, el accionante puede impugnarlo mediante la vía gubernativa inicialmente, y posteriormente mediante la acción judicial correspondiente". El concepto voluntarista para la determinación del contenido de acto administrativo individual denota una seria influencia de los desarrollos materiales del concepto según los trabajos de la doctrina alemana que incorporó para el estudio de la institución la teoría del negocio jurídico. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 3531: "... actos administrativos, conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo o inmediato la voluntad o la inteligencia [...] Los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados...". En similar sentido, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de octubre de 1999, exp. 5064.
- 1039 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de marzo de 1971, exp. 1725: "*Voluntad administrativa*. Otro elemento esencial del acto administrativo es la existencia de una voluntad estatal válida exteriorizada en una declaración expresada en forma legal. El acto administrativo se aprecia a través de esa declaración, pero lo esencial es la voluntad real del órgano administrativo".
- 1040 LEÓN DUGUIT. *Manual de derecho constitucional*, cit., p. 99, es supremamente claro en este aspecto: sostiene precisamente que si el acto administrativo individual es manifestación de voluntad, en cuanto ostenta doctrinalmente el carácter de acto jurídico, esa voluntad no puede estar distanciada en un Estado de derecho de la ley y del derecho objetivo. Se trata de una condición fundamental para deslindar esa voluntad de la personal del servidor público.
- 1041 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 3531: "También por vía de doctrina se han efectuado importantes aportes orientados a puntualizar la existencia de un acto administrativo, y a distinguirlo de otro tipo de actos, como las llamadas circulares de servicio, cuyo alcance es el de instruir, orientar o coordinar a la administración, pero jamás tienen la virtualidad de obligar; por ejemplo, los conceptos de los asesores jurídicos, los certificados de tiempo de servicio. Puede ocurrir que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátese de una circular o de una carta de instrucción, se expidan decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables, por vicios en su formación, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo...". En similar sentido, cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de octubre de 1999, exp. 5064.
- 1042 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, vol. I, cit., p. 537, otorgan un tratamiento no absoluto al elemento de la voluntad en el acto administrativo individual; sostienen, retomando los trabajos de ZANOBINI, que también el acto puede ser la manifestación de juicio, conocimiento o deseo de la administración.

- 1043 ERNST FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 282: "... el acto administrativo es un concepto jurídico, que tiene que cumplir una función dentro del derecho. Por eso solo puede comprender aquellos actos de los que emana directamente un efecto jurídico...".
- 1044 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 22 de enero de 1987, exp. 549; cfr., en igual sentido, Sección Primera. Sentencia del 5 de agosto de 1991, exp. 1588: "... es elemento esencial el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Sólo entonces dicho acto se coloca en condiciones de ser susceptible de control jurisdiccional..."; Sección Segunda. Sentencia del 18 de diciembre de 1991, exp. 3936; Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 3531: "La producción de efectos en el plano externo, esto es, frente a los particulares, constituye precisamente el punto medular que perfila la existencia del acto administrativo, y que lo diferencia de los llamados actos interorgánicos...". En similar sentido, cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de octubre de 1999, exp. 5064.
- 1045 ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ. *El acto ejecutivo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 337 y ss.
- 1046 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FRNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, vol. I, cit., pp. 481 y ss.
- 1047 JUAN CARLOS CASSAGNE. *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971, pp. 49 a 55.
- 1048 *Ibíd.*, p. 52.
- 1049 JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOX. *Los actos administrativos*, 2.^a ed. Civitas, 1991, pp. 350 y ss.
- 1050 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 12 de diciembre de 1984.
- 1051 AGUSTÍN GORDILLO. *El acto administrativo*, cit., p. 60.
- 1052 JUAN CARLOS CASSAGNE. *La ejecutoriedad del acto*, cit., pp. 55 y 62.
- 1053 *Ibíd.*, p. 54.
- 1054 RENATO ALESSI. *Instituciones*, cit., t. I, p. 256.
- 1055 *Ibíd.*, p. 249.
- 1056 *Ibíd.*, p. 252.
- 1057 *Ibíd.*, p. 251.
- 1058 GEORGES VEDEL. *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 139 y 140; cfr., igualmente, PROSPER WEIL. *Derecho administrativo*, cit., p. 85. La decisión ejecutoria no es otra cosa que toda manifestación de voluntad de la administración con el objeto de producir efectos jurídicos. No hay decisión ejecutoria cuando el acto no modifica el ordenamiento jurídico. JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 100 y ss.
- 1059 GEORGES VEDEL. *Ob*, cit., p. 146.
- 1060 HÉCTOR JORGE ESCOLA. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, cit., p. 43.
- 1061 ENRIQUE SAYAGUÉZ LASO. *Tratado*, cit., p. 143.
- 1062 CARLOS GARCÍA OVIEDO y ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS. *Derecho administrativo*, cit., p. 14.
- 1063 JOSÉ CRETELLA JR. *Curso de direito romano*:..., supra, nota 35, p. 127.
- 1064 ÁLVARO TAFUR GALVIS. "Evolución", cit., p. 5.
- 1065 ÁLVARO TAFUR GALVIS. "El concepto de acto administrativo", cit., p. 186.
- 1066 ALLAN BREWER-CARÍAS. "Ley orgánica", cit., pp. 208 y 209; igualmente cfr. la definición de este autor en "El recurso contencioso administrativo contra los actos de efectos individuales" (cit., p. 84): "Ante todo debo señalar que, en mi criterio, no es posible utilizar un criterio único para definir el acto administrativo. La heterogeneidad de sus formas y contenido lo demuestra y exige..."; ÍD. *El derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas, Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, n.º 16, 1992, p. 141.
- 1067 THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. *Teoria do Estado*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Brasil, 1969 p. 62, sostiene, al pretender calificar los elementos del acto administrativo, que entiende por ellos los mismos que los actos jurídicos en general, apenas con las peculiaridades propias de la naturaleza de la actividad administrativa. Así ocurre con la forma de manifestación de la voluntad, la declaración de los motivos, la determinación de las causas, la definición de competencias, y las exigencias formales para la validez del acto.
- 1068 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 6 de abril de 2000, exp. 5373: "Encuentra la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sentado doctrina de los elementos del acto administrativo, y sostiene que existen ciertos elementos esenciales, de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma".
- 1069 GABINO FRAGA. *Derecho administrativo*, cit., p. 267: "El sujeto del acto administrativo es el órgano de la administración que lo realiza. En su carácter de acto jurídico, el acto administrativo exige ser realizado por quien tiene aptitud legal..."; cfr. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, pp. 191 y ss., y RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA. *Atto administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 52.
- 1070 MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ. *Derecho procesal administrativo*, cit., p. 6; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 24 de septiembre de 1971, ACE, t. LXXXI, n.º 431 y 432, año XLVII, p. 224; respecto de los sujetos activos sostuvo la corporación que ellos podrían

- ser: “Personas u órganos distintos de la administración, si actúan en función administrativa”; cfr. este tema igualmente en el t. I, 3.^a ed. de esta obra, pp. 151 a 159 y 176 a 180.
- 1071 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. Ob, cit., supra, nota 16, p. 191. El reclutamiento de personal adecuado para la eficacia de los órganos administrativos ha llevado a la doctrina a plantear la teoría de *The Right Man for the Right Place*, consistente en que cada funcionario o clase de funcionarios debe ocupar el puesto o puestos de la organización más adecuados a la función para la que hayan sido reclutados; cfr. ALBERTO CARRO MARTÍNEZ. “La organización de la administración española y el artículo 35 de la ley de procedimiento administrativo”, en FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO. *El procedimiento administrativo español en la doctrina científica, Antología de textos, 1958-1970*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1972, pp. 207 y 208.
- 1072 THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. *Teoría do Estado*, cit., nota 1, pp. 66 y 67.
- 1073 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de marzo de 1971, ACE, t. LXXX, n.ºs 429-430, 1971, p. 367; dijo la corporación: “[...] 1. *Órgano competente*: el acto debe emanar de la administración, es decir de un órgano estatal que actúe en función administrativa, además, el órgano de la administración debe actuar dentro del límite de su competencia”; cfr. así mismo, HÉCTOR JORGE ESCOLA. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 44 y 83: “La competencia de un órgano administrativo surge de la ley [...] se halla encuadrada y limitada por esas mismas normas legales [...] es improrrogable; no debe ser delegada o sustituida en favor de otro órgano administrativo distinto, sino cuando la misma ley autoriza [...] surge en razón del grado, de la materia, del territorio o del tiempo”. JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1968, pp. 534 y ss., clasifica la competencia según la materia, el lugar, el grado, el tiempo, la necesidad y la eventualidad, interinidad o externidad, de la competencia personal, de la competencia conjunta o alternativa; de la competencia casuística y genérica y especial, exclusiva y excluyente, concurrente (t. II, pp. 386 y ss.).
- 1074 JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS. *Los actos administrativos*, cit., p. 123.
- 1075 PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA. *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1971, pp. 359 y ss.; JEAN CARBONIER. *Derecho civil*, t. I, pp. 186 y ss.; ERNESTO CEDIEL ÁNGEL. *Ineficacia de los actos jurídicos*, parte primera, Escuelas Gráficas Salesianas, 1943; MANUEL MARÍA DÍEZ. “Actos administrativos”, cit., pp. 327 a 351; SARA EILER RAUCH. *La formación del consentimiento en los contratos*, Santiago, Nacimiento, 1935, pp. 40 y ss.; CELIA E. GALLO DE POMPONE. “La voluntad en el acto administrativo”, en *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1975, pp. 58 y ss.; A. RIAG. *La voluntad en la formación del acto jurídico*, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1965; JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS. *Los actos administrativos*, cit., p. 137. En el proceso de formación del acto administrativo se observa un doble fenómeno de imputación: la psicológica del funcionario, y la jurídica que rige para el correspondiente órgano, la cual debe ser interpretada y aplicada con la interacción de la psiquica del servidor público.
- 1076 ARTURO ALESSANDRI BESA. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1949, p. 102.
- 1077 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de octubre de 1964, ACE, t. LXIII, n.ºs 405 y 406, p. 308; A. RIAG. *La voluntad*, cit., p. 7; CELIA E. GALLO DE POMPONE. “La voluntad en el acto administrativo”, cit., nota 122, p. 58: “En la voluntad administrativa se destacan distintos momentos, comenzando con la intención del órgano del cual emana, continuando con el procedimiento establecido para la determinación o elaboración de esa voluntad, y finalmente su declaración o exteriorización [...] La expresión voluntad no tendrá para el acto administrativo un significado psíquico real, sino que comprenderá un conjunto de factores subjetivos, más factores objetivos que constituyen el proceso a través del cual se manifiesta esta voluntad...”.
- 1078 El Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de octubre de 1964, dijo al respecto: “El primero se surte en el interior de la administración, y mientras no se haya terminado la hipotética providencia no engendra ni siquiera una expectativa de derecho”.
- 1079 THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. *Teoría do Estado*, cit., p. 36, sostiene que no es unánime la doctrina en aceptar, tal y como lo hemos hecho en la presente obra, la existencia de un proceso subjetivo de formación de la voluntad de la administración. Tratándose de las personas jurídicas, indica el autor: “... hay un cierto escrúpulo en insistir en la existencia de un proceso evolutivo, que presupone también un proceso psicológico que no puede existir en una persona jurídica...”.
- 1080 MANUEL MARÍA DÍEZ. “Actos administrativos”, cit., p. 335; cfr. igualmente, SARA EILER RAUCH. *La formación del consentimiento*, cit., pp. 40 y ss.
- 1081 Consejo de Estado. Sentencia del 30 de octubre de 1964, cit., supra, nota 124; en igual sentido, cfr., entre otras, las siguientes providencias del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto del 20 de enero de 1972, ACE, t. LXXXII: “Elemento esencial, parte nuclear del acto administrativo, es que sea una declaración de voluntad del funcionario o corporación administrativa [...] [D]onde no hay declaración de voluntad de juicio, de deseo con la finalidad de producir un efecto en derecho no puede predicarse la existencia de un acto administrativo”; Sentencia del 10 de octubre de 1974, salvamento de voto, ACE, t. LXXXVII, n.ºs 433 y 434: “Todo acto administrativo está destinado a producir efectos por ser manifestación de la voluntad del administrador que obliga la conducta de alguno o algunos o todos los gobernados. Por tanto, es esencial para que exista que los obligados reciban noticia sobre tal acto [...] [S]i esa manifestación de voluntad, aun elaborada con competencia legal, se mantiene en el ámbito de lo confidencial no puede aspirar a que produzca efectos y así no puede tenerse por acto administrativo completo”; Auto del 20 de mayo de 1975 ACE, t. LXXXVIII, n.ºs 445, y 446: “La notificación es diligencia esencial para que las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa produzcan efectos respecto de los interesados en el respectivo negocio o actuación”.
- 1082 Se puede analizar este carácter unilateral del acto en MANUEL MARÍA DÍEZ. *El acto administrativo*, cit., pp. 51 y 52; ÍD. “Noción conceptual”, cit., pp. 265 a 267; MIGUEL ACOSTA ROMERO. “La unilateralidad”, cit., pp. 22 y ss.
- 1083 ÁLVARO TAFUR GALVIS. “El concepto de acto administrativo”, cit., p. 188; JOSÉ CRETILLA JR. *Curso de direito romano:...*, cit., p. 182: “Es el efecto práctico que, en la órbita administrativa, el sujeto pretende alcanzar a través de su acción directa o indirecta, es la propia sustancia del acto, su contenido”; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI. *Teoría do Estado*, cit.: “El objeto es la cosa o hecho a ser prestado, es, como decíamos, el propio contenido de la obligación, el derecho creado por el acto administrativo...”. La doctrina italiana diferencia entre objeto y contenido; mientras el primero consiste en la actividad o la cosa respecto de la cual se dispone jurídicamente, el contenido es todo aquello que la administración dispone, ordena, permite o certifica; cfr. al respecto, GUIDO LANDI y GIUSEPPE POTENZA. *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 224.
- 1084 ENRIQUE SAYAGUÉZ LASO. *Tratado*, cit., p. 444.
- 1085 JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS. *Los actos administrativos*, cit., p. 140.
- 1086 Corte Constitucional. Sentencia SU-250 del 26 de mayo de 1998: “Estas apreciaciones son de recibo no solo en la motivación de los fallos judiciales sino también en la motivación de los actos administrativos porque, en primer lugar, tanto en unos como en otros la motivación se orienta al convencimiento de las partes,

eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la administración al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la CP en la parte que consagra: 'La función administrativa está al servicio de los intereses generales', y del artículo 123 en la parte que indica: 'Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad'. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar (y el nombramiento o el retiro de un notario, persona que da fe pública de actos privados, es altamente importante para la comunidad), y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción de un notario; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático...".

- 1087 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de marzo de 1971, ACE, t. LXXX, n.ºs 429 y 430, 1971, p. 367; ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA. *Motivo e motivação do ato administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- 1088 LOUIS JOSSERAND. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, Puebla, México, Cajicá, 1946, p. 9; así mismo, cfr. en la p. 19 las explicaciones que hace el autor a los móviles en el derecho administrativo.
- 1089 ALBERTO RAMÓN LEAL. "La fundamentación del acto administrativo", *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, n.º 522, mayo-julio de 1983, Bogotá, pp. 7 y 8.
- 1090 Corte Constitucional. Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000: "La jurisprudencia ha reconocido en diversos pronunciamientos que la necesidad de motivación de los actos administrativos admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, excepción que encuentra su soporte en normas superiores. La propia Carta admite la existencia de cargos que no son de carrera administrativa, respecto de los cuales el nominador puede nombrar y remover libremente a quienes han de ocuparlos".
- 1091 Artículo que corresponde al 35 del derogado Decreto 01 de 1984.
- 1092 Corte Constitucional. Sentencia C-371 del 26 de mayo de 1999: "Lo que la disposición enjuiciada contempla es un mínimo, exigible a quien profiere el acto e imprescindible para la validez del mismo por medio del cual se asegura al particular afectado que tendrá, cuando menos, noticia sucinta sobre las razones que invoca la administración. En esas condiciones, la motivación es imprescindible para dictar tales actos, lo que significa que si son expedidos sin motivación implican abuso en el ejercicio de la autoridad y necesariamente responsabilidad de quien ha omitido tal deber. La norma impugnada debe entenderse en su sentido integral y completo, de manera que para fijar el alcance de las expresiones que se demandan es necesario tener en cuenta el inciso segundo de aquélla, según el cual 'en la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite'. Luego no está exonerada la administración de expresar en su acto la totalidad de los elementos jurídicos y de hecho en que se funda, en lo relativo al origen de la actuación administrativa, que puede consistir, de acuerdo con el Código (art. 4.º), en el ejercicio del derecho de petición en interés general o particular, en el cumplimiento de una obligación o deber legal, o en la actividad oficiosa de la autoridad. Lo sumario de la motivación no puede confundirse con su insuficiencia o superficialidad. Alude a la extensión del argumento y no a su falta de contenido sustancial, de suerte que el señalamiento de los motivos en que el acto encuentra soporte no por sumario puede tildarse de incompleto y menos de inexistente. Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario...".
- 1093 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de julio de 2001, exp. 6717: "El artículo 35 del CCA se aplica solamente a los actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa, y en cuanto hace a la motivación, es obligatoria cuando dichos actos administrativos afectan a particulares, esto es, a personas concretas. En el presente caso, como se precisó al inicio de estas consideraciones, el acto acusado es general y abstracto, y como tal no puso fin a una actuación administrativa, ni afecta a particulares de manera individual. Sus efectos son abstractos, como todo acto que fija tarifas de manera general, aunque en este caso estén referidas a unas obras determinadas, como las que son objeto de la resolución acusada. Luego, por no estar subordinada al citado artículo 35 del CCA, la misma no tiene posibilidad jurídica de infringirlo. De otro lado, la falta de motivación es una situación distinta a la falsa motivación, ya que aquélla puede constituir un vicio de forma, cuando el acto administrativo deba ser motivado, en la medida en que así lo disponga su regulación específica, p. ej., los actos administrativos contemplados en el artículo 35 en cita, a los cuales no corresponde el acusado, lo que constituye un problema de examen formal de la existencia de la motivación del acto; mientras la segunda situación es un vicio de fondo o sustancial, en cuanto se da en las razones de hecho o de derecho que sirven de fundamento al acto, lo cual significa un problema fáctico o jurídico, en la medida en que es puramente probatorio o de adecuación normativa. En el *sub lite*, no está demostrado el vicio de falta de motivación, por cuanto no se ha invocado norma que siendo aplicable al acto acusado señale que éste debe ser motivado en cada una de sus disposiciones...".
- 1094 Corte Constitucional. Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000: "La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional".
- 1095 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 1971, ACE, t. LXXXI, n.ºs 431 y 432, 1971, p. 130.
- 1096 HÉCTOR JORGE ESCOLA. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, cit., p. 55.
- 1097 Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de marzo de 1971, ACE, t. LXXX, n.ºs 429 y 430, 1971, p. 367, donde se establecen las diferencias anotadas como si ellas implicaran separadamente aspectos importantes para efectos de la eficacia o validez del acto.
- 1098 Respecto de la teoría de las formalidades sustanciales y de las meramente accidentales cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 1968 ACE, t. LXXIV, donde se retoma la concepción francesa de las omisiones insignificantes, para elaborar la doctrina jurisprudencial de que no toda omisión de las formalidades tiene la virtualidad de generar nulidad de un acto administrativo: "Para distinguir entre las formas sustanciales y las accidentales, los tribunales deben examinar cada caso, con base en que tan sólo en las que constituyan una verdadera garantía y, por ende, un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad...". En el mismo sentido cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 15 de mayo de 1991, exp. 190: "A pesar de que la calificación es difícil y depende de cada caso, el criterio aplicable principalmente es el de la influencia que la omisión de la formalidad o procedimiento ha podido tener sobre la decisión, es decir que serán formalidades o procedimientos sustanciales aquellos cuya omisión implica que la

decisión sería diferente a la tomada...”; cfr., igualmente, HÉCTOR JORGE ESCOLA. *Tratado general de procedimiento administrativo*, 2.^a ed., Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 152.

1099 *Ibid.*, p. 143.

1100 MANUEL MARÍA DÍEZ. *El acto administrativo*, cit., p. 245.

1101 HELY LOPES MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 138.

1102 Sobre este tema volveremos en el tomo III de JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “Tratado de Derecho Administrativo”.

1103 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 11 de marzo de 1968.

1104 Cfr. lo expresado en el capítulo cuarto de JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “Tratado de Derecho Administrativo”, a propósito del reglamento como fundamento del sistema normativo.

1105 HANS Kelsen. *Teoría pura del derecho...*, cit., p. 105.

1106 ALFREDO GALLEGU ANABITARTE et ál. *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 29.

1107 Este tema no ha sido pacífico en la jurisprudencia nacional. En algunos pronunciamientos el Consejo de Estado ha expresado que no es posible reglamentar determinado tipo de leyes, argumentación que en nuestra opinión carece en absoluto de una base cierta y definida. Sal respecto, la Sala de Negocios Generales en decisión del 25 de septiembre de 1944 expresó: “Al precisar esta tesis sobre el ejercicio normal y regular de la potestad reglamentaria, conviene afirmar que el Jefe del Estado carece de competencia constitucional para reglamentar las leyes que versan sobre materia civil o penal, organización judicial y normas procesales en general. Se justifican estas excepciones en el ejercicio de la potestad reglamentaria porque las relaciones jurídicas que origina el derecho privado contractual, la institución de la propiedad, las acciones civiles para ejercitar los derechos en juicio, el derecho de castigar y las formas de proceder no pueden ser del resorte del poder administrativo, sino de competencia privativa de la ley [...] Esta jurisprudencia está acorde con las enseñanzas de los tratadistas. Para MAURICE HAURIOU, los reglamentos ‘tienen por fin asegurar la organización y funcionamiento de los servicios públicos’. Y, como es sabido, el funcionamiento normal de los servicios públicos es lo que constituye la actividad regular de la administración. La tesis de que la potestad reglamentaria sólo puede versar sobre las leyes administrativas se funda en la consideración de que, si la potestad reglamentaria tiene por objeto habilitar al Gobierno para que pueda dictar las medidas necesarias ‘para la cumplida ejecución de las leyes’, mal puede extenderse a los códigos Civil, Penal, Judicial, etc., respecto de los cuales no cabe el concepto de ejecución por parte del Gobierno, sino el de aplicación por parte de las autoridades jurisdiccionales, y para la cumplida aplicación de dichos códigos lo que tiene cabida es la interpretación, la cual con autoridad sólo corresponde al legislador, según el precepto de la Constitución: *ejus est interpretari cuius est legem condere*”. En providencias posteriores la corporación ha rechazado esta tesis limitativa aceptando la posibilidad de que el Presidente se ocupe por vía reglamentaria de todo tipo de leyes. Puede en efecto consultarse el Auto del 17 de febrero de 1962 en donde se expuso lo siguiente: “El ordinal 3.º del artículo 120 de la Carta no establece distinciones de naturaleza alguna en relación con los códigos. De consiguiente, a la jurisprudencia le está vedado hacer clasificaciones y consagrar diferencias que el mandato constitucional repele. La distinción sólo se consagra en función de la necesidad de la reglamentación, y de la competencia del órgano encargado de hacerla. El enunciado dogmático de que todos los códigos y leyes que los modifican caen fuera de la órbita de la potestad reglamentaria carece de soporte constitucional si se plantea de manera absoluta...”. En sentencia del 10 de octubre de 1962 se reitera lo anterior al indicar que “el grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el propio cuerpo legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el ejecutivo cuanto determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las cámaras”. En la sentencia del 24 de mayo de 1973 el Consejo de Estado advirtió, enfáticamente, que era reglamentable “en primer término y por definición constitucional, la ley, cualquiera ella sea, incluidos los códigos”.

1108 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de febrero de 2000, exp. S-7018: “La potestad de reglamentar las leyes es atribución sólo del Presidente de la República, y no de otras autoridades administrativas, que ha de ejercer, desde luego, con la colaboración del ministro del ramo o director de departamento administrativo correspondiente, según lo establecido en el artículo 115 de la Constitución; los límites de la potestad reglamentaria están señalados en cada caso por la necesidad de que sea cumplida debidamente la ley de que se trate, de manera que si la ley suministra todos los elementos indispensables para su cumplimiento, nada habrá de agregársele y, por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria; pero si faltan en ella detalles necesarios para su correcta aplicación habrá lugar a proveer a la regulación de esos detalles, en ejercicio de la potestad reglamentaria. En otros términos, tanta será la materia reglamentable cuanto determine la necesidad de dar cumplimiento a la ley, y la potestad reglamentaria de las leyes está referida a cualesquiera leyes, sin distinciones, que no las establece la norma constitucional [...] El poder reglamentario lo otorga directamente la Constitución al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, con la finalidad de que expida normas de carácter general para la correcta ejecución de la ley. Por ser una atribución propia que le confiere la Carta Política, no requiere de una norma legal que expresamente la conceda y se caracteriza además por ser atribución inalienable, intransferible e inagotable, no tiene un plazo para su ejercicio y es irrenunciable, aunque no es un poder absoluto pues se halla limitado por la Constitución y la ley, ya que al ejercerla el Presidente de la República no puede alterar o modificar la ley que reglamenta”.

1109 Consejo de Estado. Sentencia de febrero de 2000, cit.: “Distinta de esa potestad para reglamentar la ley es la facultad de las asambleas departamentales para administrar recursos y para establecer tributos que les atribuyen el numeral 3 del artículo 287 y el artículo 338 constitucionales. Se trata no de la potestad de reglamentar la ley para hacer posible su adecuado cumplimiento, que eso es reglamentar la ley, sino de cumplir una función propia, la de administrar recursos y establecer tributos, y ello mediante actos de carácter general”.

1110 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 29 de octubre de 1976: “Esta competencia tiene, como se ve, origen legal y no es desarrollo de la potestad reglamentaria que, en principio, sólo le corresponde al Gobierno, ni tampoco constituye el desarrollo de una delegación. Una cosa es la reglamentación de la ley, cometido que no requiere texto legal que lo autorice o reitere; y otra, muy diferente, la adscripción de competencia a un ministerio para que cumpla o ejecute una misión determinada, aspecto que debe estar expresamente señalado en la ley. El hecho de que esta facultad deba traducirse, de ordinario, en decretos de carácter general o abstracto no la asimila a la citada potestad, causa de los reglamentos que para la cumplida ejecución de las leyes debe dictar el Gobierno, dentro de los marcos o límites que implícita o explícitamente se deriven de la ley reglamentada, pero no más...”.

1111 Corte Constitucional. Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000.

1112 Cfr. lo expresado en el capítulo cuarto de JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “Tratado de Derecho Administrativo”, a propósito del reglamento como fundamento del sistema normativo.

1113 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 6 de abril de 2000, exp. 5373: “El acto acusado, en cuanto contiene decisiones con efectos particulares y generales, a la vez, resulta ser un acto administrativo mixto, según lo ha reconocido la Sala en providencias anteriores. También ha expresado la Sala que este tipo de actos, en cada una de las disposiciones de efectos individuales o concretos, viene a constituir ‘una disposición propia de un acto condición’, o dicho de otro modo, legal y reglamentario, en tanto coloca o inserta a cada uno de los inmuebles por ellos relacionados en el

régimen general contenido en los mencionados decretos, del cual, por lo tanto, pueden ser excluidos en cualquier época. El carácter mixto de este tipo de actos permite que sean demandables tanto en acción de simple nulidad como de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, quien pretenda algo más que la simple desaparición de los efectos jurídicos del acto, como sería el caso de indemnizaciones por perjuicios, necesariamente debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento, dentro del término de caducidad. Esta providencia es reiteración de las sentencias del 21 de marzo de 1996, exp. 3575; 18 de marzo de 1999, exp. 5253; y 12 de agosto de 1994, exp. 5500”.

- 1114 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto del 11 de septiembre de 1969, ACE, t. LXXVIII, n.ºs 423 y 424, 1969, p. 339; este Auto modificó la doctrina expuesta, mediante sentencia del 29 de agosto de 1969, por la Sección Primera del Consejo de Estado, publicada en la página 193 de la misma obra.
- 1115 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 17 de abril de 1991, exp. 6602. En relación con la acción procedente frente a un acto administrativo que no ha sido notificado pero que es ejecutado por la administración, sostuvo la corporación: “... es verdad jurídica que la no notificación o la notificación o comunicación irregular de un acto administrativo lo hace ineficaz. Por ello cuando él se ejecuta y como consecuencia de esto se causa un daño, la acción procedente es la de reparación directa...”.
- 1116 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto del 24 de octubre de 1990, exp. 5298.
- 1117 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto del 23 de octubre de 1991, exp. 6121. En igual sentido cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-419 del 23 de septiembre de 1994: “... el ordenamiento jurídico sanciona el acto no notificado con su ineficacia o inoponibilidad. La ley condiciona los efectos de una decisión que pone término a un trámite administrativo a su notificación, a menos que la parte interesada, conociendo de la misma, convenga o ejercite en tiempo los recursos legales. Así, pues, mientras no se surta o realice materialmente la notificación de la decisión administrativa respectiva, carece de efectos jurídicos respecto del administrado, o sea, es ineficaz. Sobre el particular, la jurisprudencia y la doctrina administrativa han señalado que los actos administrativos no notificados ni aprovechan ni perjudican, cabe decir, son inoponibles al interesado...”.
- 1118 MARGARITA BALADÍES ROJO. *Validez y eficacia de los actos administrativos*, cit. Para un entendimiento contemporáneo de la presunción de legalidad de los actos administrativos, cfr. en esta obra la idea de la conservación del derecho: básicamente todo lo referente al principio de la conservación de los actos jurídicos como garantía de todo orden jurídico. La conservación consiste en “Garantizar la permanencia y la estabilidad de las relaciones creadas a su amparo, pues, como es obvio, todo el sistema de derecho y obligaciones descansa sobre la base de la conservación de los actos o negocios de los que traen causa...”.
- 1119 Corte Constitucional. Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995: “La eficacia del acto administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente...”.
- 1120 Ley 1437 de 2011. “Artículo 88: *Presunción de legalidad del acto administrativo*. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.
- 1121 Esta ha sido una posición reiterada de la corporación a través de su historia, entre otras en las siguientes providencias: 25 de septiembre de 1961; 30 de marzo de 1967; 19 de mayo de 1975.
- 1122 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de julio de 1992: “Favorecidos los actos administrativos por la presunción de juridicidad (legalidad y veracidad) que les permite producir los efectos que les son propios con el solo requisito de haber adquirido firmeza, despojarlos de ella requiere una expresa petición de nulidad apoyada por elementos fácticos y argumentos jurídicos que la demuestren. De allí que no sea inoficiosa, sino conforme con esta doctrina, la necesidad legal de ‘individualizar con toda precisión’ el acto administrativo cuya nulidad se demanda, del cual se ha de aportar, además, la copia correspondiente. No es posible, por consiguiente, examinar jurisdiccionalmente la validez jurídica del acto de adjudicación porque no fue solicitada su nulidad en la demanda; y tampoco se puede hacerlo con los actos que sí fueron cuestionados porque se desconocen las razones de hecho y de derecho que asistieron la censura...” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 17 de febrero de 1994, exp. 6264: “Como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada ‘presunción de legalidad’, que también recibe los nombres de ‘presunción de validez’, ‘presunción de justicia’ y ‘presunción de legitimidad’. Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarcan. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad [...] La presunción de legalidad es *iuris tantum*. Si en juicio ante la jurisdicción llega a demostrarse o a probarse que uno o varios de los elementos del acto en verdad no responden a la preceptiva legal sobre el mismo, se desvirtúa dicha presunción y el acto deviene nulo, lo que sube de punto cuando se está frente a un acto clasificado como ‘reglado’, es decir, de aquellos en que para su dictación el órgano emisor debe ceñirse de manera estricta a las disposiciones sobre la materia. Así ocurre, entre otros, con los actos resultantes de la actuación disciplinaria que la administración adelanta en contra de un servidor estatal...”.
- 1123 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Eficacia y administración. Tres estudios*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas y Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 89 y ss. Se destaca en este trabajo el papel dinámico de la eficacia en las funciones administrativas, en procura de la satisfacción de los cometidos estatales. Dentro del Estado regido por las finalidades sociales o Estado social de derecho, la eficacia adquiere connotaciones de cumplimiento “... de fines y objetivos, de producción para el Estado de resultados y, por tanto, de rendimiento de sus organizaciones, esencialmente las administrativas...”.
- 1124 HUGO A. OLGUÍN JUÁREZ. *Extinción de los actos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento*, Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 23.
- 1125 OTTO MAYER. *Derecho administrativo alemán*, cit., p. 97.
- 1126 HUGO A. OLGUÍN JUÁREZ. *Extinción de los actos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento*, cit., pp. 21 y 23.
- 1127 Acerca de la eficacia y ejecución de los actos administrativos, sea de manera normal o por la vía de la ejecución forzada, al igual que las razones doctrinales que sustentan esa institución, cfr., entre otros: JAVIER BARCELONA LLOP. *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Editorial Universidad de Cantabria, 1995; MERCEDES LAFUENTE BENACHES, *La ejecución forzada de los actos administrativos por la administración pública*, Madrid, Tecnos, 1995; ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ. *El acto ejecutivo*, cit.; JUAN CARLOS CASSAGNE. *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971. En estos trabajos se destaca como consecuencia lógica e inmediata del acto administrativo, en cuanto fenómeno de poder público, el de ser ejecutorio de manera unilateral por la administración pública, sin el beneplácito de sus

destinatarios. Se pretende con esa prerrogativa de la administración que las finalidades del Estado se materialicen verdaderamente. En cuanto a su origen, destaca BETANCOR, invocando los trabajos de HAURIUO, que "... la noción ideológica de poder público, reforzada por el principio de la división de poderes y la ideología de la administración benefactora, hizo posible que la administración se revistiera de todos los poderes necesarios para alcanzar sus cometidos, como adoptar acuerdos con incidencia inmediata sobre la esfera jurídica de los particulares y proceder a la ejecución de sus decisiones..." (p. 301).

1128 ARTURO ALESSANDRI BESA. *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, cit., pp. 4 y 6.

1129 Al hacer referencia a las diferencias entre la inexecutableidad de una norma y la nulidad de los actos administrativos, se sostuvo que se fundaba en que la primera normalmente tenía efectos a futuro, mientras que la segunda los tenía retroactivos. Así, se lee: "Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos *ex tunc* ('desde entonces'), esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo". Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2006, exp. 21051; en el mismo sentido se ha dicho: "Además, en reiterada jurisprudencia ésta Sección ha precisado que los fallos de nulidad producen efectos '*ex tunc*', es decir, desde el momento en que se profirió el acto anulado, por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, antes de su expedición. De igual manera, ha señalado que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta, 6 de febrero de 2006, exp. 15499. También en otra jurisprudencia al respecto se dijo: "Los efectos de la sentencia de nulidad de los actos que violan las normas sustanciales que regulan la materia son *ex tunc*, es decir que se daría desde su nacimiento, retrotrayendo la situación jurídica a la anterior a la expedición del acto anulado, debiéndose tener como si este no hubiera existido, pero dejando salvo de ese efecto las situaciones consolidadas": Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, 18 de septiembre de 2014, exp. 52001233100020050142101.

1130 Veamos cómo históricamente la jurisprudencia de la corporación ha pretendido encauzar en un buen número de sus providencias la anterior interpretación. *Consejo de Estado. Sentencia del 27 de mayo de 1941*: "La nulidad es jurídicamente diferente de la situación que se presenta cuando disposiciones jerárquicamente inferiores vienen a quedar sin eficacia o aplicación como consecuencia de normas superiores dictadas con posterioridad. Un acto válido en el momento de su expedición, no está afectado del vicio o sanción de nulidad aunque luego resulte contrario a leyes posteriores de superior obligatoriedad. Una cosa es el fenómeno jurídico de la nulidad y otra la inaplicabilidad de un precepto...". Respecto de actos individuales, es decir, aquellos producidos durante la vigencia de una norma que le ha servido de fundamento, pero que crean situaciones jurídicas concretas, se individualizan de tal manera que no permanecen dependientes de la norma superior en la medida en que han creado situaciones jurídicas específicas, en cabeza de un sujeto determinado. En ese sentido, la sentencia comentada consolida el fenómeno como de carácter autónomo, impugnabile independientemente de los vicios que puedan afectar al acto del cual se desprendió; *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 17 de octubre de 1969, actor Cadenalco*: "En el campo civil la nulidad pronunciada en sentencia con fuerza de cosa juzgada, tiene efecto retroactivo y da a las partes el derecho para ser restablecidas al estado en que se hallarían, si no hubiese existido el acto o contrato nulo. En el campo administrativo, la sentencia con efecto *erga omnes* sólo opera hacia el futuro...". La pretensión en el proceso civil de nulidad involucra derechos similares a los de la llamada acción de restablecimiento del derecho en el proceso contencioso administrativo. Razón esta elemental para que los efectos sean los indicados en la providencia comentada. La nulidad en el proceso contencioso administrativo tiene unos efectos totalmente diferentes: solo busca que el orden jurídico del Estado sea reparado, por lo tanto involucra una pretensión general y no particular. En ese sentido la pretensión no favorece aspiración individual alguna. Desde ese punto de vista, el efecto de la nulidad debe respetar sin duda las situaciones que se han desprendido del acto nulo, constituyendo decisión independiente; *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de abril de 1973*: "La declaración de inexecutableidad equivale a una declaración de nulidad. Así lo han admitido juristas como el doctor FERNANDO GARAVITO, en su célebre estudio citado por el señor fiscal y por el apoderado de la parte impugnadora y el doctor MIGUEL MORENO JARAMILLO quien no vacila, en su libro *Sociedades*, al expresar las diferencias que existen entre los conceptos de nulidad, suspensión, revocación, inaplicabilidad. En la columna precedente nos trazamos un renglón especial para la palabra inexecutableidad, porque en el fondo esta significa tanto como nulidad. La sentencia de inexecutableidad de una ley, decreto u ordenanza, por ser contrarios a la Constitución equivale a una declaración de nulidad del acto [...] Si para que haya derogación se requiere otra ley eficaz que extinga la primera, si para que una ley sea inexecutable se requiere una sentencia que declare que es contraria a la Constitución, la derogación y la inexecutableidad no pueden ser conceptos jurídicos equivalentes, pues son actos que difieren por sus autores, por sus motivos y por sus fines. En cambio, si tanto en derecho público como en derecho privado se dice que está anulado un acto cuando por sentencia definitiva se consideró afectado de vicios que le impidieron producir efectos (MORENO JARAMILLO), la declaración de inexecutableidad sí equivale a la declaración de nulidad, pues no se hace cosa distinta que decir que la Ley estaba afectada del vicio de inconstitucionalidad que le impidió producir efectos. Inexecutable es lo que no produce efectos, lo que no tiene vida, dice el doctor FERNANDO GARAVITO en su mencionado estudio, porque etimológicamente el vocablo executable quiere decir con efecto, con valor, que puede ejecutarse o cumplirse, *quod effici potest* [...] Pero a pesar de la disparidad de criterios, coinciden las mismas providencias, en el señalamiento de los efectos de la sentencia de inexecutableidad: no tiene efecto retroactivo, todo lo contrario, sus efectos son hacia el futuro y, por consiguiente, se reconocen los actos y situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la ley, antes del pronunciamiento jurisdiccional. Esto por una razón elemental de conveniencia: el mundo de las relaciones exige garantía de estabilidad para las mismas, cuando no fueren concretadas bajo la forma que se presumía válida. Esa certidumbre comunica seriedad y seguridad a los actos jurídicos, y también genera armonía social, porque evita distorsión en el tratamiento de los derechos ya individualizados en razón de la ley jurídicamente existente...". Se puede destacar de esta providencia, desde el punto de vista de su naturaleza, que tanto la inexecutableidad como la nulidad se asimilan. Por lo tanto, los efectos de la primera son perfectamente aplicables a la segunda. Lo anterior nos lleva a pensar, desde ese punto de vista, que las situaciones jurídicas individuales, creadas a partir de un acto administrativo general que posteriormente es declarado nulo, deben permanecer, produciendo efectos jurídicos por las razones antes expuestas y hasta tanto una autoridad jurisdiccional no se pronuncie sobre su validez en el ordenamiento jurídico; *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto del 18 de noviembre de 1988, exp. 950, actor JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA*: "Teniendo efectos *erga omnes* la decisión de la Corte Suprema, que desató la acción popular consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, la declaratoria de inexecutableidad del artículo 141, del Decreto 80 de 1980, deja sin efectos el texto que lo pretendió reglamentar (aparte lit. a art. 7.º Dcto. 2799), y le transmite a éste los mismos vicios de inconstitucionalidad...". A través de este pronunciamiento la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo diferencia lo que son los efectos de la sentencia de inexecutableidad frente a actos administrativos generales y particulares. Para el caso, se pronuncia respecto de los generales, los cuales indubitablemente en el momento en que se producen continúan ligados al acto principal, para el caso de la ley a la que le debe su origen. El acto reglamentario es un acto general que desarrolla aspectos de la ley; resulta entonces lógico y necesario que por ser una prolongación de aquella deban transmitirse de manera inmediata los vicios que lleven a la declaratoria de nulidad del acto. Este planteamiento no es válido en relación con actos individuales, tal y como se expresará a continuación; *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 9 de marzo de 1989, exp. 112, actor Eiernit Colombiana S. A.*: "La Corte Suprema de Justicia, en algunas oportunidades se ha pronunciado en torno a los efectos de su sentencia de inexecutableidad señalando en todo caso que sus efectos sólo rigen hacia el futuro y con la obvia consecuencia de que las situaciones creadas durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional, son válidas en defensa de la seguridad jurídica y de la buena fe de los gobernados. Puede decirse que en este aspecto de las acciones de inexecutableidad de las leyes, desde el principio la Corte interpretó los alcances de los efectos de estos fallos hacia el futuro, porque como lo dijo tiempo después de haberse erigido este valioso instrumento en defensa de la constitucionalidad de las leyes en 1910, si sus efectos fueran retroactivos y alcanzaran a anular leyes desde su origen, ningún derecho habría firme y la zozobra, serían permanentes y mayores cada día. Así se sostuvo invariable la jurisprudencia hasta 1929, año en el cual se empleó el criterio anterior, que como lo anota el magistrado GUSTAVO GÓMEZ VELÁZQUEZ, en destacado estudio, en el que discrepa de la tesis tradicional de la Corte, se permitió la nueva doctrina afectar asuntos pasados, al indicar que los tribunales, por los trámites comunes, serían los que decidieran las cuestiones particulares generadas, en la ley declarada inconstitucional...". Si bien es cierto que el anterior planteamiento está referido a la sentencia de inexecutableidad, sobra decir que ya en fallos anteriores el Consejo de Estado había indicado que el fallo de nulidad se puede asimilar al de inexecutableidad porque naturalísticamente se trata del mismo fenómeno, la diferencia radica en el órgano jurisdiccional que resuelva el conflicto; *Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21 de noviembre de 1989*: "La declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 2.ª de 1989, cualquiera que sea el efecto que se le dé a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, *ex nunc* o *ex tunc*, en principio, no obsta para que esté vigente el Decreto 583 del 22 de marzo de 1989, pues, aunque fue expedido con fundamento en la Ley 2.ª de 1989,

es un acto independiente de ésta que, por lo mismo, subsiste a pesar de haber sido declarada inconstitucional [...] Sin embargo, la Sala observa que la declaratoria de inconstitucionalidad, de la Ley 2.^a de 1989, que es la base del Decreto 583 del 22 de marzo de 1989, sería relevante de la validez de éste en el proceso que podría adelantarse para que se declare inconstitucional...”. En este concepto, el Consejo de Estado va mucho más allá de las anteriores expresiones. El principio de la seguridad jurídica de los asociados se sobrepone independientemente del efecto que se le otorgue a la sentencia. Trátese de efectos hacia el futuro, o hacia el pasado, el acto individual debe prevalecer hasta tanto no se le impugne individualmente; *Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de noviembre de 1989, exp. A-051, actor: Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda – Davivienda*: “El artículo 3.º del Decreto 252 de 1980 fue declarado nulo por la corporación el 23 de noviembre de 1984 y las decisiones tomadas durante la vigencia del acto anulado son válidas y obligatorias como en el caso del acto acusado...”. Como lo indicábamos en el fallo anterior, la similitud entre los efectos de los fallos de inexecutable y de nulidad son obvias. La estabilidad jurídica del Estado no puede ponerse en duda cuando se han creado situaciones jurídicas independientes durante la existencia plena de un acto que posteriormente es declarado nulo. En el proceso del cual hemos transcrito las anteriores notas se observa con claridad cómo la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, que dicho sea de paso debe prevalecer sobre la de las diferentes secciones, adoptó la tesis de la sobrevivencia de los actos individuales cuando la norma jurídica que le ha servido de fundamento desaparece del ordenamiento jurídico; *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 12 de octubre de 1990, exp. 1846, actor: Banco Central Hipotecario, BCH*: “Los efectos cumplidos con base en actos administrativos, en normas declaradas inexecutable o nulas, y que no se hallen sujetos a controversia judicial, guardan su integridad, dado que la declaratoria de nulidad cuando el fallo culmina en proceso, desatado en ejercicio de una acción pública de ese tipo, no tiene, en principio, efectos retroactivos, y que la desaparición del precepto obra *ex nunc* o sea hacia el futuro, por lo que en adelante no puede tomarse decisión fundamental en el mismo, dada su inexistencia a partir de la fecha en que la sentencia que lo declaró antijurídico, adquiera firmeza [...] los actos administrativos dictados con base en el precepto previamente a su anulación, conservan su presunción de legales y deben ser aplicados, salvo el derecho de quienes las hayan impugnado debidamente ante esta jurisdicción...”. Reitera esta providencia la necesidad de preservar los actos individuales frente a la desaparición con ocasión de una declaratoria de inexecutable o nulidad de la norma general que le sirvió de fundamento. Insiste en que el acto individual subsistente a la declaratoria de inexecutable puede ser objeto de impugnación de manera independiente. De no ser impugnado conserva su presunción de legalidad y surte efectos jurídicos plenamente.

1131 ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL. *Extinção do ato administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

1132 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 1.º de agosto de 1991; cfr., igualmente, la sentencia del 23 de febrero de 1990. Sección Tercera: “La doctrina administrativa foránea y la nacional que ha seguido estas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervivientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho, indispensables para la existencia del acto. a. Derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo, cuando dicha regla era condición indispensable para su vigencia; b. Declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control constitucional, en los países en donde ello existe; c. Declaratoria de nulidad del acto administrativo, de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular, y d. Desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o de una situación jurídica particular y concreta [...] De acuerdo con lo anterior, el legislador colombiano ha establecido expresamente: Primero, que el acto administrativo –sin hacer distinción entre el general y el particular, o concreto–, salvo norma expresa en contrario, pierde su fuerza ejecutoria, entre otros casos cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho (art. 66.2 CCA) y, segundo, cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intencional, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte quedarán sin efecto en lo pertinente a los decretos reglamentarios (inc. final art. 175 CCA). Corresponde, entonces, a la Sala, para determinar la procedencia o improcedencia de las pretensiones de la demanda, dilucidar los siguientes interrogantes: 1. Todos los actos administrativos que profieran las diferentes autoridades colombianas que ejercen función administrativa, ¿se extinguen o pierden su fuerza ejecutoria por el fenómeno jurídico del decaimiento reconocido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina nacional? 2. Cuando se produce la declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal en que se funda un acto administrativo creador de situación jurídica individual o concreta, ¿se produce la extinción y pérdida de fuerza ejecutoria de ese acto administrativo? En cuanto a lo primero, considera la Sala que, salvo norma expresa en contrario, todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico (art. 66 CCA) [...] En cuanto a lo segundo, para la Sala también es claro que cuando se produce una declaratoria de inexecutable [...] esa declaratoria no afecta la existencia o vigencia del acto administrativo, como tampoco la existencia y validez de los actos jurídicos celebrados durante la vigencia de la ley o del decreto ley posteriormente declarado inexecutable [...] creador de situación jurídica individual, particular o concreta, no sólo por la consideración de que antes de la sentencia de inexecutable el precepto podía ejecutarse porque, en abstracto, debía considerarse acorde con la Constitución [...] sino por razones de seguridad jurídica para los integrantes de una sociedad...”.

1133 Algunos expositores llegan a considerar la inexistencia como un fenómeno no catalogable en los grados de invalidez o ineficacia, sino paralelo a ellos.

1134 CARLOS GARCÍA OVIEDO y ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS. *Derecho administrativo*, cit. p. 119.

1135 HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE. *Inexistencia, Ineficacia y Nulidad de los Actos Administrativos*, Bogotá, Cámara de Comercio de n.º 22, 1976, pp. 63 a 83.

1136 *Ibíd.*, p. 73.

1137 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de septiembre de 1959, citada por HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE. *Inexistencia, Ineficacia y Nulidad de los Actos Administrativos*, cit., p. 70.

1138 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto del 18 de febrero de 1960, citado por HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE. *Inexistencia, Ineficacia y Nulidad de los Actos Administrativos*, cit., p. 70.

1139 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 24 de octubre de 1968, ACE, t. LXXV, n.ºs 419 y 420, 1968, p. 149.

1140 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 29 de julio de 1974, salvamento de los consejeros JUAN HERNÁNDEZ SÁENZ y MIGUEL LLERAS, ACE, t. LXXXVII, n.ºs 443 y 444, 1974.

1141 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 1975, ACE, t. LXXXVIII, n.ºs 445 y 446, 1975, p. 297.

1142 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 6 de junio de 1991.

1143 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de noviembre de 1975, ACE, t. LXXXIX, n.ºs 447 y 448, 1975, p. 79.

1144 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 6 de febrero de 1980.

1145 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de noviembre de 1975, ACE, t. LXXXIX, n.ºs 447 y 448, 1975, p. 79.

1146 Ídem.

1147 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 30 de noviembre de 2015, exp. 52440: "... Así, es preciso iniciar por advertir que lo que ocurre en este escenario es una 'oferta' la cual, por consiguiente, queda supeditada a la manifestación de la contraparte de su aquiescencia, de donde se sigue que no basta acá la sola voluntad unilateral para entender como revocado el acto administrativo objeto de litigio. Además, en cuanto a la autoridad competente para adoptar esta determinación, el Código es claro en prescribir que debe corresponder a una decisión emanada del Comité de Conciliación, de modo tal que se trata de una manifestación cualificada de la voluntad de la entidad involucrada en el proceso judicial y, finalmente, la normativa dispone de un control de legalidad por parte del Juez que conoce del asunto, autoridad a la que le corresponderá valorar si la oferta de revocatoria directa se ajusta al ordenamiento jurídico y, en caso de encontrar que ello es así, dará por terminado el proceso instruyendo sobre 'las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria', advirtiendo la Ley que la decisión prestará mérito ejecutivo...".

1148 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1.º de julio de 1975, ACE, t. LXXXIX, n.ºs 447 y 448, 1975, p. 45.

1149 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 6 de febrero de 1980.

* Capítulo revisado por MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.

1150 Bibliografía básica para el estudio del contrato estatal y su celebración indebida: GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968; JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER. "La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española", *Revista de Administración Pública*, n.º 23, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957; ALLAN R. BREWER-CARÍAS. *Contratos administrativos*, en Colección Estudios Jurídicos, n.º 44, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1992; RAFAEL ENTRENA CUESTA. "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración", *Revista de Administración Pública*, n.º 24, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957; RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Edit. Legis, 1999; JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.ºs 41 y 42, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. I, cit.; FERNANDO GARRIDO FALLA. "El negocio jurídico del particular en el derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.º 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950; ÍD. *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, Madrid, Edit. Tecnos, 1992; ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ. *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Edit. Civitas, 1996; JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL. *Doctrina del contrato del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977; Universidad Externado de Colombia. "Contratación estatal. Legislación y jurisprudencia", *Banco de datos jurídicos*; JAIME VIDAL PERDOMO. "La noción de contrato estatal en derecho colombiano", s. p., Bogotá, 1999; JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. "Contratación administrativa", en *Principios de derecho administrativo*, t. III, Madrid, Universidad de Madrid, 1983.

1151 JAIME VIDAL PERDOMO. "La noción de contrato estatal", cit., p. 1. El concepto de contrato estatal, conforme a las tendencias advertidas en la Ley 80 de 1993, significa el abandono de la teoría del contrato administrativo surgida de la histórica diferencia entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración. Agrega VIDAL PERDOMO que "Hay en ese cambio de orientación de la ley una tendencia hacia la privatización, o sea el propósito de sustraer el régimen jurídico de los principios y prescripciones del derecho público, y acercarlo más al ordenamiento legal de los particulares...".

1152 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil*, cit., p. 69. En el régimen jurídico colombiano se ha entendido, por vía jurisprudencial, que el contrato del Estado comparte ese ámbito integrador de lo público y lo privado. En sentencia del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 23 de septiembre de 1997, C.P.: CARLOS BETANCOURT JARAMILLO, exp. S-701, expuso la corporación que "El legislador de 1993, mediante la Ley 80, pretendió que la actividad contractual del Estado quedara bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado...".

1153 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. "La figura del contrato administrativo", cit., p. 110: "Sin embargo, la teoría del contrato administrativo sigue siendo notoriamente insatisfactoria. Un autor francés decía no hace mucho que este tema es 'uno de los capítulos más desesperantes del derecho público'", haciendo referencia a GEORGE LIET-VEAUX y a su comentario formulado en *La Revue Administrative*, n.º 53, París, 1956, p. 503.

1154 GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Teoría del equivalente económico*, cit., p. 207: "... en el contrato administrativo se viene a condensar el problema entero del derecho administrativo...". Sostiene este autor el anterior postulado en la medida en que el estudio de la institución compromete al doctrinante en las diferentes direcciones que históricamente se han dado en torno, no solo a la existencia misma del derecho administrativo, sino también a su dependencia frente al derecho privado. De ahí que no resulte difícil sostener que contrato y derecho administrativo se enfrentan e incluso se acompañan permanentemente en nuestra historia jurídica.

1155 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, cit., p. 181.

1156 INAP. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, cit., pp. 71 y ss.

1157 OTTO MAYER. *Derecho administrativo alemán*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 58 a 66.

1158 GASPAR ARIÑO ORTIZ. "Contrato del Estado y *common law*", Estudio-Prólogo a JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL. *Doctrina del contrato del Estado*, cit., p. 9.

1159 MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*, cit., pp. 35 y 36.

1160 OTTO MAYER. *Derecho administrativo alemán*, cit., pp. 58 a 66.

1161 Ídem.

1162 Ídem.

1163 MARTÍN-RETORTILLO. *El derecho civil*, cit., p. 40.

1164 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 657.

1165 GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Teoría del equivalente económico*, cit., p. 209, destaca cómo a medida que el derecho administrativo iba consolidando una relativa

autonomía frente al derecho civil, esto es, "... adquiriendo una coloración administrativa cada vez más intensa...", el contrato administrativo comenzó a ganar sustantividad, sujetándose a principios propios y específicos.

- 1166 MARTÍN-RETORTILLO. *El derecho civil*, cit., p. 28.
- 1167 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 246 a 253; cfr. en este texto en detalle los desarrollos históricos que dieron lugar a la conformación del denominado sistema continental o europeo de derecho administrativo que se funda principalmente en la evolución de las instituciones administrativas francesas.
- 1168 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, cit., pp. 194 y 195.
- 1169 MARTÍN-RETORTILLO. *El derecho civil*, cit., p. 30.
- 1170 Respecto de los servicios públicos cfr. el interesante artículo de JAIME VIDAL PERDOMO. "Mito y realidad del servicio público", en *Congreso Internacional sobre el Derecho Administrativo ante el Nuevo Siglo*, en conmemoración de los 50 años de la *Revista de Administración Pública*, Madrid, marzo de 2000.
- 1171 En cuanto al fallo Blanco cfr. nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. I, cit., pp. 66 y ss.
- 1172 GASTÓN JÈZE. *Principios generales del derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1949, p. 316: "En sus conclusiones en el caso Terrier, 6 de febrero de 1903 (*Rec.*, p. 97), ROMIEU, Comisario de Gobierno, distinguía claramente los contratos administrativos de los contratos civiles, diciendo: 'Corresponde a la jurisprudencia determinar [...] en qué casos estamos en presencia de un servicio público que funciona con sus reglas propias y su carácter administrativo, por el contrario, de actos que, interesando a la comunidad, toman la forma de gestión privada, entendiendo así mantenerse exclusivamente en el terreno de las relaciones entre particulares, en las relaciones del derecho privado...'"
- 1173 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. "La figura del contrato administrativo", cit. Para profundizar en la teoría de los servicios públicos y su crisis cfr. nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. I, cit., pp. 66 a 84; GASTÓN JÈZE. *Principios generales de derecho administrativo*, t. II (1), cit., p. 4: "Toda vez que se está en presencia de un servicio público propiamente dicho, se verifica la existencia de reglas jurídicas especiales, de teorías jurídicas especiales, todas las cuales tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, satisfaciendo en la forma más rápida y completa que sea posible las necesidades del interés general...".
- 1174 LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., pp. 222 y 223, agrega, para mayor claridad, invocando la doctrina privatista de la época, que "[...] Como algunas veces se dice, para que haya contrato es preciso que el acto de voluntad de una de las partes sea determinado por el acto de voluntad de la otra [...]".
- 1175 LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., p. 100. La aceptación de la figura contractual en la obra de DUGUIT no admite discusión y su respeto a las fuentes privadas tampoco, lo cual a primera vista pudiera parecer contradictorio a la luz de sus concepciones ideológicas realistas y de profundo calado positivista que reprochaban todo lo relativo al individualismo y subjetivismo jurídico. La recepción de la institución se hace sin reparos al sostener de manera clara lo siguiente: "[...] El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en derecho público que en derecho privado; o más bien, no hay distinción entre el derecho público y el derecho privado y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular [...]".
- 1176 *Ibid.*, pp. 97 y 98.
- 1177 *Ibid.*, p. 98. Según DUGUIT, la gran tendencia es a disminuir paulatinamente los actos contractuales y el aumento de los actos unilaterales en virtud de la "[...] socialización del derecho [...]".
- 1178 LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., pp. 98 y 99. DUGUIT reacciona contra las teorías individualistas que fundadas en razones de soberanía pretendían hacer obligatorios los contratos, teorías absolutamente débiles y sin fundamento científico. En esa línea, DUGUIT despacha por carentes de razonabilidad los trabajos de DUCROCP en relación con la tesis de la dupla personalidad jurídica del Estado, la personalidad de poder público y la derivada de la concepción del fisco o patrimonial; se opone igualmente a las exposiciones de JELLINEK y MICHOUUD en relación con los actos de autoridad y gestión, encuentra contrarios a sus planteamientos los trabajos de VON IHERING y JELLINEK en relación con la teoría de la autolimitación. A todas esas teorías se refiere indicando que son meras exposiciones especulativas, "[...] Basta enunciar estas teorías para mostrar que no son más que vanos juegos de espíritus. El carácter obligatorio de los contratos del Estado no es discutible, y esta afirmación constante y unánime del lazo que imponen al Estado demuestra una vez más la eliminación del concepto de poder [...]".
- 1179 LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, cit., pp. 224 a 228.
- 1180 GASTÓN JÈZE. *Principios generales del derecho administrativo*, t. III, cit., pp. 311 y ss. Para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos la administración puede acudir a los contratos administrativos, los cuales "[...] se asemejan a los que celebra un particular. Ante todo, el régimen jurídico de los contratos administrativos parecería ser el mismo a que se someten los contratos de los particulares. Pero esto no es más que una apariencia. Hay un elemento esencial que no se halla en las relaciones de particular a particular; estos contratos se concluyen para el funcionamiento de un servicio público [...]". En esa dirección, entonces, para JÈZE son contratos administrativos "[...] los contratos celebrados por la administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público, que se rigen por reglas especiales, distintas de las que se aplican a las relaciones de los particulares entre sí [...]". Estas reglas especiales que hacen diferente el contrato administrativo del que celebran los particulares la resume JÈZE en las siguientes: forma de los contratos; poderes unilaterales de la administración para obtener la ejecución fiel y regular del contrato; facilidades derivadas de la teoría de la imprevisión; conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa de los litigios derivados del contrato en razón de la presencia de las reglas especiales aplicables a los mismos.
- 1181 GASTÓN JÈZE. "Prólogo", en *Principios generales del derecho administrativo*, 2.^a ed., Madrid, Reus, 1928, p. 25. El servicio público consolida la idea real de la manifiesta diferencia entre el contrato del derecho civil y el propio del derecho privado.
- 1182 GASTÓN JÈZE. "Prefacio", en *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. XLIII. En ese aspecto la doctrina critica la posición de JÈZE al tratar de justificar precisamente lo que se veía venir en aquella época como una de las causas del naufragio de la teoría de los servicios públicos, y era nada menos que la ruptura del principio según el cual a este le correspondía tan solo un procedimiento de derecho público, cuando ya desde entrados los años veinte la jurisprudencia francesa había abierto la puerta a los denominados servicios de carácter industrial y comercial con el famoso *Arrêt Eloka*, que de por sí

- desvirtuaban toda su teoría; cfr. al respecto MARTÍN BASSOLS COMA. “Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”, cit.
- 1183 GASTÓN JÉZE. “Prefacio”, en *Principios generales del derecho administrativo*, cit., p. XLVI. De manera general JÉZE caracteriza el contrato de concesión de servicios públicos conforme a la siguiente línea de variables que concurren a su formación: los riesgos y peligros de la ejecución del negocio corren a cargo del concesionario; comúnmente la remuneración del concesionario se traduce en el reconocimiento de derechos para percibir y aprovecharse de tasas, tarifas que hubieren sido fijadas como retributivas por el servicio a cargo de los usuarios; el tiempo es determinante para la configuración del negocio, en ese sentido se le cataloga como de larga duración; la figura se da principalmente en los servicios que tienen carácter económico.
- 1184 *Ibid.*, t. III, pp. 170 y ss.
- 1185 *Ibid.*, t. IV, p. 5.
- 1186 RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO. *Los contratos administrativos*, Librería General de Vitoriano Suárez, 1927, p. 335.
- 1187 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “La figura del contrato administrativo”, cit., p. 110.
- 1188 JAIME VIDAL PERDOMO. *El contrato de obra pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979, pp. 9 a 16.
- 1189 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “La figura del contrato administrativo”, cit.
- 1190 JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 8 y 9.
- 1191 *Ibid.*, p. 9.
- 1192 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “La figura del contrato administrativo”, cit.
- 1193 RAFAEL ENTRENA CUESTA. “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración”, cit., pp. 42 y ss. Entre los principales exponentes de la concepción individualista se encuentran GIUSEPPE MANTELLINI. *Lo stato e il codice civile: Dei giudizi dello stato*, G. Barberà, 1882 y GIORGIO GIORGI. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali: esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, Fratelli Cammelli, 1901.
- 1194 RAFAEL ENTRENA CUESTA. “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración”, cit., p. 44.
- 1195 *Ídem.*
- 1196 RAFAEL ENTRENA CUESTA. “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración”, cit., p. 46. Entre los principales exponentes de esta corriente se destaca ORESTE RANELLETTI. *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Edit. Riveduta e Integrata, 1945.
- 1197 OTTO MAYER. *Derecho administrativo alemán*, t. I, cit., p. 184. Los trabajos de MAYER respecto de la negación al contrato estatal no fueron de amplio recibo en la doctrina alemana. ERNST FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, cit., refuta los planteamientos de MAYER por considerarlos como un argumento poco decisivo o convincente en contra de una realidad que nos enseña que el Estado contrata permanentemente: “La afirmación de OTTO MAYER de que el Estado siempre manda unilateralmente no puede invocarse, ciertamente, como argumento decisivo contra el contrato de derecho público como figura jurídica, pero hay tras de ella un cálculo político que es preciso tomar muy en serio...”.
- 1198 GASPAR ARIÑO ORTIZ. “Contrato del Estado”, cit., p. 7.
- 1199 RENATO ALESSI. *Instituciones de derecho administrativo*, t. II, Barcelona, Edit. Bosch, 1970, pp. 363 y ss.; RAFAEL ENTRENA CUESTA. “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración”, cit., pp. 48 y ss.
- 1200 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 18394: “Por ello, el contrato estatal es una forma de actividad administrativa, dado que tiene por objeto la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, en armonía con los derechos e intereses de los administrados que colaboran con éste para su logro, quienes si bien concurren a él persiguiendo un interés particular, que consiste en el derecho a una remuneración razonable, proporcional y justa previamente estipulada, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual, cumplen una función social que implica obligaciones. O sea, todo contrato estatal es expresión nítida de la función administrativa, tanto en su celebración como en su ejecución, en el entendido de que persigue la realización de un interés público”; cfr., entre otras, las Sentencias del 22 de julio de 2009, exp. 17552; 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 28 de abril de 2010, exp. 17935; 15 de abril de 2010, exp. 18014; 19 de junio de 2010, exp. 14496; 25 de agosto de 2011, exp. 14461; 31 de agosto de 2011, exp. 18080; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476, y del 15 de noviembre de 2011, exp. 21178.
- 1201 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 14 de febrero de 2012, exp. 38924: “[...] el principio constitucional de igualdad, regulado en el artículo 13 de la Carta, que engendra el derecho fundamental de esta misma denominación, en concordancia con el artículo 5.º de la misma norma superior, incorpora a nuestro ordenamiento el de la proscripción a la discriminación, que afecte o vulnere los derechos, libertades y oportunidades de las personas, lo que trasladado al ámbito de la libre competencia económica significa, la tacha absoluta al tratamiento diferente, injustificado y desproporcionado y sin fundamento legal que trunque la realización efectiva, real y oportuna de los presupuestos básicos del principio de la libre competencia, tales como los de concurrencia, y conformación competitiva de los precios, transparencia [...] En materia de libre competencia el principio de igualdad de tratamiento a los actores del mercado, prohíbe no solo cualquier tipo de discriminación manifiesta, sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado [...] La finalidad de la igualdad no puede ser otra en materia de competencia económica, que la de favorecer una competencia efectiva a través de tratos idénticos a situaciones comparables que involucren actores del mercado. Materialmente, encarna igualdad de oportunidades a todos las personas en el ámbito de la competencia y la contratación pública [...] los procesos de selección, cualquiera que sean ellos, en especial el de subasta, deben estar dominados por el principio de igualdad, no solo de concurrencia, que para el caso lo sería plural, dada las exigencias del artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, sino también, en la competencia conformadora del precio ‘maximizado’ para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, tal como lo ordena la norma [...] Es que la igualdad se garantiza haciendo realmente efectiva la competencia en cuanto la misma vincula a una pluralidad de actores del mercado interactuando, luego en relación con el tratamiento que se le dé a cada uno de ellos en sus derechos, intereses, libertades y oportunidades, en relación con el conjunto y teniendo como referente objetivo el ordenamiento jurídico, se consolida el derecho fundamental postulado en el principio en mención”; cfr. también, Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso

Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 31 de agosto de 2006, exp. 13603; 4 de junio de 2008, exp. 14200; 29 de agosto de 2007, exp. 15324; 3 de diciembre de 2008, exp. 15766, y 5 de junio de 2008, exp. 8431, entre otras.

- 1202 A efectos de garantizar el principio de transparencia y el deber de selección objetiva al interior de los procesos de selección de contratista, se debe asegurar la libre concurrencia de oferentes, pues de no ser así se estaría restringiendo el número de posibles proponentes, creándose de esa forma un universo limitado que conllevaría a la administración a no seleccionar la mejor oferta y la más favorable a la satisfacción de sus intereses; al respecto, cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 18118: “El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc. [...] La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes [...] Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta”.
- 1203 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 18118: “El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc”...
- 1204 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de abril de 2004, exp. 14651.
- 1205 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 18 de marzo de 2004, exp. 15936; 21 de abril de 2004, exp. 10875; 21 de abril de 2004, exp. 14651; 20 de octubre de 2005, exp. 14579; 19 de octubre de 2005, exp. 15001; 5 de diciembre de 2007, exp. 16704; 1.º de diciembre de 2008, exp. 15603; 23 de abril de 2009, exp. 16372; 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 7 de octubre de 2010, exp. 18496; 24 de enero de 2011, exp. 15940; 7 de marzo de 2011, exp. 20683; 23 de julio de 2011, exp. 21318, y 15 de noviembre de 2011, exp. 21178.
- 1206 LUIS ARROYO JIMÉNEZ. *Libre empresa y títulos habilitantes*, cit., p. 166.
- 1207 *Ibid.*, p. 145.
- 1208 RENÉ DAVID. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 279.
- 1209 HENRY WILLIAM RAWSON WADE. *Derecho administrativo*, cit.
- 1210 RENÉ DAVID. *Os grandes sistemas*, cit., pp. 291 y 292.
- 1211 GASPAR ARIÑO ORTIZ. “Contrato del Estado”, cit., p. 12.
- 1212 GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit.; JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER. “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española”, cit.; ALLAN R. BREWER-CARÍAS. “Contratos administrativos”, en *Colección Estudios Jurídicos*, n.º 44, Caracas, Jurídica Venezolana, 1992; RAFAEL ENTRENA CUESTA. “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, cit.; RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit.; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “La figura del contrato administrativo”, cit.; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. I, cit.; FERNANDO GARRIDO FALLA. “El negocio jurídico del particular en el derecho administrativo”, cit.; ÍD. *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, cit.; LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit.; SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, cit.; JUAN CARLOS CASSAGNE. *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999; JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL. *Doctrina del contrato del Estado*, cit.; Universidad Externado de Colombia. *Banco de datos jurídicos*, “Contratación estatal. Legislación y jurisprudencia”; JAIME VIDAL PERDOMO. “La noción de contrato estatal en derecho colombiano”, ponencia no publicada, Bogotá, 1999; JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, t. III, “Contratación administrativa”, Madrid, Universidad de Madrid, 1983.
- 1213 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 964.
- 1214 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de junio de 2011 exp. 18836, sobre el contrato estatal como instrumento básico para la satisfacción de intereses generales: “Por averiguado se tiene que mediante el contrato estatal se persigue la prestación de servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general. Esta particularidad de la contratación estatal determina que la ejecución del objeto contractual sea un asunto vertebral y es por eso que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inexecución”; cfr. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 28 de marzo, exp. 20393, y del 7 de julio de 2011, exp. 18762, que al hacer referencia a los requisitos para que la entidad estatal pudiese ejercer la potestad de interpretación unilateral del contrato manifestó: “La razón de ser de todas estas exigencias está en que mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general. En efecto, la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos determina que la pronta y eficaz ejecución del objeto contractual sea un asunto esencial y privilegiado en la contratación estatal y por lo tanto no puede permitirse que las divergencias sobre el alcance de las estipulaciones negociales conduzcan a la paralización o inexecución del contrato”; cfr. también Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 21 de abril de 2004, exp. 14651; 26 de febrero de 2004, exp. 14043; 29 de enero de 2004, exp. 10799; 2 de septiembre de 2004, exp. 14578; 19 de agosto de 2004, exp. 12342; 14 de abril de 2005 exp. 14583; 20 de octubre de 2005, exp. 14579; 22 de julio de 2009, exp. 17552; 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 28 de abril de 2010, exp. 17935; 15 de abril de 2010, exp. 18014; 19 de junio de 2010, exp. 14496; 21 de febrero de 2011, exp. 16105; 7 de marzo de 2011, exp. 20683; 25 de agosto de 2011, exp. 14461; 31 de agosto de 2011, exp. 18080; 7 de julio, exp. 18762; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476; 12 de febrero de 2012, exp. 19730; 28 de marzo de 2012, exp. 22471; 8 de agosto de 2012, exp. 23358; 8 de mayo de 2013, exp. 24510, y 13 de junio de 2013, exp. 24809.
- 1215 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 964 y 965.
- 1216 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 21 de abril de 2004, exp. 14651; 24 de febrero de 2005, exp. 14937; 22 de julio de 2009, exp. 17522; 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 23 de junio de 2010, exp. 17860; 23 de junio de 2010, exp. 17860; 28 de abril de 2010, exp. 17935; 7 de marzo de 2011, exp. 20683, y 25 de agosto de 2011, exp. 14461.
- 1217 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 121 y ss.

1218 JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, cit.

1219 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “La figura del contrato administrativo”, cit.

1220 JUAN CARLOS CASSAGNE. “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en JUAN CARLOS CASSAGNE y GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Buenos Aires, LexisNexis y Abeledo Perrot, 2005, pp. 51 y ss.; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 14 de febrero de 2012, exp. 38924: “[...] las reglas instituidas en el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009 para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados, solo son entendibles jurídicamente bajo consideraciones de libre y leal competencia económica [...] la anterior remisión interpretativa del legislador, al concepto de libre y leal competencia económica deviene del alcance material y sistemático surgido de la interacción entre las cláusulas constitucionales de la libre competencia instituida en los artículos 88 y 333 constitucionales y la del Estado social y democrático de derecho, que hacen del concepto, no solo uno de los pilares de la constitución económica, en cuanto soporta a oferentes y demandantes de bienes y servicios en la dinámica del mercado, sino también, que lo torna en un concepto materialmente vinculado a los elementos propios de la vida democrática de nuestra sociedad, vinculado con el interés general, esto es de carácter colectivo, sin perder su horizonte como derecho subjetivo, de aquí que el legislador lo convierta en la piedra angular de cualquier lectura que se haga de la Ley 1341 de 2009 [...] la libre competencia económica, recogida en los artículos 88 y 333 constitucionales, constituye una especial y particular situación de interacción dinámica y permanente entre los agentes característicos del mercado, en la cual, en relación con estos, se predica la existencia de un claro derecho subjetivo, soportado en el concepto de libertad, que les permite, por regla general, ofrecer bienes y servicios en el mercado, y de elegir a quien compra o adquiere estos bienes y servicios, con sujeción a las reglas del mercado, lo cual, dada la magnitud y significado de esta interacción, se reconoce constitucionalmente como un asunto de interés para la colectividad en general, aspectos todos estos que deben ser garantizados y protegidos por el Estado, y solo limitados excepcionalmente en fundadas razones de interés general por el legislador. La libre competencia económica implica necesariamente para un bien o servicio determinado, que existe una pluralidad de oferentes y una pluralidad de demandantes, en donde quienes ofrecen compiten entre sí para que los consumidores los elijan, y los consumidores, a su vez, entre ellos, para tener la posibilidad de adquirir los bienes o servicios requeridos, dado que en el mercado la oferta es siempre limitada. La libertad económica establecida en el artículo 333 constitucional comporta la libertad de elegir. A los agentes económicos del mercado se les reconoce el derecho de elegir [...] La libre competencia económica no solo implica garantizar al individuo el libre ejercicio de una actividad económica cualquiera dentro de los límites legales; también supone su consideración plural en cuanto todos son potenciales agentes del mercado. De tal manera, se pretende armonizar el interés privado y particular del competidor, con el interés de la sociedad y del Estado que propende por la existencia de un mercado o sistema económico competitivo, equitativo y participativo [...] por su incidencia en la vida de la sociedad colombiana, el artículo 88 de la Carta le atribuye a la libertad de competencia económica el carácter de derecho colectivo, esto es, vinculado adicionalmente con el abstracto mundo de la colectividad, que consolida los compromisos económicos bajo la idea de lo social; en este sentido, va más allá de una simple libertad de corte individualista, apuntalando en nuestro ordenamiento jurídico un derecho que incorpora los intereses subjetivos bajo el amplio contexto de los derechos colectivos, esto es una figura ligada por esta consideración a la idea de pluralidad e interacción social, básicamente dialéctica para su consolidación y desarrollo real y efectivo [...] Conforme a los desarrollos de la doctrina y los propósitos mismos de las normas señaladas, el principio de libre concurrencia plural de interesados al mercado, busca ante todo hacer énfasis y determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y por lo tanto óptima para la administración pública contratante. El postulado, así visto, se funda igualmente en consideraciones profundamente inspiradas en la cláusula constitucional de la democracia, tales como la competencia, la concurrencia participativa y plural de actores del mercado interesados en relacionarse con la administración pública, lo que permite sostener la necesaria convivencia de un sistema económico democrático, fundado en la libre competencia plural como interés de la colectividad [...] La concurrencia se convierte para el concepto de libre competencia económica en su determinante jurídica, en la base de toda su construcción en cuanto que sin ella se haría imposible cumplir los propósitos constitucionales del principio y la interacción en el mercado sería imposible. Es que precisamente la libre concurrencia busca la protección de los intereses económicos de la administración promoviendo la máxima participación competitiva posible [...] En efecto, la participación de un número plural de interesados en dichos procesos de asignación de bandas de frecuencia propicia la masificación y democratización de la participación de los individuos en el acceso a los medios de comunicación”. En lo relativo a las limitaciones del principio de la libertad económica en materia de contratación estatal en vigencia de la Constitución Política de 1991 cfr. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2007, Actor Bernardo Henaó Jaramillo, Demandado La Nación – Ministerio de Comunicaciones; Sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 32690: “La posibilidad de que los servicios públicos sean prestados por particulares, a más de por el Estado (como era tradición en el derecho colombiano), es sin duda alguna, una de las grandes novedades de la Carta Política de 1991, que se conoce como ‘liberalización’ o ‘libre entrada’. De este cambio se deriva, de manera indudable, una connotación económica de los servicios públicos, que supone la posibilidad de obtener rendimiento con su prestación, sin importar si ésta es desarrollada por agentes públicos o privados. Esta connotación implica el reconocimiento de unos derechos y libertades de esta naturaleza, a los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, especialmente aquellos que se engloban tradicionalmente bajo el rótulo de ‘libertad económica’, es decir, libertad de iniciativa privada, de empresa, y libre competencia [...] La libertad económica comprendida como derecho, ha tenido una evolución histórica de la mano de la transición del Estado liberal de derecho al Estado Social y de derecho. En efecto, si bien desde una óptica liberal se trataba de un derecho casi absoluto, en el marco de un Estado Social y de derecho como el colombiano, encuentra unos límites, como son el ‘bien común’, ‘el interés social’, ‘el ambiente’, ‘el patrimonio cultural de la Nación’, y la ‘función social’ que orienta el ejercicio de la libertad de empresa. Estos límites, los encuentra cualquier agente que pretenda desarrollar una actividad económica sin importar su naturaleza, de modo que quien decida prestar servicios públicos debe someterse a ellos”.

1221 JUAN CARLOS CASSAGNE. *El contrato administrativo*, cit., pp. 12 y ss.

1222 Respecto de los antecedentes de la normatividad contractual cfr. CARLOS H. PAREJA. *Curso de Derecho Administrativo. Teórico y práctico*, Bogotá, ABC, 1937, p. 161, quien en su descripción del sistema dominante resalta que la ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no había incorporado plenamente los principios y reglas del derecho francés sobre el control judicial contencioso administrativo. Profundamente influenciado por la escuela de los servicios públicos, PAREJA reclamaba, por esa época, sujetar el contrato del Estado a la concepción bipartita de contratos administrativos y de derecho privado de la Administración, con base en la idea de que el Estado, por principio, debe preservar el interés general que involucra todo servicio público. Señalaba PAREJA que por esa época la influencia extraordinaria de los estudios de derecho romano y derecho civil en nuestras facultades hacía que nuestros juristas, estadistas y presidentes se formaran en la creencia errónea de que el Estado, “al disponer por concesión de sus petróleos, de sus minas, de sus tierras, etc., lo hace como persona privada, sujeto únicamente a las reglas del Código Civil, y allí se ha originado la disposición que asigna a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de todos los litigios provenientes de contratos que celebra el Estado [...] No se ha formado en Colombia, como ya observamos, una teoría de los actos administrativos, y menos un criterio uniforme y seguro sobre esa clase especial de actos de la Administración Pública que se conocen con el nombre de concesiones y contratos administrativos [...]”.

1223 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14579: “... puede observarse entonces, que la Ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 20 de octubre de 2005, exp. 14579; 15 de abril de 2010, exp. 18014; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476; 23 de marzo de 2011, exp. 17072; 9 de febrero de 2011, exp. 17558; 15 de noviembre de 2011, exp. 21178; 13 de febrero de 2013, exp. 22279, y 13 de febrero de 2013, exp. 22601,

1224 En lo que se refiere a las épocas características del régimen jurídico de los contratos del Estado en el derecho colombiano podemos destacar: 1. El régimen jurídico nacional ha pasado por casi todas las posturas ideológicas en materia contractual, inicialmente y durante muchos años el contrato del Estado se rigió por las normas y principios del derecho privado, etapa que se agotó prácticamente con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964; 2. A partir de esa fecha se pasó

intempestivamente, sobre la base de una simple reforma judicial de competencias contenciosas respecto de los contratos de la administración pública, a un sistema profundamente influenciado por los trabajos sustantivadores del contrato del Estado, derivados del derecho administrativo francés que incorporaba principios y procedimientos de derecho público para la escogencia de contratistas por el Estado estableciendo profundas diferencias entre el contrato de derecho privado y el propiamente administrativo, a la vez que trasladaba sus litigios al juez contencioso administrativo (Dctos. 528 de 1964; 150 de 1973 y, posteriormente, 222 de 1983); 3. Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, se terminó, en el derecho colombiano, la diferencia entre contratos de derecho público y de derecho privado, surgiendo la figura del contrato estatal, el cual se sujeta a principios de derecho público y de derecho privado, aunque debe anotarse que para ciertas entidades el legislador ha diseñado un contrato estatal sujeto, por regla general, al derecho privado, y excepcionalmente al derecho administrativo. Esos cambios básicos comenzaron a ser impulsados a partir de la política neoliberal que, sumida en el principio de la libre competencia económica, consideraba que los actores públicos no podían ser un obstáculo para el ejercicio de dicha libertad, y que el Estado, al igual que los particulares, por regla general debía actuar en el tráfico jurídico ordinario en condiciones de igualdad; por lo tanto, resultaba inevitable abandonar las rígidas estructuras que sobre contratación estatal el Estado intervencionista había montado a partir de los años sesenta, en pretendida sustantividad del contrato administrativo, y abrirle paso a un sistema mucho más coherente con los fenómenos de la economía y la globalización, frente a los cuales los entes públicos no podían estar ausentes, ni mucho menos excluidos, con todas las consecuencias que este planteamiento implicaba desde el punto de vista jurídico, en la medida que llamaba a modificar las estructuras sustentadas en los principios y dogmas de estricto derecho administrativo; 4. Los conceptos básicos de la Ley 80 de 1993, en cuanto remisión al derecho privado en la base de la legalidad del contrato estatal, fueron reiterados en la reforma a la ley de contratación pública introducida por la Ley 1150 de 2007, sin embargo, en esa reforma se hizo un profundo énfasis en los asuntos relativos a los procedimientos de selección de contratistas, determinando un régimen característicamente interventor y reglado en la materia.

1225 Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, cit., p. 69. Por otra parte, en lo que respecta propiamente al régimen jurídico colombiano de los contratos del Estado se ha entendido, por vía jurisprudencial, que el contrato del Estado comparte ese ámbito integrador de lo público y lo privado; así, en Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de septiembre de 1997, C.P.: CARLOS BETANCOURT JARAMILLO, exp. S-701, expuso la Corporación que “El legislador de 1993, mediante la Ley 80, pretendió que la actividad contractual del Estado quedara bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado...”.

1226 JUAN CARLOS CASSAGNE. *El contrato administrativo*, cit., p. 14.

1227 Ley 80 de 1993. “Artículo 1. *Del objeto*. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”.

1228 Ley 80 de 1993. “Artículo 2.º. *De la definición de entidades, servidores y servicios públicos*. Para los solos efectos de esta ley: // 1. Se denominan entidades estatales: La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. // El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

1229 Lo anterior para los casos en los que opera plenamente el régimen jurídico del contrato estatal, porque es cierto que nuestra legislación establece excepciones al respecto. Así, diferentes disposiciones de naturaleza especial han invertido el principio de la Ley 80 de 1993 y trasladado al derecho privado la regla general en materia de contratación de ciertas entidades que, sin lugar a dudas, no son solo administrativas, sino que en muchos casos cumplen funciones públicas y prestan servicios públicos. Casos ejemplares, y que merecen destacarse, son, por ejemplo, las sociedades entre entidades públicas del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, así como los del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, contenidos en las leyes 142 y 143 de 1994, y en las disposiciones dictadas a propósito de las universidades públicas (Ley 30 de 1992). La misma situación jurídica se predica del régimen aplicable a los contratos de algunas otras entidades que, sin discusión alguna, son verdaderas entidades públicas (como el caso concreto de los hospitales y de los contratos que celebren las entidades públicas con organismos sin ánimo de lucro), eventos en los cuales, por expresa disposición de sus correspondientes normatividades, se aplica el derecho privado como el régimen jurídico principal. Ahora bien, la situación se agudiza a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, en donde de manera general se exceptúan del régimen de contratación pública todas las entidades públicas que desarrollen su objeto social bajo condiciones de mercado y competencia. Sin embargo, la referencia al derecho propio de las actividades de mercado y de competencia no es absoluta, pues de todas maneras, y para todos los casos, en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en forma perentoria e imperativa, el legislador obliga a que dentro de los procesos contractuales que deban regirse por las disposiciones y principios del derecho privado se apliquen principios propios de la función pública, esto en la medida en que de una u otra manera, quiérase o no, así la actividad sustraída del marco de la contratación pública, sea típica o propia de mercado y competencia, la misma se hace por servidores públicos y en ella están comprometidos recursos públicos en los términos del artículo 1.º de la Ley 1150 de 2007. Sobre esta base el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispone que “[...] Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal [...]”. Esto es, todo proceso de selección que adelanten las entidades exentas del régimen de la contratación pública estatal deben preservar y respetar, siempre y en todo lugar, los principios rectores de la función pública administrativa, los relativos al control fiscal, y aplicar de manera estricta el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en la Ley 80 de 1993 y en las demás disposiciones aplicables a los contratos del Estado, y a los contratos que tramiten y celebren estas entidades.

1230 Ley 1150 de 2007. “Artículo 1.º *Objeto*. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos”.

1231 En relación con la aplicación del criterio orgánico a efectos de determinar la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 2 de mayo de 2007, exp. 14464; 3 de diciembre de 2007, exp. 24710; 4 de diciembre de 2007, exp. 16652 (acum.); 25 de febrero de 2009, exp. 16103; 15 de abril de 2010, exp. 18292; 15 de abril de 2010, exp. 18014; 19 de junio de 2010, exp. 14496; 23 de junio de 2010, exp. 18395; 11 de agosto de 2010, exp. 18636; 9 de febrero de 2011; 23 de febrero de 2011, exp. 27560, exp. 17558; 28 de julio de 2011, exp. 17435; 26 de septiembre de 2011, exp. 16655; 15 de noviembre de 2011, exp. 21178; 13 de febrero de 2013, exp. 22279; 27 de febrero de 2013, exp. 20812; 27 de febrero de 2013, exp. 22946; 27 de febrero de 2013, exp. 22601; 17 de abril de 2013, exp. 22713; 17 de abril de 2013, exp. 23359; 29 de mayo de 2013, exp. 23313, y 12 de junio de 2013, exp. 22821.

1232 Ley 80 de 1993. “Artículo 13. *De la normatividad aplicable a los contratos estatales*. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

1233 Ley 80 de 1993. “Artículo 28. *De la interpretación de las reglas contractuales*. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a

procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

- 1234 Ley 80 de 1993. “Artículo 32. *De los contratos estatales*. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: [...]”.
- 1235 Ley 80 de 1993. “Artículo 40. *Del contenido del contrato estatal*. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. // Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. // En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley, y a los de la buena administración. // En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley [...]”.
- 1236 De manera expresa la Ley 80 de 1993 incorporó al contrato del Estado, dentro de un contexto mixto, tanto principios de derecho público como de derecho privado, donde lo público predomina sobre lo privado pese a que importantes componentes del contrato se sujetan ampliamente a las reglas civiles y comerciales. Se instauró así un sistema donde las normas y principios del derecho administrativo constituyen la regla general, y de manera complementaria, en ciertos casos y frente a determinadas circunstancias del contrato, se aplican las normas del derecho privado, sin que el contrato pierda su naturaleza de público.
- 1237 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998, exp. 1402 de 1998, en *Banco de datos jurídicos* (salvo indicación en contrario, se hace referencia, siempre, a “Contratación Estatal”). Respecto de la problemática del derecho público y privado en la ley de contratación del Estado expuso el Consejo: “Como ya lo ha expresado la Corporación, mediante la Ley 80 de 1993 la actividad contractual del Estado quedó bajo la denominación del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado. En efecto, el precitado artículo 32 prescribe que los actos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto se encuentran ‘previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad’, así como los que, a título enunciativo, allí se establecen. Lo anterior significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra la ley o derecho ajeno. Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual; el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: éstos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece de manera expresa en cuáles contratos se deberán pactar las cláusulas exorbitantes al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, y en cuáles contratos se prescindirá de dicha utilización, como sucede con los que se celebren con personas públicas internacionales, en los de empréstito, donación, arrendamiento, etc. Por otra parte, existen contratos estatales que por disposición legal son regulados por el derecho privado sin perder tal condición, por ejemplo el contrato de fiducia pública, al cual, por virtud del numeral 5 artículo 32, del estatuto contractual, ‘le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil’, en cuanto sean compatibles con dicho estatuto”.
- 1238 Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 septiembre de 2001: “Particularmente, en cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley”.
- 1239 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de junio de 2011, rad. 18836: Respecto de la aplicación del principio de buena fe a las actuaciones administrativas emprendidas con ocasión de la celebración de contratos estatales, mediante la sentencia en cita se manifestó respecto de los artículos 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil que: “Estos preceptos, a no dudarlo consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia. // Por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual. En sentencia proferida el 19 de noviembre de 2012 por el Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, mediante la cual se unificó la jurisprudencia relativa a la *Actio in rem verso*, respecto del principio de buena fe, se manifestó: ‘[...] la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva’. // En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva. Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados [...] la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho ‘constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario’ [...] el contrato se rige bajo el principio de la buena fe objetiva que implica la sujeción a todos los principios y valores propios del ordenamiento jurídico, tal como atrás se expresó”. Cfr. también, Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 11 de julio de 1996, exp. 9409; 29 de enero de 1998, exp. 11099; 6 de julio de 2005, exp. 12249; 31 de agosto de 2006, exp. 14287 (acum.); 16 de agosto de 2006, exp. 15162; 4 de diciembre de 2006, exp. 16541; 29 de agosto de 2007, Radicados 15324 y 15469; 2 de mayo de 2007, exp. 15599; 7 de julio de 2007, exp. 14669; 4 de octubre de 2007, exp. 16368; 20 de septiembre de 2007, exp. 1670; 20 de febrero de 2008, exp. 14650; 4 de junio de 2008, exp. 14200; 30 de julio de 2008, exp. 23003, exp. 15152; 11 de febrero de 2009, exp. 15757; 18 de julio de 2012, exp. 22221, y 8 de agosto de 2012, radicados 23044 y 2304, entre otras.
- 1240 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de marzo de 2011, rad. 18118, en relación con la sujeción a principios legales: “[...] De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin dejar de lado los postulados que rigen la función administrativa, esto es que esa función

está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc. La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes. Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta”.

- 1241 Constitución Política de Colombia. “Artículo 2.º. *Son fines esenciales del Estado*: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. // Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.
- 1242 Ibid.: “Artículo 123 [...] 2. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.
- 1243 Ibid.: “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.
- 1244 Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 septiembre de 2001: “Con fundamento en la autorización contemplada en el canon 150 Superior para regular los contratos del Estado, el legislador dictó la Ley 80 de 1993, que está apuntalada filosóficamente sobre dos premisas fundamentales: la autonomía de la voluntad y la incorporación de los principios del derecho privado, con las cuales se pretende combatir la ineficiencia administrativa que en este campo de la actividad estatal había originado para esa época el exceso de trámites y la abundancia de procedimientos. Igualmente, el estatuto contractual se fundamenta en los principios de transparencia, economía y responsabilidad (art. 23 de la Ley 80 de 1993), en el postulado de la buena fe establecido en el artículo 83 de la Carta Política, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa consagrados en el artículo 209 Fundamental”.
- 1245 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 26 de febrero de 2004, exp. 14043; 29 de enero de 2004, exp. 13416; 22 de julio de 2009, exp. 17552; 23 de marzo de 2010, exp. 17072; 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 28 de abril de 2010, exp. 17935; 15 de abril de 2010, exp. 18014; 19 de junio de 2010, exp. 14496; 25 de agosto de 2011, exp. 14461, y 28 de septiembre de 2011, exp. 15476.
- 1246 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 20 agosto de 1998, exp. 1042: “La aplicación del derecho civil y del comercial tiene el propósito de garantizar la libre economía y la apertura globalizadora, al igual que la libre empresa. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado precisamente que “[...] lo anterior es perfectamente comprensible, por cuanto las grandes tareas y responsabilidades que el Estado, en materia social y económica, está llamado a cumplir, los desafíos del desarrollo tecnológico y comercial, las políticas económicas de globalización, exigen del Estado una respuesta ágil, oportuna y ética, que no podría producirse convenientemente dentro de los procedimientos del derecho público, por lo cual se ve precisado a acudir a instituciones de derecho privado que le permiten cumplir tales propósitos...”.
- 1247 Ley 80 de 1993: “Artículo 4.º. *De los derechos de las entidades estatales*. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior [...] 3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato”.
- 1248 Ibid.: “*De los derechos de las entidades estatales*. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior [...] 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. // Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”.
- 1249 Ibid.: “Artículo 5.º. *De los derechos y deberes de los contratistas*. Para la realización de los fines de que trata el artículo 30. de esta ley, los contratistas: 1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. // En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.
- 1250 Ibid.: “Artículo 25. *Principio de economía*. En virtud de este principio [...] 13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios. // 14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados”.
- 1251 Ibid.: “Artículo 27. *De la ecuación contractual*. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. // Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.
- 1252 “[...] el fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales, así como las contingencias y riesgos previsibles que sumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse”. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de junio de 2011, exp. 18836.
- 1253 Con respecto a los contratos innominados o atípicos, mediante Sentencia del 21 de abril de 2004, exp. 14651 la Corte señaló: “... de acuerdo con esto, resulta evidente que el celebrado entre el *Municipio de Melgar* y la firma *Dirhel Ltda.* no corresponde a un contrato de prestación de servicios y más bien se trata de un

- contrato innominado o atípico; con relación a esta clase de contratos, la doctrina ha reconocido de tiempo atrás su existencia en la contratación estatal, manifestando al respecto: ‘Los innominados son aquellos que presentan caracteres atípicos resultantes de la reunión en un contrato de diversos elementos constitutivos de los contratos típicos, como también aquellos otros que, dentro del marco de la legalidad, pueden ser celebrados por los órganos del Estado dentro de la esfera de su propia competencia. FIORINI sostiene que el contrato innominado se desconoce en el derecho administrativo’. Consideramos equivocada esta afirmación. Como expresa RIVERO: ‘Fuera de esos contratos (que deja enumerados renglones más arriba) que corresponden a un tipo determinado, como los contratos especiales del derecho civil, la administración utiliza el procedimiento contractual a los fines y según las combinaciones más diversas: son los contratos innominados de derecho administrativo. Todo esto pone en relieve la expansión que conoce actualmente el contrato administrativo y la renovación que resulta en su teoría general’. También ESCOLA rechaza la posición negativa de FIORINI: ‘Es cierto que los más importantes contratos administrativos están nominados y regidos por la ley. Pero no es sostenible en cambio que la administración pública, en el curso de esa gestión, no pueda celebrar sino esos contratos, y solamente éstos [...] Al contrario, si el interés público lo exige, si la actividad administrativa lo impone, no puede negarse a la administración la posibilidad de celebrar otros tipos o clases de contratos, y aun la de crear nuevas figuras contractuales’. Coincide MARIENHOFF: en el derecho administrativo –salvo excepciones– la mayoría de los contratos no están disciplinados normativamente, de donde, implicando figuras que no constituyen contratos pertenecientes a una categoría predeterminada, carecen de una denominación especial. Hacemos nuestros esos conceptos y agregamos que, además, como se ha dicho, aun cuando siempre rija la máxima ‘*plus est in re quam in nomine*’, esta clasificación de contratos nominados e innominados presenta interés para conocer cuál ha sido el propósito de las partes al celebrarlos, y cuáles son las reglas a que pueden estar sometidos, principalmente si se trata de un contrato disciplinado por normas legales”; MIGUEL ÁNGEL BERCAITZ. *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1980, p. 252 (cita original de la sentencia a la que se hace referencia). Sentencias del 27 de julio de 2005, exp. 14039; 11 de agosto de 2010, exp. 16941; 23 de junio de 2010, exp. 17860; 15 de abril de 2010, exp. 18014; 23 de junio de 2010, exp. 18294; 23 de marzo de 2011, exp. 17072; 13 de febrero de 2013, exp. 22279, y del 27 de febrero de 2013, exp. 22601.
- 1254 Sentencias del 22 de julio de 2009, exp. 17552; 11 de agosto de 2010, exp. 16941; 28 de abril de 2010, exp. 17935; 15 de abril de 2010, exp. 18014; 14 de abril de 2010, exp. 17214; 15 de abril de 2010, exp. 18014; 25 de agosto de 2011, Subsección B, exp. 14461; 14 de febrero de 2011, exp. 15225; Sección Tercera. Subsección C, exp. 17557; 31 de agosto de 2011, exp. 18080, y 30 de enero de 2013, exp. 24020.
- 1255 Código Civil: “Artículo 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.
- 1256 Código de Comercio: “Artículo 864. *Definición de contrato*. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. // Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851”.
- 1257 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 23 de marzo de 2012; 30 de agosto de 2011, ref. 11001-3103-012-1999-01957-01, y 24 de julio de 2012, exp. 1100131030392005-00595-01.
- 1258 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Editorial Temis, 1998, pp. 144 y ss.; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14579: “En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de marzo de 2010, exp. 17072.
- 1259 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid y Barcelona, INAP y Marcial Pons, 2003, p. 325.
- 1260 En la doctrina alemana la tesis se le atribuye al profesor OTTO MAYER, quien sostenía la imposibilidad de la existencia de contratos entre el Estado y los particulares en razón a que se trataba de partes de naturaleza y categoría diferentes. El contrato presupone, expresaba el autor, sujetos jurídicos de la misma categoría, lo cual resulta imposible de darse en la medida en que el Estado, en cuanto sujeto de derecho público, implica siempre subordinación y fuerza vinculante unilateral. En la realidad de las cosas, reitera, más que contratos el problema es de actos administrativos. Esa tesis fue expuesta por OTTO MAYER en 1888 en su artículo “Zur Lehre von öffentlichrechtlichen Verträge”, AOR Bd 3 (1888) S.3 ff, citado por HARTMUT MAURER. *Elementos de derecho administrativo alemán*, SERGIO ANTONIO FABRIS (ed.), Porto Alegre, 2001, p. 132.
- 1261 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 18116: “Uno de los principios que orienta la actuación administrativa es el de publicidad, según el cual, ‘... las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código o la ley’ y, por lo tanto, ‘toda decisión administrativa debe ser dada a conocer para asegurar así el debido proceso en sus componentes, entre otros, de defensa y contradicción [...] Ahora, la publicidad también permite hacer efectivo el principio de transparencia que debe regir en las actuaciones de la Administración, en especial si se trata de su actividad contractual [...] Una de las maneras de comunicar o notificar consiste en entender que si una decisión se tomó en audiencia o diligencia, las partes quedaron notificadas de lo resuelto en el día en que ella se celebró aunque no hubieren concurrido”; cfr., entre otras, Sentencias del 21 de abril de 2004, exp. 14651; 24 de junio de 2004, exp. 15705; 20 de octubre de 2005, exp. 23058; 7 de septiembre de 2004, exp. 16503; 29 de agosto de 2007, exp. 15324; 13 de abril de 2011, Subsección C, exp. 37423; 7 de junio de 2012, Subsección C, exp. 22341; 8 de agosto de 2012, Subsección C, exp. 23358, y 29 de agosto de 2013, Subsección C, exp. 39005.
- 1262 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 143 y ss.; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de junio de 2004, exp. 15235: “[...] La selección objetiva, en concordancia con el art. 29 de la Ley 80 de 1993, se define a partir de criterios que son fácilmente identificables y que la ley enuncia: el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., los cuales, considerados integralmente –la llamada ponderación– permiten determinar la propuesta más favorable. Dichos factores podrán concurrir todos o los que la administración discrecionalmente establezca, de acuerdo con las necesidades del servicio y el fin del contrato. En otras palabras, la selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5.º), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia, art. 30 num. 3), y iii) la transparencia (art. 24). La comparación de los ofrecimientos es una de las garantías de la selección objetiva, la cual se efectúa de acuerdo con los parámetros previamente determinados en el pliego de condiciones. La metodología es variable por cuanto así como puede realizarse una operación matemática, puede ser un simple cotejo o una ponderación precisa, pero cualquiera sea la que se defina, la selección del contratista, en principio, está diseñada para efectuarse ante una pluralidad de ofrecimientos [...] No obstante, resulta obvio entender que la comparación o cotejo de ofertas es procedente efectuarla cuando existe pluralidad de ofertas, sin perjuicio de que, en el caso de un proponente único, también pueda hacerse con los precios del mercado. La actual ley de contratación pretende que la selección del contratista se realice con objetividad. Para ello la administración debe realizar una evaluación de los diferentes ofrecimientos, lo cual se cumple comparándolos conforme a las reglas y parámetros previamente establecidos en las condiciones de la contratación. Pero ésta que es la regla general, tiene una excepción, y es cuando al llamado público

- concorre un sólo proponente, caso en el cual no le está permitido a la entidad contratante invocar este motivo como suficiente para declarar desierto el proceso licitatorio”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 20 de octubre de 2007, exp. 14579; 20 de febrero de 2008, exp. 32690; 22 de julio de 2009, exp. 17552; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476; 9 de febrero de 2011, exp. 17558; 5 de abril de 2013, exp. 21312 (solo sujeción Derecho privado); 14 de abril de 2010, exp. 16432; 7 de marzo de 2011, exp. 37044, y 29 de julio de 2013, Subsección B, exp. 21642,
- 1263 RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., pp. 62 y ss.
- 1264 LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 100.
- 1265 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 25 de abril de 2012, rad. 22167, respecto del carácter económico del contrato se señaló: (respecto de la noción de contrato estatal prevista en los arts. 864 C.Co. y 1498 C.C.) “Se resalta de estas definiciones que lo que determina que un negocio jurídico sea específicamente un contrato es la concurrencia de dos elementos a saber: la pluralidad de partes y un interés de contenido económico que mediante él se regula. Por consiguiente si la disposición de intereses no requiere de la concurrencia de dos o más partes para hacer la regulación, o si ésta no tiene un contenido económico, tal acto será un negocio jurídico pero jamás podrá catalogarse como contrato. Por el contrario, si la disposición de intereses requiere de la concurrencia de dos o más partes para hacer la regulación y además ésta tiene un contenido económico, tal acto será un negocio jurídico que se cataloga específicamente como contrato”; cfr. también, entre otras, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 26 de febrero de 2004, exp. 14043; 23 de junio de 2005, exp. 12846; 20 de octubre de 2005, exp. 14579; 28 de septiembre de 2006, exp. 15307; 23 de junio de 2010, exp. 18294 y 31 de agosto de 2011, exp. 18080,
- 1266 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencias de abril de 2004, exp. 14651; 19 de agosto de 2004, exp. 12342; 20 de octubre de 2005, exp. 14579; 7 de marzo de 2011, exp. 20683 y 31 de agosto de 2011, exp. 18080
- 1267 Al respecto cfr. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de febrero de 2012, exp. 38942.
- 1268 FERNANDO ARAÚJO. *Teoría económica do contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 13 y ss.
- 1269 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (sobre los contratos innominados o atípicos). Sentencia del 21 de abril de 2004, exp. 14651: “Se trata pues, de contratos en los cuales el contratista se compromete a poner su fuerza de trabajo al servicio de la entidad contratante para la realización de una actividad específica relacionada con el cumplimiento de las funciones a cargo de aquella, obviamente a cambio de un pago, puesto que se trata de un contrato oneroso; es decir que la remuneración del contratista es un elemento esencial del contrato de prestación de servicios, puesto que sin ella, degeneraría en otra clase de contrato...”.
- 1270 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., p. 62; cfr. Sentencias del 29 de julio de 2013, Subsección B, exp. 21642, C.P.: RAMIRO PAZOS GUERRERO, y 29 de agosto de 2012, Subsección B, exp. 20615: “[...] La causa del contrato del Estado, esto es, el motivo que da lugar a su celebración, es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado [...] los particulares contratistas concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual [...] De ahí que, al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones. Por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor”; cfr., entre otras, Sentencias del 7 marzo, exp. 20683; 31 de agosto de 2011, Subsección B, exp. 18080; 15 de febrero de 2012, Subsección C, exp. 19730; 28 de marzo de 2012, exp. 22471, y 29 de octubre de 2012, Subsección B, exp. 21429. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 7 marzo, exp. 20683 y 31 de agosto de 2011, exp. 18080.
- 1271 GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., pp. 241 y ss.; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 14 de febrero de 2011, exp. 15225; 7 de marzo de 2011, exp. 20683, y 31 de agosto de 2011, exp. 18080,
- 1272 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012, exp. 11001-31-03-040-2006-00537-01; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencias del 22 de abril de 2004, exp. 14292; 24 de febrero de 2005, exp. 14937, y 7 de marzo, exp. 20683
- 1273 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C, 6 de mayo de 2015, exp. 35268: “... la estipulación de la comisión de éxito por virtud del principio de conmutatividad exige que se pacte por el Estado y los contratistas con base en referentes objetivos que se aproximen a un real equilibrio económico, sin sujetarse solamente a supuestos convencionales, bajo las siguientes reglas ‘fundadas en el principio de conmutatividad’: (1) por virtud del principio de planeación para la fijación de una comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios que suscriba una entidad pública se debe ‘establecer en los estudios previos la metodología y la escala de límites razonables para determinar la cuantía de la misma con el objeto de responder al principio de conmutatividad; (2) así mismo, se debe contar con los estudios ‘financieros, ‘económicos’ y ‘presupuestales, ‘que permitan sustentar’ y determinar su proyección en tiempo y cuantía, ‘lo que debe quedar incorporado’ en los pliegos de condiciones y en el contrato, de manera que no se convierta en una obligación indeterminada, no motivada e irrazonable, que pueda afectar el interés público o general, ‘y vulnerar el principio de conmutatividad’; (3) para el reconocimiento y la cuantificación de toda comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios debe contarse con ‘los estudios económicos, financieros’ y de mercado que permitan establecer el valor que pueda representar el resultado ‘o éxito’ efectivamente logrado con el objeto contratado; (4) el valor de la comisión de éxito comprende tanto el IVA, como los demás impuestos a que haya lugar a cargo del contratista; (5) en los contratos de prestación de servicios sólo se reconocerá la comisión de éxito siempre que efectivamente se logre beneficio[s] ‘o éxito objetivamente identificado en los estudios previos’, para el patrimonio público o el interés general; (6) en ningún caso podrá percibirse comisión de éxito por la simple ejecución del contrato cuando no se ha logrado o verificado efectivamente el beneficio o provecho para el patrimonio público; (7) no se puede pagar comisión de éxito por fuera de lo estipulado contractualmente, y (8) presupuestalmente debe estar respaldado el pago de la comisión de éxito para su pago, ‘de acuerdo con las normas y reglamentos, y en cumplimiento de la estricta legalidad de las disposiciones presupuestales aplicables por cada entidad pública’ (cursiva y resaltado propio del texto).
- 1274 Corte Constitucional. Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001: “El principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como sinalagmáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico negocial. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo, exp. 20683.
- 1275 GABRIEL ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, t. II, *Contratos*, Medellín, Dike, 1994, p. 200: “Es de destacar que, en el ámbito del derecho privado, la

- equivalencia de las cargas mutuas tiene un efecto meramente subjetivo en cuanto que, lo determinante de la figura, es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución, sin que tengan ninguna incidencia aquellos elementos de carácter objetivo que establece o fija el mercado [...] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 10 de abril de 2013, exp. 11001-31-03-043-2006-00782-01; 21 de febrero de 2012, ref. 1001-31-03-043-2004-00649-01; 6 de junio de 2006, ref. 11001-31-03-010-1998-17333-01, y 27 de agosto de 2008, exp. n.º 11001-3103-022-1997-14171-01; cfr. también Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de febrero de 2011, exp. 17663: “... la tensión que se aprecia en el trasfondo de la problemática reside en los principios de conmutatividad y la autonomía de la voluntad en el contrato estatal. Lo anterior, como quiera que ambos postulados, con puntuales matices, tienen aplicación en la contratación pública, razón por la que es necesario adelantar una precisa articulación e interpretación de los mismos, en aras de la satisfacción del interés público [...] Dentro de este panorama se inserta la condición conmutativa del contrato estatal, según la cual, en los términos del artículo 1498 del Código Civil, ‘el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...’. En consecuencia, lo que delimita la citada naturaleza del negocio jurídico estatal está referido a la equivalencia de la prestación y contraprestación, sin llegar al extremo de pretender una exactitud matemática [...] el paradigma del contrato estatal difiere, en este aspecto, sustancialmente del de naturaleza privada, toda vez que en este último las partes buscan la satisfacción de intereses personales y, siempre que se respeten los postulados de orden público y de la buena fe, es posible que alguno de los contratantes llegue a soportar una pérdida económica significativa derivada del mismo negocio, razón por la que no devenga aplicable la teoría del restablecimiento económico del contrato. *Contrario sensu*, al mediar el interés general en el contrato estatal, la administración pública no persigue un objetivo particular o individual sino el cumplimiento de los propósitos públicos; en esa medida, la finalidad consiste en la ejecución de la obra o la prestación del servicio en un escenario de eficiencia”; cfr., entre otras, Sentencias del 19 de agosto de 2011, Subsección C, exp. 20003; 23 de mayo de 2012, Subsección A, exp. 18355; 6 de junio de 2012, Subsección A, exp. 17327; 28 de junio de 2012, Subsección A, exp. 21990, y 29 de agosto de 2012, Subsección B, exp. 20615.
- 1276 GABRIEL ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, t. II, cit.: “[...] No ocurre lo mismo en el Derecho Público donde es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual”.
- 1277 Código Civil: “Artículo 1498. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.
- 1278 ANTONIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no directo civil*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 853 y ss.
- 1279 RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., pp. 447 y ss.
- 1280 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, RAP n.º 2, mayo-agosto de 1950; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 26 de febrero de 2004, exp. 14043; 22 de abril de 2004, exp. 14292; 2 de septiembre de 2004, exp. 14578; 22 de abril de 2004, exp. 14578; 11 de diciembre de 2004, exp. 19478; 11 de diciembre de 2004, exp. 16433; 18 de agosto de 2006, exp. 15162; 25 de agosto de 2011, exp. 14461; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476; 14 de febrero de 2011, exp. 15225; 7 de marzo de 2011, exp. 20683; 30 de junio de 2011, exp. 17433; 29 de mayo de 2013, exp. 23313, y 31 de agosto de 2011, exp. 18080.
- 1281 Laudo Arbitral del 24 de noviembre de 2000, Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir los litigiosos surgidos del contrato MI 100 para la construcción y suministro de equipos electromecánicos para el proyecto de la Hidroeléctrica Miel I, Partes: Constructora Edilberto Odebrecht SA; Grupo Mexicano de desarrollo SA; GMD Asea Brown Boveri Ltda.; ABB Sae Sadelimi SPA; Kvaerner Energy AS V/S Sociedad Fiduciaria Anglo SA Fiduango, Fidecomiso Miel I.
- 1282 GABRIEL ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, t. II, cit., p. 200.
- 1283 Respecto de la aplicación de esta figura a contratos de carácter estatal cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 4 de abril de 2002, exp. 13642; 24 de agosto de 2002, exp. 12850; 5 de marzo de 2004, exp. 12664; 4 de diciembre de 2006, exp. 15707, y 19 de octubre de 2011, exp. 16437.
- 1284 GABRIEL ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, t. II, cit., p. 200 y ss.
- 1285 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 26637: “[...] 2. De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado ‘deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad [...] La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales [...] Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2.º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales [...]’. Respecto de la previsibilidad en materia de riesgos y la sujeción al principio de planeación cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 26 de febrero de 2004, rad. 14043; 22 de julio de 2009, rad. 14389; 28 de septiembre de 2011, rad. 15476; 3 de octubre de 2012, rad. 23193; 1.º de febrero de 2012, rad. 22464; 8 de mayo de 2013, rad. 24510; 13 de junio de 2013, rad. 26637, y 13 de junio de 2013, rad. 24809, entre otras.
- 1286 Se ha considerado que aquellos contratos celebrados con vulneración del principio de transparencia y del deber de selección objetiva adolecen de nulidad absoluta, de conformidad con lo previsto en los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993, y 2.º, 3.º y 4.º del Decreto 855 de 1994, así lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado, en proveído por el cual se resolvió la demanda presentada con ocasión de un proceso de contratación directa al que se dio apertura para la adquisición de motocicletas para la Policía Nacional –Departamento del Quindío–, y en el cual se circunscribió la posibilidad de presentar ofertas a quienes pudieran vender la marca “Yamaha” sin justificación objetiva alguna. Al respecto se señaló: “[...] la entidad contratante circunscribió la posibilidad de presentar ofertas a quienes pudieran venderle motocicletas de marca *Yamaha* y por lo tanto impidió, sin que aparezca razón legal alguna que lo justifique, que aquellos que fabrican o comercializan otras marcas, o lo uno y lo otro, pudieran concurrir a presentar sus ofrecimientos, conducta esta que desconoce abiertamente el principio

de transparencia y el deber de selección objetiva cuya observancia de manera reiterada y categórica exigían los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2.º, 3.º y 4.º del Decreto Reglamentario 855 de 1994 [...] El hecho de aparecer en el exp. una cotización de una motocicleta marca Honda, antes que desvirtuar lo que se acaba de expresar, lo que hace es poner de relieve el fundamento de la consideración de la Sala pues la limitación que impuso la Administración había condenado al fracaso, “*ex ante*”, la propuesta de cualquier competidor diferente a *Yamaha* pues las ofertas debían ceñirse a lo requerido en la invitación a contratar [...] Y la anomalía se corrobora con el hecho de haber sido un proveedor de esta marca el adjudicatario del contrato [...] 3. El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder [...] Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra [...] En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso [...] En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato [...] Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder”; respecto de la declaratoria de nulidad en aras de proteger el interés general cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C, exp. 16326: “[...] si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se le impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas”; cfr., así mismo, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 23 de junio de 2010, exp. 18294, y Subsección B, 28 de septiembre de 2011, exp. 15476.

- 1287 Código Civil. “Artículo 1496. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.
- 1288 *Ibid.*: “Artículo 1497. “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.
- 1289 Ley 80 de 1993. “Artículo 39. *De la forma del contrato estatal.* Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. // Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales”.
- 1290 *Ibid.* “Artículo 41. *Del perfeccionamiento del contrato.* Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda” (inc. modificado por el art. 23 de la Ley 1150 de 2007).
- 1291 Código Civil. “Artículo 1500. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.
- 1292 Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de noviembre de 2012, mediante la cual se unificó la jurisprudencia relativa a la *actio in rem verso* respecto del carácter solemne del contrato estatal: “[...] de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 art. 41 inc. 4.º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta. No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios. En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia; cfr., así mismo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2011, rad. 17864: [...] para demostrar la celebración de un contrato solemne, cuando la solemnidad constitutiva consiste en un documento, no es admisible ningún otro medio probatorio y por ende la existencia del negocio no puede ser demostrada con la confesión de parte, con testimonios, con otros documentos diferentes al que constituye su solemnidad, con indicios o con un principio de prueba por escrito. Cuando se pretende exigir el cumplimiento de obligaciones surgidas de un contrato o la indemnización de los perjuicios causados con su incumplimiento, o lo uno y lo otro, la primera carga probatoria que asume el demandante es precisamente la de demostrar la existencia de ese negocio jurídico porque demostrando esto también demostrará, por contera, las obligaciones que de él surgieron”; cfr. también Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 2 de mayo de 2007, exp. 14464; 29 de noviembre de 2006, exp. 16855; 30 de julio de 2008, exp. 23003; 29 de noviembre de 2006, exp. 18398; 16 de mayo de 2007, exp. 16211; 3 de mayo de 2007, exp. 15605; 20 de septiembre de 2007, exp. 16852; 4 de diciembre de 2007, exp. 15933; 19 de agosto de 2009, exp. 17563; 29 de enero de 2009, exp. 15662; 28 de Febrero de 2013, exp. 24266; 7 de octubre de 2009, exp. 17762; 11 de noviembre de 2009, exp. 18015; 23 de junio de 2010, exp. 17667; 26 de mayo de 2010, exp. 18606; 11 de agosto de 2010, exp. 18636; 3 de marzo de 2010, exp. 37889; 26 de mayo de 2010, exp. 36085; 28 de abril de 2010, exp. 33407; 24 de enero de 2011, exp. 16326; 31 de enero de 2011, exp. 15800; 23 de marzo de 2011, exp. 17072; 23 de febrero de 2011, exp. 17560; 9 de mayo de 2011, exp. 17864; 29 de septiembre de 2011, exp. 21128; 8 de junio de 2011, exp. 17858; 29 de febrero de 2012, exp. 21314; 29 de febrero de 2012, exp. 23362; 25 de abril de 2012, exp. 22167; 28 de marzo de 2008, exp. 22168; 29 de febrero de 2012, exp. 23362; 7 de noviembre de 2012, exp. 23604, y 16 de agosto de 2012, exp. 19520.
- 1293 Al respecto cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 16494 “[...] la Sala advierte que la providencia se debe confirmar, por razones similares a las que expuso el *a quo* en su providencia. Adicionalmente, aclara que si bien no se aportó la copia del contrato estatal n.º 068 de 1989 que celebraron las partes del proceso, el objeto de la litis no exige su texto para estudiar las pretensiones, porque el cuestionamiento del actor, ahora apelante, radica en la falta de competencia que tiene la administración para declarar el siniestro de estabilidad de la obra, asunto que sólo exige demostrar ahora, en copia valorable, la declaración administrativa de esta decisión y la existencia de la póliza, lo cual se cumple adecuadamente. En esta medida, se precisa que la ausencia del contrato estatal, en el exp. de una acción contractual, no impide, inexorablemente, decidir de fondo, porque todo depende del alcance que tenga el debate procesal. En estos términos, no pueden negarse automáticamente las pretensiones o las excepciones del proceso, simplemente porque en el proceso no reposa el contrato, en original o en copia auténtica. Es necesario hacer un análisis, en cada caso, sobre la *causa*

petendi y las pretensiones, en función de la necesidad del texto del contrato para pronunciarse sobre ellas, pues en casos como el *sub iudice* el contenido de las obligaciones del negocio –valor del contrato, forma de pago, plazo, entre otros acuerdos–, no se requiere para decidir de fondo”.

- 1294 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 4 de junio de 2015, exp. 28400: “... en el primer supuesto las hipótesis se hacen más complejas, pero conviene aclararlas. Para empezar, la idea general es que cuando existe un contrato –con objeto y alcance bien determinados– que se ejecuta en mayor cantidad de la acordada, la acción adecuada para reclamar el posible perjuicio es la de controversias contractuales, porque entre demandante y demandado preexiste una relación de negocios que conduce a la reclamación judicial por el costo del mayor trabajo. Que la actividad haga o no parte de lo inicialmente contratado pertenece al debate, pero como entre el demandante y el demandado existe un negocio sus conflictos se gobiernan por esa acción, incluso para reclamar mayores cantidades de trabajo, porque al fin y al cabo proceden de esa relación jurídica”.
- 1295 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 4 de junio de 2015, exp. 28400: “... es el más natural, obvio y propio de la *actio in rem verso*, porque con ocasión de los hechos que conducen al enriquecimiento de una parte, el empobrecimiento de la otra, mediados por la relación causal entre ambos, es que se refleja la inexistencia de un medio procesal para reclamar la eventual compensación económica en favor del empobrecido, de ahí la configuración del enriquecimiento sin causa”.
- 1296 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 4 de junio de 2015, exp. 28400.
- 1297 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 4 de junio de 2015, exp. 28400.
- 1298 Código Civil. “Artículo 1499. El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.
- 1299 Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, en *Banco de datos jurídicos*, cit.: “El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general...”.
- 1300 Código Civil. “Artículo 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.
- 1301 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de febrero de 2012, rad. 19730: [...] la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley. Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos y que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general. Así que entonces, una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por esto que resulta contrario a la prestación del servicio público y por ende al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente y de manera discrecional o *ad nutum*. Con otras palabras, las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden”; cfr., entre otras, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 18 de marzo de 2004, rad. 15936; 21 de abril de 2004, exp. 10875; 21 de abril de 2004, exp. 12852; 20 de octubre de 2005, exp. 14579; 5 de diciembre de 2007, exp. 16704; 1.º de diciembre de 2008, exp. 15603; 23 de abril de 2009, exp. 16372; 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 7 de octubre de 2010, exp. 18496; 24 de enero de 2011, exp. 15940; 14 de febrero DE 2011, exp. 15225; 10 de marzo de 2011, exp. 16856; 10 de marzo de 2011, Subsección B, exp. 16856; 19 de octubre de 2011, exp. 18082; 28 de marzo de 2012, exp. 22471; 8 de mayo de 2013, rad. 24510, y 23 de junio de 2013, rads. 26637 y 24580,
- 1302 Ley 80 de 1993. “Artículo 14. *De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual*. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. // En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. // Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley. // 2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. // Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. // En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente. // Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”.
- 1303 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 19 de agosto de 2004, exp. 12342; 16 de febrero de 2006, exp. 13414; 20 de noviembre de 2008, exp. 17031; 7 de octubre de 2009, exp. 18496; 24 de enero de 2011, exp. 15940; 26 de julio de 2011, exp. 21318; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476; Subsección C 19 de octubre de 2005, exp. 15001.
- 1304 En lo relativo a la sujeción al derecho del debido proceso en materia sancionadora del Estado, o en ejercicio de facultades excepcionales y con sujeción a la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional, se ha señalado: “[...] con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al interesado la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa y es por esta razón que no es suficiente que esas decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso [...] no sólo se declaró la caducidad del contrato sin que el contratista pudiera ser oído previamente, sino que también sin haber sido

- notificada esa decisión, la Asamblea Departamental de Casanare procedió de inmediato, y por supuesto también sin audiencia de aquel, a liquidar unilateralmente el contrato, comportamiento este que nuevamente viola el derecho al debido proceso del señor Luis Carlos Leonel Jiménez López. Estas vulneraciones sucesivas del derecho al debido proceso implican que los mencionados actos sean nulos así como aquellos otros actos administrativos que negaron la revocatoria directa, aprobaron la liquidación unilateral del contrato y resolvieron el recurso de reposición que se interpuso contra ésta determinación”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 25 de julio de 2011, rad. 19150; cfr., entre otras, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 13 de abril de 2011, exp. 17259; 8 de junio de 2011, exp. 17858; 21 de febrero de 2011, exp. 16105; 18 de marzo de 2010, exp. 18394, y 23 de junio de 2010, exp. 16397.
- 1305 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2011, exp. 17558: “[...] por exclusión, la norma legal define un cuarto conjunto, que está integrado por todos los demás contratos, nominados e innominados, diferentes a los allí referidos, esto es, los tipos contractuales a los cuales no hizo alusión, expresamente, la norma analizada. En cuanto a este universo de tipos contractuales, frente a los cuales no se reguló la procedencia y el ejercicio de poderes exorbitantes, ha de concluirse que las partes contratantes no podrán estipularlas y mucho menos imponerlas, comoquiera que son potestades que de acuerdo con el principio de legalidad imprescindiblemente deben ser otorgadas por la ley, por contera no podrán incluirse por vía de interpretación ni por analogía [...]”; cfr. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 30832.
- 1306 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 22 de julio de 2009, exp. 17552; 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 24 de enero de 2011, Subsección C, exp. 15940; 10 de marzo de 2011, Subsección B, exp. 16856, y 21 de febrero de 2011, exp. 17555.
- 1307 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 19 de agosto de 2004, exp. 12342; 30 de noviembre de 2006, exp. 30832; 20 de noviembre de 2008, exp. 17031; 7 de octubre de 2009, exp. 18496; 24 de enero de 2011, Subsección C, exp. 15940; 9 de febrero de 2011, exp. 17558; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476; 15 de noviembre de 2011, Subsección C, exp. 21178.
- 1308 Respecto del contrato estatal como instrumento para el cumplimiento para la satisfacción del interés público o general cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 19 de agosto de 2004, exp. 12342; 7 de diciembre de 2004, exp. 13683; 20 de octubre de 2005, exp. 14579; 1.º de diciembre de 2008, exp. 15603 AP-0026; 13 de febrero de 2006, AP-0090; 13 de febrero de 2006; 3 de agosto de 2006, exp. 15687; 5 de junio de 2008, exp. 8431; 23 de abril de 2009, exp. 16372; 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 7 de octubre de 2010, exp. 18496; 24 de enero de 2011, exp. 15940; 15 de febrero de 2012, exp. 19730; 28 de marzo de 2012, exp. 20393; 28 de marzo de 2012, exp. 22471; 14 de marzo de 2012, exp. 21578, y 7 de julio de 2011, exp. 18762, entre otras
- 1309 Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999; cfr., igualmente, JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL. *Doctrina del contrato del Estado*, cit., p. 90.
- 1310 Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003: “La primacía del interés general afirmada en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1.º superior se constituye en el eje de toda actuación estatal. En este sentido el artículo 209 de la Constitución Política señala que ‘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...’. Añade también que ‘las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado’. En materia contractual dicho interés determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Es por ello que el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue ‘... el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines’. Y el inciso segundo de esa misma norma indica con claridad: ‘Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la Corporación ha recalado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés’.
- 1311 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Manual de derecho administrativo*, vol. I, Barcelona, Ariel, 1998, p. 607.
- 1312 Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, exp. D-2268: “Tenemos entonces que la función pública está al servicio del interés general, y que puede llevarse a cabo mediante el mecanismo de la contratación estatal. En consecuencia, es forzoso concluir que dicha contratación también está al servicio de ese interés general. Es por ello que el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue ‘el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines’. Y el inciso segundo de esta misma norma indica con claridad: ‘Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones...’.”
- 1313 JORGE BENDECK OLIVELLA. “Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993”, *Gaceta del Congreso*, n.º 75, 23 de septiembre de 1992: “Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en el que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados”.
- 1314 Corte Constitucional. Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992: “En el texto constitucional colombiano el interés general, definido por el legislador, se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general”.
- 1315 Sentencias del 22 de julio de 2009, exp. 17552; 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 7 de marzo de 2011, exp. 37044, y 26 de julio de 2011, exp. 21318.
- 1316 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 2013, exp. 24510.
- 1317 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42-43
- 1318 Criterio acogido por el Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C, Sentencias del 28 de marzo de 2012, exp. 22471; 24 de abril de 2013, exp. 27315, y Sección Tercera, 31 de agosto de 2006, exp. 14287: “[...] [l]as entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección,

encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. '10. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 20. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 30. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos'".

- 1319 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 7 de diciembre de 2004, exp. 13683; 16 de agosto de 2006, 15162; 31 de agosto de 2006, exp. 14287; 29 de agosto de 2007, exp. 14854; 29 de agosto de 2007, exp. 15324; 29 de agosto de 2007, exp. 15469; 31 de octubre de 2007, rad, exp. 15023; 1.º de diciembre de 2008, exp. 15603; 30 de julio de 2008, exp. 23003; 5 de junio de 2008, exp. 8431; 25 de febrero de 2009, exp. 16103; 10 de junio de 2009, exp. 17429; 14 de abril de 2010, exp. 16432; 15 de febrero de 2012, exp. 19730; 28 de marzo de 2012, exp. 22471, y 11 de abril de 2012, exp. 17434.
- 1320 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 26637.
- 1321 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 25 de febrero de 2009, exp. 16103; 23 de junio de 2010, exp. 17860; 10 de marzo de 2011, exp. 15666; 19 de agosto de 2011, exp. 20457; 25 de febrero de 2009, exp. 16103, y 8 de mayo de 2013, exp. 24510.
- 1322 GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Teoría del Equivalente Económico en los contratos administrativos*, cit., pp. 127 y ss.
- 1323 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 21 de febrero de 2012, ref. 11001-31-01-040-2006-00537-01; 2 de junio de 2006, exp. 00009-01, y 29 de octubre de 1936.
- 1324 HUGO PALACIOS MEJÍA. *La cláusula de equilibrio contractual y sus efectos en los contratos de concesión*, Bogotá, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de Hacienda, Coinvertir y Corporación Andina de Fomento, 1996, pp. 14 y 15.
- 1325 Ley 1150 de 2007. "Artículo 4.º. *De la distribución de riesgos en los contratos estatales*. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. // En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva".
- 1326 MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA. "La Teoría del Riesgo y la Responsabilidad Civil", en *Estudios de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 201: "Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una potencialidad referida esencialmente al daño, elemento éste que estructura todo el derecho de responsabilidad...".
- 1327 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 14043.
- 1328 Constitución Política de Colombia. "Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas"; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 29 de agosto de 2007, exp. 15469, y 3 de diciembre de 2008, exp. 15937.
- 1329 Ley 1437 de 2011. "Artículo 3.º [...] 4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes".
- 1330 Corte Constitucional. Sentencia T 338 de 2010: "[...] Esto conlleva que la Administración se encuentre sometida a sus propios actos y deba ser leal ante ellos. Todo lo anterior, como una garantía de la población en general frente a posibles desmanes del poder constituido. En este sentido, es conocido que frente a los actos administrativos particulares y concretos, en razón a la protección a la buena fe (art. 83 CN) y a la seguridad jurídica, por regla general, se requiere la autorización expresa y escrita de los particulares para su revocatoria. Lo anterior, está ligado entonces al respeto al acto propio, al igual que a la inmutabilidad del acto administrativo. Por lo demás, suponer que la Administración puede revocar unilateralmente sus actuaciones, cuando quiera que ellas han reconocido un derecho particular y concreto, sería convalidar un pernicioso factor de inseguridad, al igual que un quebranto a los principios de la buena fe y de la confianza legítima de haber adquirido derechos con el justo título del acto proferido por la Administración (art. 58 Constitución Política)"; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 29 de agosto de 2007, exp. 15469; 31 de agosto de 2006, exp. 14287, y 5 de junio de 2008, exp. 8431.
- 1331 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 16041: "... vale la pena subrayar que nadie puede venir válidamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo '*adversus factum suum quis venire non potest*', que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, '*venire contra factum proprium non valet*' [...] Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibles y no puede en juicio prosperar. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la aplicación de esta regla [...] En suma, la regla '*venire contra factum proprium non valet*' tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado. La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 82 de la CP, y en materia de contratación pública, contemplada su eficacia jurídica de conformidad con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993. Por manera que la buena fe, exige un proceder justo y leal dentro de los procesos de selección y escogencia para los particulares oferentes cuanto más para la administración, que con las excepciones de ley, implica que no se pueda lícitamente desconocer los actos y conductas expresadas válidamente por los mismos en dichos procesos como posteriormente en sede judicial. Pues bien, definida así dentro del proceso de la licitación pública la posición del demandante en relación con el citado criterio de selección y

demostrada la exigencia que hizo a la administración de aplicarlo, no puede ser de recibo lo ahora argumentado, toda vez que en sede administrativa trasmitió expresamente su voluntad de entendimiento y acatamiento en torno a esa regla en esta instancia ignorada, que hacía suponer en el marco de la buena fe que impera en los procesos de selección un patrón suyo de comportamiento coherente, de reconocimiento futuro de ese criterio frente a la propia administración y a los demás oferentes [...] En otros términos, no puede prosperar este cargo habida cuenta que en este caso concreto va contra los propios actos ejercitar una pretensión objetivamente incompatible con la conducta anterior del demandante en el proceso de selección, con la cual generó una confianza general de aceptación sobre una condición de los pliegos por todos conocida, y aclarada y aplicada por la Administración a instancia suya sin distinguo a los participantes en el proceso de selección”; cfr., entre otras, Sentencias del 16 de agosto de 2006, exp. 15162; 4 de octubre de 2007, exp. 16368; 20 de septiembre de 2008, exp. 16370; 26 de julio de 2011, Subsección C, exp. 21318, y 8 de agosto de 2012, Subsección C, exp. 23044.

- 1332 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 19 de noviembre de 2012, mediante la cual se unificó la jurisprudencia relativa a la *actio in rem verso*, exp. 24897: “[...] la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva. En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva. Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados [...] la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho ‘constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario’ [...] el contrato se rige bajo el principio de la buena fe objetiva que implica la sujeción a todos los principios y valores propios del ordenamiento jurídico, tal como atrás se expresó”; cfr., entre otras, Sentencias del 11 de julio de 1996, exp. 9409; 29 de enero de 1998, exp. 11099; 6 de julio de 2005, exp. 12249; 31 de agosto de 2006, exp. 14287 (acum.); 16 de agosto de 2006, exp. 15162; 4 de diciembre de 2006, exp. 16541; 29 de agosto de 2007, exp. 15324; 29 de agosto de 2007, exp. 15469; 2 de mayo de 2007, exp. 15599; 7 de junio de 2007, exp. 14669; 4 de octubre de 2007, exp. 16368; 20 de febrero de 2008, exp. 14650; 4 de junio de 2008, exp. 14200; 30 de julio de 2008, exp. 23003; 11 de febrero de 2009, exp. 15757; 22 de junio de 2011, Subsección C, exp. 18836; 18 de julio de 2012, Subsección C, exp. 22221; 24 de mayo de 2012, Subsección B, exp. 18931, y 8 de agosto de 2012, exp. 23044.
- 1333 En ese sentido cfr. MARTA LUCÍA NEME VILLARREAL. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 73.
- 1334 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de mayo de 2012, Subsección B, exp. 18931: “Los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, citados, erigen la buena fe como un principio rector de las obligaciones que complementa el vínculo jurídico en sus diversas particularidades y que impone a las partes el deber de autocorrección en el ejercicio de sus derechos y en la observancia de los deberes o conductas necesarias para asegurar el honesto y leal cumplimiento de la prestación, de tal forma que no se defraude la confianza en que se sustenta la eficacia del contrato [...] en el ámbito de los contratos bilaterales, sinalagmáticos perfectos, esta Sección ha señalado que la adecuación de las partes a la buena fe incide en la preservación de la conmutatividad o equivalencia de las prestaciones desde el inicio del contrato, durante su ejecución y en razón de su terminación; dado que el comportamiento de una parte repercute necesariamente en el ámbito de la otra, es decir, entre las partes surgen derechos y obligaciones recíprocas de las que depende la equivalencia de las prestaciones”; cfr. Sentencia del 18 de julio de 2012, Subsección C, exp. 22221: “[...] Estos comportamientos que de manera enunciativa se han señalado como propios de la buena fe objetiva o contractual, así como todos aquellos otros que puedan configurarla, deben desplegarse no sólo en la formación del contrato sino también durante su ejecución, y por su supuesto en la etapa posterior, pues esta buena fe es un principio integrador de todo contrato según lo indican de manera expresa los artículos 871 y 1603 ya citados [...] Así por ejemplo, si la liquidación bilateral de un contrato es un acuerdo que celebran las partes de un contrato estatal para determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de las partes contratantes, todo con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal precedentemente celebrado, resulta evidente y obvio por ser conforme a la buena fe objetiva que cada una de ellas tiene la obligación de enterar a la otra, de manera clara y expresa, de todas aquellas circunstancias o razones, entre otras, que den lugar a su inconformidad con el finiquito total que se propone”; cfr. Sentencias del 29 de agosto de 2007, exp. 15469, y 8 de agosto de 2012, exp. 23044.
- 1335 Inciso final del artículo 768 del Código Civil.
- 1336 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2005, exp. 12846: “[...] la Sala considera procedente distinguir entre las causales de existencia del contrato, frente a las causales de validez del mismo, para decir, que cuando quiera que el pretendido contrato carece de los requisitos de existencia, la consecuencia obvia no es la nulidad sino la inexistencia del contrato, y cuando se incumple con los requisitos de validez, la consecuencia sí será la nulidad. En este sentido, serán requisitos de existencia, aquellos mínimos necesarios para que el acto o negocio del que se trate nazca a la vida jurídica y será requisito de validez, el que los requisitos de existencia y el procedimiento de formación, cumplan con los ritualismos y elementos de legalidad [...]”; cfr., entre otras, Sentencias del 8 de marzo de 2007, exp. 15052; 4 de marzo de 1991, exp. 5825; 10 de marzo de 1997, exp. 10038; 29 de enero de 1998, exp. 11099; 23 de junio de 2005, exp. 12846; 29 de noviembre de 2006, exp. 18398; 2 de mayo de 2007, exp. 16211; 3 de mayo de 2007, exp. 15605; 20 de septiembre de 2007, exp. 24266; 4 de diciembre de 2007, exp. 15933; 20 de febrero de 2008, exp. 16247; 26 de febrero de 2012, Subsección C, exp. 21314; 29 de febrero de 2012, exp. 23362; 28 de marzo de 2012, Subsección C, exp. 22168; 7 de noviembre de 2012, Subsección C, exp. 23604; 13 de junio de 2013, Subsección C, exp. 23730, y 8 de mayo de 2013, Subsección C, exp. 21428.
- 1337 RENATO SCOGNAMIGLIO. *Teoría general del contrato*, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 31. Distingue este tratadista claramente el concepto de parte dentro de la relación contractual, indicando con certeza que parte no es de manera exclusiva una persona o sujeto de derecho. El concepto de parte representa dentro de la estructura del contrato un verdadero “centro de interés antagónico”, compuesto de uno o varios sujetos con intereses similares que llegan a acuerdos con otros “centros de interés antagónicos”, que pueden eventualmente estar compuestos también por uno o varios sujetos con intereses similares. Desde esa perspectiva, no puede confundirse el concepto de parte con el de sujeto: “A cada parte así concebida corresponden una o más personas, sujetos del ordenamiento jurídico, dotados por virtud suya de capacidad jurídica...”.
- 1338 CARLOS MEDELLÍN FORERO. “*Plures rei stipulandi et promittendi*”, en III Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, agosto de 1981.
- 1339 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 13 de mayo de 2004, exp. 15321; 21 de febrero de 2011, Subsección C, exp. 16656, y 28 de julio de 2011, exp. 17435.
- 1340 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 9 de febrero de 2011, Sala Plena, exp. 37556 y Sentencia del 9 de mayo de 2011, exp. 17476.

- 1341 HERNÁN SALAMANCA. *Derecho civil*, Curso IV, “Contratos”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1977, p. 11.
- 1342 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 23 de marzo de 2011, exp. 17072
- 1343 ERNESTO CEDIEL ÁNGEL. *Ineficacia de los actos jurídicos*, cit., p. 44.
- 1344 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 24809: “... Pero además, sostener que el objeto del contrato son “las obligaciones *asumidas* por las partes” (se subraya), como de forma simplista lo dijo el fallo de tutela, o que, con más simplicidad, es la prestación (lo que a su vez supone confundir la obligación con su objeto), implica incurrir en otro error aún más protuberante como es el de creer que los contratos sólo producen obligaciones cuando es elementalmente sabido que ellos también pueden regularlas o extinguirlas como de manera paladina lo dice el artículo 864 del Código de Comercio al preceptuar que “el contrato es un acuerdo entre dos o más partes para *constituir, regular o extinguir* entre ellas una relación jurídica patrimonial...” (se subraya). Incurrir en semejantes confusiones conceptuales puede conducir, como en efecto ocurre y ha ocurrido en este caso, a negar la existencia de un objeto ilícito cuando un contrato se celebra en circunstancias contrarias a las ordenadas imperativamente por la ley, tal como sería el caso de no observar el principio de planeación en la celebración de los contratos estatales...”.
- 1345 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 23 de marzo de 2011, Subsección B, exp. 17072, y 14 de marzo de 2012, exp. 21578: “La Constitución Política dispone que el Estado tiene dentro de sus fines esenciales, entre otros, ‘servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados a ella’, que ‘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’, que ‘los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado’, y que los servicios públicos ‘podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares’ [...] De este conjunto normativo se desprende que la actividad del Estado debe, de un lado, estar al servicio de los asociados y, de otro lado, estar encaminada a la prestación de los servicios públicos [...] Este objeto de la actividad de la Administración comprende múltiples facetas pero en todo caso, sin importar de cual de ellas se trate, su actuación supone un acto administrativo pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos [...] Ahora, si la Administración considera que para prestar los servicios públicos debe valerse del concurso de otras personas, en especial de los particulares, cuenta con otro instrumento idóneo para ese efecto: el contrato estatal [...] He aquí entonces el por qué el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 señala que ‘los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares por su parte, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones’.
- 1346 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2011, exp. 17549.
- 1347 GABRIEL ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, t. II, cit., p. 192; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de marzo de 2011, Subsección B, exp. 17072.
- 1348 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de octubre de 2011, exp. 17549: “Desde una perspectiva objetiva en la cual el concepto de causa corresponde a la función práctica que caracteriza al tipo contractual, es decir a la función que cumple dentro de la sociedad el negocio que las partes celebran, en el caso concreto hay causa en tanto que las cláusulas demandadas cumplen una función práctica social, puesto que se incorporan para la asunción de contingencias pasivas dentro del contrato, el cual se halla coligado con la compraventa de acciones y derechos del Estado en una institución bancaria, en desarrollo de una política pública para su privatización [...]”.
- 1349 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de febrero de 1893, VIII, 197.
- 1350 Artículo 1501 del Código Civil.
- 1351 Cfr. FERNANDO ALARCÓN ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 183-186, esp., p. 202.
- 1352 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 23730.
- 1353 Ídem.
- 1354 Ídem.
- 1355 FERNANDO ALARCÓN ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 228.
- 1356 Íbid., p. 229.
- 1357 Por regla general, tratándose de los vicios del consentimiento, sostiene la doctrina privatista, no se producen nulidades absolutas. Posiblemente se estructuran nulidades relativas, pues el error, la fuerza y el dolo hacen relación de manera exclusiva con una de las partes del negocio. Sin embargo, debemos tener en cuenta que cuando se trata de negocios estatales una de las partes es una entidad estatal, a la cual no se le puede dar un tratamiento de simple entidad particular.
- 1358 La doctrina es prácticamente unánime en este sentido; veamos algunos conceptos: EUGÈNE GAUDEMET. *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 1984, p. 72: “... puede definirse el error como un desacuerdo entre la declaración de voluntad y la voluntad real...”; ALBERT TRABUCCHI. *Instituciones de derecho civil*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1967, p. 167: “Falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto...”.
- 1359 LOUIS JOSSEAND. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, cit., p. 56.
- 1360 EUGÈNE GAUDEMET. *Teoría general de las obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 1984, p. 73.
- 1361 EMILIO BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 155.
- 1362 LOUIS JOSSEAND. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, cit., p. 48.
- 1363 SALVADOR PUGLIATTI. *Introducción al estudio del derecho civil*, México, Porrúa, 1943, p. 266.

- 1364 LOUIS JOSSERAND. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, cit., pp. 32 y ss.
- 1365 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de febrero de 1932, GJ, t. XXXIX, p. 463.
- 1366 *Ibíd.* Sentencia de octubre de 1939, GJ, t. XLVIII, p. 720.
- 1367 *Ibíd.* Auto del 9 de junio de 1943, GJ, t. LV, p. 533.
- 1368 *Ibíd.* Sentencia del 15 de abril de 1969, GJ, t. CXXX, p. 27.
- 1369 GUILLERMO FLORIS MARGADANT. *El derecho privado romano*, México, Esfinge, 1985, p. 337. Refiriéndose al concepto romano de violencia y comentando el Código Civil francés, afirma LOUIS JOSSERAND. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, cit., pp. 89 y 90: "... el derecho romano [...] exigía que la violencia fuera particularmente grave, que fuera 'atrox', capaz por su naturaleza de quebrantar al hombre más esforzado *hominen constantissimum*; era una doctrina de origen estoico, favorable a los más fuertes, y mucho menos a los débiles. El Código Civil francés se muestra menos exigente y más compasivo con la flaqueza humana, ha sustituido el criterio estoico por un criterio más humano; basta que la violencia sea capaz por su naturaleza para hacer impresión en una persona razonable...".
- 1370 GEORGES RIPERT y JEAN BOULANGER. *Tratado de derecho civil*, t. IV, Buenos Aires, La Ley, 1965, p. 135.
- 1371 ROBERT JOSÉPH POTHIER. *Tratado de las obligaciones*, n.º 28, citado por LOUIS JOSSERAND. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, cit., p. 106.
- 1372 GUILLERMO FLORIS MARGADANT. *El derecho privado romano*, cit., p. 339.
- 1373 FERNANDO DÍAZ PALOS. *Dolo penal*, Barcelona, Bosch, p. 13.
- 1374 SIMÓN CARREJO, *Derecho civil*, cit., p. 277. En igual sentido cfr., Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de mayo de 1954, GJ, vol. LXXVII, p. 556.
- 1375 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 24809.
- 1376 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 1999, exp. 12387: "Sin embargo, teniendo en cuenta las muy particulares circunstancias que rodean el caso, la Sala revocará la decisión recurrida y en su lugar declarará, de oficio, la nulidad, por objeto ilícito, del contrato de compraventa de bienes muebles suscrito entre la sociedad Non Plus Ultra S. A. y la Empresa Distrital de Transportes Urbanos de Bogotá (hoy liquidada), puesto que la entidad demandada procedió, contra expresa prohibición legal, a enajenar unos bienes muebles (buses) sin haber obtenido previamente autorización de la Dirección General de Aduanas para tal efecto, requisito absolutamente indispensable para ello".
- 1377 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 24809.
- 1378 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de marzo de 2012, exp. 11001-3103-010-2001-00026-01: "El *ius cogens*, derecho imperativo de la Nación u orden público, representa una restricción a la autonomía privada dispositiva (Cas. Civ. Sent. del 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01), y su vulneración, a no dudarlo, produce la nulidad absoluta del contrato o de la estipulación afectada, ampara principios y valores fundamentales del sistema jurídico por constituir 'núcleo central, medular, básico, cardinal, primario e immanente de intereses vitales para la persona, la existencia, preservación, armonía y progreso de la sociedad [...] valores, principios e ideales considerados esenciales al concernir a materias, asuntos o intereses esenciales para la organización social en determinado momento histórico, en función al respeto y primacía de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, la libertad, la democracia, los intereses individuales o sociales. En general, su concepto tutela razonables intereses nacionales vinculados a la organización política, económica o social del país, y no admite sustitución, cambio, modificación, derogación ni exclusión por decisión particular', sea 'positivo, si prescribe cómo y qué debe hacerse, ora negativo, al verse en restricciones, limitaciones o prohibiciones, y puede obedecer a factores estrictamente políticos, económicos o sociales con sentido directivo o protector de ciertos intereses, situación, posición económica, social o jurídica [...] como mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, [donde] hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicas (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general)', esto es, actúe en sentido político, social o económico (Cas. Civ. Sents. exequátur del 8 de noviembre de 2011, exp. E-2009-00219-00, y sent. del 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01)".
- 1379 *Ibíd.*: "El derecho imperativo de la Nación se remite al orden público, comprende principios fundamentales del ordenamiento jurídico inferidos de las normas imperativas. Las reglas legales, según una antigua clasificación, son supletorias, dispositivas o imperativas. En la primera categoría están las que rigen en defecto de específica previsión de las partes, en ausencia de estipulación alguna y, por ello, suplen el silencio de los sujetos, integrando el contenido del acto dispositivo sin pacto expreso ninguno. El segundo tipo obedece a la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer, variar, alterar o descartar la aplicación de una norma. Trátase de preceptos susceptibles de exclusión o modificación en desarrollo de la autonomía privada, libertad contractual o de contratación. Son imperativas aquellas cuya aplicación es obligatoria y se impone a las partes sin admitir pacto contrario. Por lo común estas normas regulan materias de vital importancia. De suyo esta categoría atañe a materias del *ius cogens*, orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres, restringen o cercenan la libertad en atención a la importancia de la materia e intereses regulados, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen analogía *legis* o *iuris*. Dicha nomenclatura, se remite en cierta medida a los elementos del negocio jurídico, o sea, lo de su estructura existencial (*essentialia negotia*), o perteneciente por ley, uso, costumbre o equidad sin necesidad de estipulación a propósito (*naturalia negotia*) y lo estipulado *expressis verbis* en concreto (*accidentalia negotia*), que 'se expresa en los contratos' (art. 1603 C.C) o 'pactado expresamente en ellos' (art. 861 C.Co), y debe confrontarse con la disciplina jurídica del acto y las normas legales cogentes, dispositivas o supletorias, a punto que la contrariedad del *ius cogens*, el derecho imperativo y el orden público, entraña la invalidez absoluta".
- 1380 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2014, exp. 16326.
- 1381 FERNANDO ALARCÓN ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 231.
- 1382 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2014, exp. 16326.
- 1383 *Ídem.*

1384 Ídem.

1385 FERNANDO ALARCÓN ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., pp. 230 y ss.

1386 Ídem.

1387 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 29 de enero de 2009, Subsección C, exp. 15662; 29 de febrero de 2012, exp. 21.314; 19 de noviembre de 2012, exp. 24.897, Subsección A, y 30 de enero de 2013, exp. 21.130

1388 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 21 de abril de 2004, exp. 14651; 26 de febrero de 2004, exp. 14043; 29 de enero de 2004, exp. 10799; 19 de agosto de 2004, exp. 12342; 12 de febrero de 2012, exp. 19730; 8 de agosto de 2012, exp. 23358; 8 de mayo de 2013, exp. 24510; 13 de junio de 2013, exp. 24809; 2 de septiembre

de 2004, exp. 14578; 14 de abril de 2005, exp. 14583; 20 de octubre de 2005, exp. 14579, y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 18394.

1389 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 14 de marzo de 2012, exp. 21578.

1390 Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999; cfr. igualmente JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL. *Doctrina del contrato del Estado*, cit., p. 90.

1391 Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003: “La primacía del interés general afirmada en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1.º superior se constituye en el eje de toda actuación estatal. En este sentido el artículo 209 de la C.N. señala que ‘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...’. Añade también que ‘las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado’. En materia contractual dicho interés determina las actuaciones de la administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Es por ello que el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue ‘el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines’. Y el inciso 2.º de esta misma norma indica con claridad lo siguiente: ‘Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones’. La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la corporación ha recalado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés”.

1392 Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, exp. D-2268: “Tenemos entonces que la función pública está al servicio del interés general, y que puede llevarse a cabo mediante el mecanismo de la contratación estatal. En consecuencia, es forzoso concluir que dicha contratación también está al servicio de ese interés general. Es por ello que el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue ‘el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines’. Y el inciso 2.º de esta misma norma indica con claridad lo siguiente: ‘Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

1393 JORGE BENDECK OLIVELLA. “Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993”, *Gaceta del Congreso*, n.º 75, 23 de septiembre de 1992.

1394 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de julio de 2011, exp. 18.762; posición reiterada en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 27 de enero de 2016, exp. 46.843; 3 de diciembre de 2015, exp. 46.736, y 1.º de julio de 2015, exp. 33.507.

1395 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de julio de 2011, exp. 18.762.

1396 Ídem.

1397 Código Civil, artículo 1618.

1398 *Ibid.*, artículo 1622 inciso 2.º.

1399 *Ibid.*, inciso 3.º.

1400 *Ibid.*, inciso 1.º.

1401 *Ibid.*, artículo 1623.

1402 *Ibid.*, artículo 1619.

1403 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de julio de 2011, exp. 18.762.

1404 Código Civil, artículo 1620.

1405 *Ibid.*, artículo 1621.

1406 *Ibid.*, artículo 1624 inciso 1.º.

1407 *Ibid.*, inciso 2.º.

1408 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 13 de junio de 2013, exp. 23.730; 1.º de julio de 2015, exp. 33.507; 22 de octubre de 2015, exp. 48.061; 3 de diciembre de 2015, exp. 46.736; 27 de enero de 2016, exp. 54.919, y 27 de enero de 2016, exp. 46.843.

1409 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 23.730; reiterado en Consejo de

- Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 27 de enero de 2016; 3 de diciembre de 2015; 6 de julio de 2015, y 1.º de junio de 2015.
- 1410 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 23.730; reiterado en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 27 de enero de 2016; 3 de diciembre de 2015; 6 de julio de 2015, y 1.º de junio de 2015.
- 1411 Ídem.
- 1412 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 13 de junio de 2013, exp. 23.730; 1.º de julio de 2015, exp. 33.507; 22 de octubre de 2015, exp. 48.061; 3 de diciembre de 2015, exp. 46.736; 27 de enero de 2016, exp. 54.919; 27 de enero de 2016, exp. 46.843, y 8 de febrero de 2017, exp. 54.614.
- 1413 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 13 de junio de 2013, exp. 23.730; 1.º de julio de 2015, exp. 33.507; 22 de octubre de 2015, exp. 48.061; 27 de enero de 2016, exp. 54.919, y 27 de enero de 2016, exp. 46.843
- 1414 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 23.730.
- 1415 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 23.730; posición reiterada en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 6 de julio de 2009, exp. 39122.
- 1416 Ídem.
- 1417 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 23.730; posición reiterada en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 6 de julio de 2009, exp. 39122.
- 1418 FERNANDO ALARCÓN ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., Parte Segunda.
- 1419 *Ibid.*, p. 250.
- 1420 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52556.
- 1421 FERNANDO ALARCÓN ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 249.
- 1422 *Ibid.*, Parte Segunda.
- 1423 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52556: "... En desarrollo del principio de la relatividad de los contratos o negocios jurídicos, estos sólo producen efectos, por regla general, entre las partes que lo celebran y no respecto de terceros. El principio al que se alude se funda en la autonomía dispositiva y en la protección de la esfera de la libertad de todo sujeto, en virtud de lo cual el titular de los intereses es el llamado a disponer de ellos en la oportunidad y en la forma que a bien lo tenga, teniendo en cuenta que, en primer lugar, esa libertad dispositiva tiene límites y que, en segundo lugar, no disponer de ellos es otra forma de disposición. Sin embargo, el anterior postulado se ha visto matizado porque hay eventos en que los efectos de un determinado negocio jurídico no sólo se producen entre las partes disponentes, sino que también se extienden a terceros, esto es a personas que no han participado en la celebración del acto o negocio. Con otras palabras, los efectos de un negocio jurídico normalmente se producen frente a las partes pero sólo excepcionalmente en relación con quienes no han sido parte en él, caso éste último en el cual entonces se dirá que el acto o negocio celebrado es oponible a terceros...".
- 1424 FERNANDO ALARCÓN ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 226.
- 1425 *Ibid.*, p. 236.
- 1426 *Ibid.*, pp. 226 a 230; cfr., en ese sentido, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52556.
- 1427 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52556: "... En efecto, si bien el inciso 1.º del artículo 898 del Código de Comercio establece que la 'ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente a la fecha de tal ratificación...', de la lectura de dicha norma mal puede entenderse que en realidad se encuentre referida a esa figura, pues 'sólo puede ratificarse el acto que jurídicamente tiene existencia; y es por esto que lo que allí hay que entender que se dice es que si se ha pretendido celebrar un negocio jurídico y este devino en inexistente, el negocio se perfeccionará si tal elemento se incluye y en la fecha en que se llene. Pero como lo que allí se dispone es protuberantemente obvio, resulta notoriamente inútil semejante previsión".
- 1428 FERNANDO ALARCÓN ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., pp. 160 y 161.
- 1429 Corte Constitucional. Sentencia C-709 del 5 de julio de 2001: "Al respecto ha de decirse por la Corte que, ciertamente, la remisión que el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 hace a las causales de nulidad establecidas en el derecho común, adicionadas por las cinco expresamente contenidas en los numerales de esa norma legal, en definitiva incorpora al estatuto de la contratación administrativa, que es de derecho público, las circunstancias constitutivas de nulidad conforme al Código Civil. Ello significa, entonces, que por esa vía se hacen aplicables las normas de que tratan los artículos 1502, 1519, 1523, 1525, 1740, 1741 y 1746 CC, el penúltimo de ellos con la redacción que le imprimió el artículo 2.º de la Ley 50 de 1936. Es decir que, conforme a ello, el régimen propio de las nulidades contractuales cuando éstas son absolutas es riguroso y severo. Por ello, cuando las nulidades provengan de objeto o causa ilícita, no pueden ser saneadas por las partes a tenor de lo dispuesto por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1936".
- 1430 FERNANDO ALARCÓN ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, cit., p. 249.
- 1431 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2015, exp. 52556.
- 1432 Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 1996, exp. C-489. Al respecto sostiene la Corte Constitucional: "Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales, que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de

aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. Es por ello que se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con las cuales contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente y eficaz cumplimiento del contrato”.

1433 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998, exp. 1097.

1434 Ibid., Concepto del 30 de octubre de 1996, exp. 925: “Las inhabilidades e incompatibilidades, así como sus excepciones, son de interpretación y aplicación restrictiva. Por lo tanto, al no considerar la ley el hecho de ser el oferente pariente del representante legal de la entidad contratante como una excepción a la incompatibilidad prevista, ésta no puede dejar de aplicarse; las razones de conveniencia o inconveniencia para la Administración no son admisibles frente a mandato concreto de la ley (lit. b art. 8.2 Ley 80 de 1993)”.

1435 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 1997, exp. 10760: “De conformidad con la filosofía inspiradora de la normativa contenida en la Ley 80 de 1993 y particularmente en lo relacionado con la razón de ser de la normativa de causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar, se tiene que indudablemente han sido intereses públicos de carácter general los que han evidenciado la necesidad de que los procesos de selección de los contratistas que establecen vínculos para con la administración se adelanten dentro de parámetros de transparencia, moralidad e igualdad, para todos aquellos que concurren al proceso de selección. Esta es la razón de ser de la existencia de causales específicas de inhabilidad e incompatibilidad, que buscan impedir que tanto en la etapa del proceso licitatorio o de concurso como en el acto mismo de contratación se permita la participación de aquellas personas que por su condición de cercanía, afecto o alianza filial para con quienes ostentan posiciones directivas en la administración puedan participar en los procesos de selección, pues dicha circunstancia no resulta conveniente ni sana para la correcta ejecución de los cometidos estatales de la contratación”.

1436 Artículo 8.º de la Ley 80 de 1993: “*De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.* 1.º Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: a. Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. b. Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados. c. Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad. d. Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución. e. Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado. f. Los servidores públicos. g. Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso. h. Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso. i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. Las inhabilidades a que se refieren los literales c, d, e i se extenderán por un término de 5 años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b y e, se extenderán por un término de 5 años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma. 2.º Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de 1 año, contado a partir de la fecha del retiro. b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante. c. El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal. d. Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo. e. Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada. Parágrafo 1.º La inhabilidad prevista en el literal d. del ordinal 2.º de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo. Parágrafo 2.º Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas”.

1437 Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999; cfr., igualmente, JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL. *Doctrina del contrato del Estado*, cit., p. 90.

1438 Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003: “La primacía del interés general afirmada en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1.º se constituye en el eje de toda actuación estatal. En este sentido el artículo 209 C.N. señala que ‘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’. Añade también que ‘las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado’. En materia contractual dicho interés determina las actuaciones de la administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Es por ello que el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue ‘el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines’. Y el inciso 2.º de esta misma norma indica con claridad lo siguiente: ‘Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones’. La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la corporación ha recalcado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés”.

1439 LUCIANO PAREJO ALFONSO et ál. *Manual de derecho administrativo*, vol. I, cit., p. 607.

1440 Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999.

1441 JORGE BENDECK OLIVELLA. “Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993”, *Gaceta del Congreso*, n.º 75, 23 de septiembre de 1992: “Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el

hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados”.

- 1442 Corte Constitucional. Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992: “En el texto constitucional colombiano el interés general, definido por el legislador, se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general”.
- 1443 Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003: “La primera faceta de protección del interés general ante actuaciones indebidas de los servidores públicos que ejercen sus competencia para fines no previstos en la ley en materia contractual la constituye entonces la anulación de los contratos viciados de desviación de poder. La noción de desviación de poder ha merecido en la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera particular atención. Dicha desviación se presenta, ha dicho la Corte, ‘cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia’. Cabe precisar al respecto que las técnicas de control de legalidad que aplica la jurisdicción en lo contencioso administrativo han sido elaboradas bajo la idea de asegurar un control integral y efectivo de la actividad de la administración. Así ellas no se limitan al control de la regularidad formal de los actos y contratos, sino también a comprobar la regularidad material de los mismos, es decir la adecuación de su contenido o materia al derecho, bien desde el punto de vista objetivo, atendiendo a su contenido sustancial e independientemente de las intenciones de quien lo produjo, bien desde la perspectiva subjetiva, atendiendo la finalidad que su autor buscó con su expedición y si esta se adecuó o no a la que el legislador tuvo en cuenta al asignar la respectiva competencia”.
- 1444 JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 227 y 278. Sobre este tema cfr. la extensa obra de JAIME SÁNCHEZ. *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1973: “La administración, a diferencia del particular que escoge libremente el objeto de sus actos, se ve imponer la finalidad que su acción debe perseguir. De manera general, ella no debe ejercer nunca sus competencias sino en vista de la satisfacción del interés público, en virtud de un principio general del derecho [...] La desviación del poder es el vicio que tacha a un acto por el que la administración, en desconocimiento de estas reglas, ha perseguido un fin diferente del que el derecho le asignaba, desviando así el poder que le fue confiado de su fin legal”.
- 1445 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 402.
- 1446 JOSÉ CRETELA JR. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 108.
- 1447 “Artículo 21. *Del tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales*. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional. Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica. En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional. En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional. Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica. El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales. // Parágrafo 1.º El Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales. // Parágrafo 2.º El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional”.
- 1448 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de mayo de 2001, exp. 12247.
- 1449 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de febrero de 2017, exp. 52805: “Entonces, debe afirmarse que por regla general en el régimen del Derecho privado la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas, aunque, a diferencia de lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como regla de excepción, el artículo 1525 del Código Civil, dispone que no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas; prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas. Sin embargo debe reiterarse que en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final. // Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción. En conclusión, declarada la nulidad del contrato habrá lugar a las restituciones mutuas, aunque, por supuesto, cuando nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas”.
- 1450 La disposición expresa: “Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.
- 1451 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de agosto de 1993.
- 1452 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de febrero de 2017, exp. 52805.
- 1453 Sobre el origen y desarrollo de esta prohibición cfr. el excelente artículo de JOSÉ FELIPE NAVIA ARROYO. “Reflexiones sobre la máxima *nemo auditur*”, en AA.VV. *Liber Amicorum. Estudios y Temas. Homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1993, del cual se han tomado parte de las consideraciones sobre este aspecto.
- 1454 Partida V, Título XIV, Ley XLIX.
- 1455 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 4 de junio de 2015, exp. 37566.

- 1456 *Ibíd.* Sentencia del 9 de febrero de 2017, exp. 52805: “Las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas. Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y así lo dispone el artículo 45 de la Ley 80 de 1993”. Ahora bien, en contratación estatal, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial cuando: “10. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 20. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. 30. Se celebren con abuso o desviación de poder. 40. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 50. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”. En cuanto al Derecho común, es de anotar que el artículo 1741 del C.C. dice que el contrato es absolutamente nulo, por un objeto o causa ilícita, por la omisión de alguno de los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza y por hallarse celebrados por personas absolutamente incapaces. Y, finalmente, debe preverse que en atención a que las nulidades absolutas protegen intereses generales, las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente. La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del CCA en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.
- 1457 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2002, exp. 18673: “La Sala igualmente ha establecido que esa potestad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta que encuentre en un contrato, puede ser ejercida en cualquier proceso, instancia o trámite procesal en que se advierta la existencia de tal nulidad, incluido el trámite del recurso de anulación del laudo arbitral”.
- 1458 Corte Constitucional. Sentencia T-387 de 2009.
- 1459 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., p. 462.
- 1460 HUGO PALACIOS MEJÍA. “El equilibrio económico y financiero del contrato en la Ley 1150”, *Revista de Economía Colombiana*, n.º 321, Bogotá, Contraloría General de la República, noviembre de 2007, p. 9 y ss.: “[...] El concepto de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato estatal se usa, fundamentalmente, para definir el alcance de sus obligaciones económicas. Por lo tanto, ese concepto debe permitir dar una valoración económica a cada conjunto de derechos y obligaciones. ¿Es posible esa valoración? Sería ingenuo suponer que se puede llegar a definir, en pesos y centavos, el valor verdadero de cada conjunto. Pero, en la práctica, a menudo los contratistas dan valores precisos a los contratos que celebran con el Estado, a partir de fórmulas e hipótesis que los expertos consideran razonables. Por eso existe un mercado en el que tales contratos se negocian. Se negocian tanto los derechos como las obligaciones. Se trata de un fenómeno antiguo, con mayores desarrollos cada día, que el Código de Comercio regula en los artículos 887 y concordantes [...]”; cfr. de manera general sobre la materia a LIBARDO RODRÍGUEZ R. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Bogotá, Temis, 2009.
- 1461 HUGO PALACIOS MEJÍA. “El equilibrio económico y financiero del contrato en la Ley 1150”, cit., pp. 9 y ss.
- 1462 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 26 de febrero de 2004, rad. 14043; 22 de abril de 2004, rad. 14578; 11 de diciembre de 2004, exp. 19478; 11 de diciembre de 2004, exp. 16433, Sentencia del 18 de agosto de 2006, exp. 15162; 14 de febrero de 2011, exp. 15225; 25 de agosto de 2011, Subsección B, exp. 14461; 14 de febrero de 2011, exp. 15225; 30 de junio de 2011, exp. 17433, y 29 de mayo de 2013, exp. 23313
- 1463 RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., pp. 399 y ss.
- 1464 Sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080: “[...] la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales, y a la vez porque la remuneración razonable del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad de la ley ante las cargas públicas”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 25 de agosto de 2011, exp. 14461; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476; 14 de febrero de 2011, exp. 15225; 7 de marzo de 2011, exp. 20683, y Subsección C, exp. 17557.
- 1465 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 26 de febrero de 2004, exp. 14043, y 29 de mayo de 2013, exp. 23313
- 1466 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2007: “[...] Al respecto cabe puntualizar que en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor del contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que en modo alguno podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista. Pero posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución, a la entidad estatal contratante y no solo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato ‘[...] c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes’; de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 40 de la misma Ley 90, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato. Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho que tienen, en igual medida, las dos partes de la relación contractual [...]”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 7 de febrero, exp. 19597; 31 de agosto de 2011, exp. 18080; 21 de septiembre de 2011, exp. 22338; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476, y 30 de enero de 2013, exp. 42020
- 1467 CRISTINA AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ. *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 31 y 32: “[...] Bajo la formulación *contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* se admite la existencia de una cláusula implícita en los contratos de tracto sucesivo que obliga a su cumplimiento siempre que se mantengan las mismas circunstancias existentes en el momento de su establecimiento. La doctrina se configuraba sobre una base subjetiva, mediante la ficción de presuponer la existencia de la cláusula sobreentendida”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 25 de agosto de 2011, exp. 14461; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476, y 28 de febrero de 2013, exp. 24106.
- 1468 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 7 de marzo de 2011, exp. 20683; 25 de agosto de 2011, exp. 14461; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476, y Subsección C, Sección Tercera, exp. 17557.

- 1469 Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral, Caracol Televisión S. A. vs. Comisión Nacional de Televisión, 26 de noviembre de 2001: “[...] Reconociendo la retribución de los costos y la existencia del margen de remuneración que implica la ejecución del contrato, conservando el valor intrínseco de las contraprestaciones, de manera de asegurar la retribución remuneratoria prevista por el contratista, particular colaborador de la administración [...]”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 42020.
- 1470 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 1996, exp. 10.151: “[...] Tema de indispensable pronunciamiento en el caso examinado es el concerniente al principio del equilibrio o ecuación financiera o económica del contrato, cuya preservación a través de la ejecución de aquél, desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinario ha sido criterio prevalente, inclusive sin que normativa o estatutariamente se hubiere consagrado. Sabido es que desde la propia génesis del negocio jurídico las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo. Para la administración: el logro de los fines esenciales del Estado; para el contratista: la obtención de un provecho económico. Se establece entonces la regulación económica del negocio y a través de la misma se orienta la relación contractual. El concepto analizado reviste especial importancia en aquellas relaciones contractuales conmutativas y de ejecución a mediano o largo plazo, en razón a que cualquier variación que se presente en la economía del contrato necesariamente incide en el equilibrio financiero del mismo [...]”; cfr. así mismo, laudo arbitral Concesión Santa Marta Paraguachón S. A. vs. Instituto Nacional de Vías –Invias–, 24 de agosto de 2001. La justicia arbitral se ha pronunciado en igual sentido al señalar que “[...] El equilibrio económico del contrato administrativo, como imperativo regente del contrato público, encontró expresa consagración legal en el Decreto Ley 222 de 1983 y en la Ley 19 de 1982 –ley de facultades para su expedición–, estatutos en los que la voluntad legislativa se concretó en la consagración de fórmulas o reglas de obligatoria observancia que procuraran mantener indemne al contratista ante el ejercicio de las facultades exorbitantes del Estado, o la ocurrencia de circunstancias imprevistas que imponían, o bien la concertación de precios nuevos para actividades o ítems no previstos inicialmente, o bien la revisión de la remuneración pactada, cuando ella resultara afectada de manera sobreviniente por hechos cuyos efectos no fueron sopesados –ni debieron serlo– por las partes al celebrar el contrato, todo dentro de la finalidad concreta que desde antaño el mismo legislador atribuyó a la contratación pública: la realización de los fines del Estado y la consiguiente preservación del patrimonio del particular que se vea expuesto en tal propósito, principio este último de origen constitucional. Desde entonces, se concibió lo que aun se conoce como la ‘ecuación financiera de los contratos de la administración’. *Ecuación financiera*. La regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe y no exclusiva del derecho privado; es un principio general y por lo tanto rige también en el derecho administrativo. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no puede significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Esto se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir, usando la denominación generalizada en el derecho francés la ecuación financiera del contrato [...]”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2011, exp. 15476.
- 1471 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 7 de marzo de 2011, exp. 20683; 31 de agosto de 2011, exp. 18080, y 30 de enero de 2013, exp. 24510.
- 1472 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 22 de julio de 2009, exp. 17552; 28 de septiembre de 2011, exp. 15476; 31 de agosto de 2011, exp. 18080, y 28 de febrero de 2013, exp. 24106
- 1473 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 29 de julio de 2009, exp. 17.552, y 25 de febrero de 2009, exp. 16103.
- 1474 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 25 de febrero de 2009, exp. 16103; 30 de junio de 2011, exp. 17433, y Subsección C, exp. 17557.
- 1475 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencias del 16 de agosto de 2006, exp. 15162, y 29 de agosto de 2004, exp. 14854.
- 1476 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 31 de agosto de 2011, exp. 18080; 28 de abril de 2010, exp. 17935, y 26 de julio de 2011, exp. 21318.
- 1477 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 1992, exp. 6.822: “[...] Dentro del marco descrito, y al tratar la materia, el profesor KARL LARENZ señala: ‘El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento del otro y no tiene más remedio que protegerla, porque *poder confiar*, como, hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el derecho –con independencia de cualquier mandamiento moral– tiene que ponerse a sí mismo porque la *desaparición de la confianza*, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el derecho, que en el derecho positivo se concreta de diferentes maneras...’” (*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, 1985, pp. 90 y ss.) (destacado de la Sala)”.
- 1478 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 1998, exp. 11.099: “[...] En últimas, se trata simplemente de dar aplicación a la cláusula general de buena fe, mediante la valoración del comportamiento de las partes, que estando concorde con los postulados de la confianza, se encuentra protegida en el precepto constitucional citado y que en el caso concreto aparece debidamente acreditada, a juzgar por los antecedentes que trajeron de consecuencia que la entidad demandante prestara un servicio en beneficio de la parte demandada [...] ‘a. *Deben incluirse los ‘tratos preliminares’*, estos hacen parte esencial del ‘*iter contractus*’, que merecen la misma protección que la oferta si se tiene en cuenta que se trata de garantizar la seriedad y la diligencia precontractuales para conducir desde un comienzo las relaciones recíprocas a la correcta y eficaz celebración del negocio; es de la naturaleza humana exigir la real reciprocidad en los tratos que se han estimulado hacia un fin útil, y es conveniente para el ritmo económico general que se proteja la seriedad y diligencia en las relaciones comerciales en cualquier etapa; se trata de un proceso de conductas que se integran recíprocamente para formar un contrato, debiendo ser protegidas todas por igual’ [...] Y es tan importante ese período precontractual, que es precisamente allí donde las partes deben declarar las limitaciones que pueden tener respecto a su capacidad, los defectos esenciales del objeto y las dificultades en la estructura jurídico-económica del negocio intentado, factores cuyo conocimiento puede conducir a la negativa negocial o a la celebración del contrato en diferentes condiciones (principios de la lealtad y de la buena fe que se consagran respecto de los vicios redhibitorios en el numeral 2.º del artículo 1915). Dejar avanzar el proceso de los tratos preliminares con reservas de aquellas circunstancias (‘reticencia’), determina una posición culposa del respectivo tratador que lo hace responsable del error sufrido por el otro y de los perjuicios que le sean causados (GABRIEL ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, t. II, cit.)”.
- 1479 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 25 de febrero de 2009, exp. 16103, y 10 de marzo de 2011, exp. 15666.
- 1480 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 14.669: “[...] Como sustento de su postura, ha dicho que durante la etapa de formación de un contrato existen obligaciones recíprocas, que de incumplirse determinan la responsabilidad del sujeto que omite los deberes asumidos durante el iter negocial y conducen a la reparación de todos los daños causados con la frustración del negocio [...] También se presenta si la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular, como ocurre, por ejemplo, cuando *a pesar de que el contrato no es ejecutable* por la falta de alguno de los requisitos que condicionan su ejecución, *el particular ejecuta*

prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este caso existe intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente, pues la circunstancia de que la entidad no hubiese cumplido con la obligación de adelantar los trámites administrativos necesarios para que el contrato celebrado sea ejecutable, no lo habilita para iniciar su ejecución y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas [...] La Sala considera que la situación analizada se enmarca en un típico evento de responsabilidad contractual por el incumplimiento de la entidad y del contratista, de la obligación legal de abstenerse de ejecutar obligaciones sin el lleno de los requisitos correspondientes. Advierte también que la actitud del contratista contribuyó eficazmente en la producción del daño, razón por la cual la indemnización de los perjuicios por cuya reparación se demandó, debe reducirse en consideración al grado de participación del particular [...] Y frente a la concurrencia de acciones, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, lo que procede es una indemnización proporcional al grado de participación de la víctima en la producción del daño, que para este caso la Sala estima en un 50%"; cfr. igualmente, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 16105: "Puede acontecer sin embargo que en el contrato concurren incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista. En este supuesto habrá que distinguir quién ha debido cumplir primero y aun en este evento deberá subdistinguirse si a pesar de tener que cumplir primero una de las partes, la otra con su conducta ha generado la confianza en su cocontratante de que a pesar de ese incumplimiento previo, ella de todas maneras está presta y decidida a cumplir con lo suyo pues hará lo necesario para este efecto. Si esto último ocurre y la parte que generó la confianza finalmente no ejecuta las prestaciones a su cargo, quedará también incura en incumplimiento, a pesar de que la otra haya debido cumplir primero, porque su comportamiento creó una situación digna de ser protegida a la luz de los postulados de la buena fe. Ahora, esto que se acaba de afirmar cobra más trascendencia si se tiene en cuenta el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante un contrato estatal. En esa especialísima situación en que ambos contratantes han de tenerse como incumplidos, se siguen las consecuencias que señala el artículo 1609 del Código Civil, esto es que ninguno está en mora y por consiguiente ninguno puede pedir los perjuicios ni la cláusula penal que hayan pactado pues, como se sabe, para poder exigir alguna de estas cosas se requiere que el deudor esté en mora tal como se deduce de los artículos 1594 y 1615 del C. C."; cfr., entre otras, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de julio de 2011, exp. 21318.

1481 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de junio de 2013 exp. 22821: "[...] Si bien en virtud del principio de la buena fe que debe informar a los contratos de la administración, cuando ésta es quien induce al contratista a ejecutar obras por fuera de los precisos términos del contrato, sin haber perfeccionado formalmente tal modificación y recibe a satisfacción tales obras por ser indispensables para la ejecución del objeto contractual, ella está en el deber de responder frente al contratista por su valor [...]" (solo en lo relativo al reconocimiento de obras adicionales y mayores cantidades de obra); cfr., entre otras Sentencias relativas a la importancia del principio de buena fe en contratación estatal: 26 de enero de 2011, exp. 15939; 14 de febrero de 2011, exp. 15225; 28 de abril de 2010, exp. 17935, y 10 de marzo de 2011, exp. 15666.

1482 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2009, exp. 35.026: "[...] Con especial *sindéresis*, la doctrina ha desarrollado la relación existente entre la doctrina de las expectativas razonables y la buena fe, en los siguientes términos: '... El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas'. Esto se proyecta en diversos aspectos: en primer lugar, obliga a los (potenciales) contratantes a adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa de constitución de tales relaciones (*diligencia in contrahendo*); en segundo término, les obliga igualmente a un comportamiento legal en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (BALLESTEROS GARRIDO, JOSÉ ANTONIO. Ob. cit. p. 246) [...]. No obstante lo anterior, la Sala debe precisar que, en cada caso concreto, el juez de lo contencioso administrativo deberá analizar la situación fáctica y jurídica en la que se encuentra el particular frente a la administración pública, con el fin de establecer, mediante el instrumento de la ponderación –en aplicación del principio de proporcionalidad–, si aquél merece efectivamente el reconocimiento –compensatorio–, de la labor ejecutada, así en principio se haya desconocido el ordenamiento jurídico contractual [...]"

1483 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 febrero de 2002, exp. 13.238.

1484 *Ibid.*, Sentencia del 9 de mayo de 1996, exp. 10.151: "[...] Ahora bien, ese equilibrio financiero puede resultar afectado por varias causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato [...]" en el mismo sentido cfr. Sentencias del 28 de abril de 2010, exp. 17935, y 10 de marzo de 2011, exp. 15666.

1485 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 febrero de 2002, exp. 12.924.

1486 En lo relativo a la aplicación del denominado "plazo de gracia" previsto en el artículo 885 del C.Co., en cuanto al retraso en el pago de las actas parciales de obra y al pago del anticipo, cfr., entre otras, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 23 de marzo de 2000, exp. 12106; 22 de febrero de 2001, exp. 13682; 20 de octubre de 2003, exp. 14394; 29 de enero de 2004, exp. 10799; 22 de abril de 2004, exp. 14292; 19 de agosto de 2004, exp. 14111; 5 de diciembre de 2006, exp. 22920; 29 de agosto de 2004, exp. 14854; 25 de febrero de 2009, exp. 16103, y 28 de julio de 2011, exp. 17435.

1487 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de febrero de 2001, exp. 13.682: "De otra parte, la Sala advierte que el hecho fundamental que incidió en la causación de los perjuicios materiales que reclama el demandante fue la demora de la administración en la entrega del anticipo, la cual al indemnizarse como se definió en el numeral 2 de la parte motiva de esta sentencia, restablece el desequilibrio de las cargas prestacionales del contrato".

1488 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10799: "[...] la no entrega oportuna del anticipo no necesariamente genera la condena al pago de intereses moratorios propia del incumplimiento de obligaciones de pago de sumas de dinero; por tanto era carga del demandante demostrar la existencia de los perjuicios derivados de tal omisión, lo que no ocurrió"; cfr. en el mismo sentido, Sentencia del 19 de agosto de 2004, exp. 14111: "[...] el anticipo acordado en el presente caso no constituye una obligación de pago, como lo entendieron el demandante y el tribunal, y por ese motivo el retraso en su entrega no determina la condena al pago de intereses de mora, sino a la reparación de los perjuicios que se demuestren"; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencias del 8 de agosto de 2001, expedientes acumulados AC 10966 y AC 11274, y 28 de septiembre de 2006, exp. 15307.

1489 MIGUEL SANTIAGO MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot (s. f.), p. 455: "Si la administración pública no pagare en término el 'precio' que le corresponda al cocontratante, aquella deberá abonar 'intereses' moratorios sobre la suma respectiva, siempre que ella estuviere en 'mora'. La 'mora' de referencia puede resultar de varios supuestos o circunstancias: 1.º cuando mediare requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor; 2.º cuando las normas legales o contractuales establezcan expresamente una mora automática; 3.º cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que debía cumplírsela, fue un motivo determinante por parte del acreedor (*mora ex re*)"; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 22 de abril de 2004, exp. 14292; 24 de febrero de 2005, exp. 21120; 25 de febrero de 2009, exp. 16103; 7 de febrero, exp. 19597; 14 de abril de 2010, exp. 17214, y 28 de julio de 2011, exp. 17435.

- 1490 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-965 de 2003: “[...] En el campo de la responsabilidad contractual, aclaró la Corte, la obligación estatal de pagar intereses de mora es a su vez consecuencia del carácter sinalagmático de las prestaciones recíprocas del contrato y de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado, representado en el daño antijurídico que sufre el contratista al no poder disponer a tiempo de los recursos que ha adquirido con justo título. Ello justifica que la mora se reconozca como un derecho irrenunciable del contratista particular afectado con el incumplimiento estatal; derecho que goza a su vez de una clara y evidente protección constitucional, como se dijo, sustentada en los principios de igualdad, equidad, justicia conmutativa, buena fe, garantía del patrimonio privado y responsabilidad. En este contexto, según la jurisprudencia, cualquier previsión normativa que busque desconocer la obligación del Estado de pagar intereses de mora, resulta contraria a la Carta Política y debe ser de retirada del ordenamiento jurídico”.
- 1491 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 29 de enero de 2004, exp. 10799; 25 de febrero de 2005, exp. 21120; 25 de febrero de 2009, exp. 16103; 14 de abril de 2010, exp. 17214, y 7 de febrero de 2011, exp. 19597. En lo relativo a las sanciones impuestas en moneda extranjera se ha señalado que las mismas “[...] deberán pagarse en moneda legal colombiana liquidada a la tasa representativa del mercado correspondiente a la fecha en la cual se hubiere efectuado el pago o la compensación de la respectiva sanción [...]”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de abril de 2013, exp. 22713.
- 1492 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 29 de enero de 2004, exp. 10.779; 17 mayo de 2001, exp. 13.635, y 28 de octubre de 1994, exp. 8.092: “Pagar una suma actualizada –lo ha dicho la jurisprudencia de esta misma Sala– no implica ni pagar más ni enriquecer indebidamente al acreedor. Los mecanismos de la devaluación mantienen la obligación en los términos reales; vale decir, conservan el poder adquisitivo del peso en tal forma que hoy se le pague al acreedor una suma con un poder equivalente al que tenía la suma que se quiere actualizar. En otros términos, como lo dice ZANNONI, ‘la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor, que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originario, en signo monetario envilecido’ (E. ZANNONI, *Revaluación de obligaciones dinerarias*, Astrea, 1977). Tan cierto es esto que ‘no se acumula nunca esa compensación con los intereses comerciales, porque en éstos su incremento busca así mismo compensar, en parte, la incidencia del proceso inflacionario’ (ZANNONI, p. 131) (se subraya)”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 29 de enero de 2004, exp. 10799; 25 de febrero de 2005, exp. 21120; 25 de febrero de 2009, exp. 16103; 14 de abril de 2010, exp. 17214; 24 de febrero de 2005, exp. 21120; 14 de abril de 2010, exp. 17214; 23 de junio de 2010, exp. 18395, y 28 de junio de 2011, exp. 17435.
- 1493 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 1992, rad. 6032: “La anterior manifestación, sin embargo, no encuentra pleno respaldo en el proceso, porque lo cierto es que si hubo suspensiones de las obras, atrasos, de moras, que en últimas condujeron a la prolongación del término contractual inicialmente señalado, no todo obedeció a la voluntad exclusiva de la entidad contratante, sino que hubo acuerdo entre las partes para hacerlo, como se desprende de las actas de suspensión de obra visibles a folios 63 y 64 del Anexo n.º 1, suscrito por los interventores, Auditor General y el contratista; o bien de las obras adicionales contratadas, las cuales fueron consignadas en los documentos ‘otro sí’ que reposan en los folios 50 a 60 del Anexo n.º 1, suscritos también por el contratista; así mismo, obran en autos las solicitudes de prórroga del actor y los plazos concedidos no sólo en atención a esas peticiones, sino para que entregara la obra contratada en estado de correcta utilización. *No encuentra la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de aquellas. En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y, si lo hizo, de ello no hay demostración alguna en el proceso. En cambio, sí se infiere que con las prórrogas y ampliaciones las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y de cumplir a cabalidad las obligaciones contractualmente adquiridas.* De estas apreciaciones concluye la Sala que no hay lugar a aceptar el cumplimiento respecto del término del contrato planteado por el actor...” (cursiva fuera de texto).
- 1494 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 1996, rad. 10.151: “*Para la Sala es de difícil asimilación aceptar que frente a una obra de gran envergadura y de incuestionable proyección e interés social, la empresa estatal Ecopetrol no hubiera advertido, con la notoriedad necesaria, todas las deficiencias y falencias que ahora, dentro del proceso, y después de finalizar el contrato, se le endilgan a la empresa contratista con el objeto claro de eludir las obligaciones resultantes de su mayor permanencia en las obras y los mayores costos en los que SAE incurrió para dar cumplimiento al contrato. Lo cierto es que sin necesidad de acudir de inicio a las más severas medidas que el pretendido incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista ameritaban, como sería la declaratoria de caducidad del contrato, o la imposición reiterada de las multas en su máxima cuantía, estima la Sala que la actitud culposa de la firma contratista ha debido resaltarla Ecopetrol en su momento, cuando las cosas supuestamente no funcionaban por causa de SAE, cuando en razón del alegado descuido y atraso resultaban procedentes, adecuados, oportunos y eficaces los correctivos y las medidas de coerción, legal y contractualmente consagrados.* Inexplicablemente, tal comportamiento culposo, si fue que se dio desde el comienzo de la ejecución de la obra en la forma y magnitud que acusa la parte demandada, no fue objeto de comentario especial, no se tomó en cuenta para conceder o condicionar las prórrogas del plazo contractual, ninguna referencia, absolutamente ninguna se hizo sobre el particular”.
- 1495 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, rad. 13.356: “[...] BENCHUR planteó, en este juicio contencioso administrativo, que la demora en los pagos por parte de CEDENAR le obligó ‘a recurrir al mercado de dinero para poder continuar su operación en la ejecución del contrato’ y consideró que los afirmados ‘costos financieros’ debían ser resarcidos por CEDENAR. El Consejo de Estado encuentra que frente a dichos costos no existe en el plenario prueba que permita probar la afirmación definida de la demanda, es decir que realmente el contratista acudió al mercado financiero. Ello pudo ser verdad pero no se representó en juicio. No se probó procesalmente que BENCHUR, dentro del término de ejecución del contrato incurrió en *sobrecostos superiores a los reconocidos por CEDENAR*. Además, la Sala destaca que BENCHUR en ejercicio de su autonomía de la voluntad suscribió contratos adicionales de plazo en los cuales luego de la modificación de la cláusula original de PLAZO, convino con CEDENAR que *las demás cláusulas del contrato, entre ellas el precio, permanecían incólumes*. Por otra parte, BENCHUR no probó que incurrió en sobrecostos distintos a los reconocidos por CEDENAR en el acto de liquidación final del contrato. Por último, examinándose la BITÁCORA de ELECTROGALVAN, traída a solicitud de BENCHUR, se observa que el ÚNICO SOBRECOSTO LO GENERARON LOS DOS CELADORES, hecho que fue reconocido administrativamente, como ya se explicó (fol.138c.4). Se evidencia entonces que las afirmaciones hechas por BENCHUR sobre que al contratista se le deben sumas mayores a las reconocidas en el acto de liquidación por mayor permanencia en la obra y sobrecostos, carecen de respaldo probatorio”. Posición reiterada en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 30 de octubre de 2003, rad. 17.213, y 7 de marzo de 2007, exp. 15.799.
- 1496 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B, exp. 18080: “[...] cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida *ab initio*, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos [...] No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación

de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato. Ahora, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. Por su parte, las obras adicionales o complementarias hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial. En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso. Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad. Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, ‘... las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento’, suscribiendo para tales efectos ‘los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...’. Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea ‘*venire contra factum proprium non valet*’, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas. En este orden de ideas, en relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato”. Posición reiterada en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 9 de mayo de 2012, exp. 22087, y 20 de octubre de 2014, exp. 24809.

1497 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2003, exp. 17.213.

1498 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2005, exp. 15.003: “[...] Lo anteriormente referenciado significa que la Administración o en su defecto el contratista tienen el derecho a que se les restablezca el equilibrio económico del contrato, cuando real y gravemente resulte afectada la conmutatividad de las prestaciones surgidas al momento de contratar, habida cuenta que éstas deberán preservarse a lo largo de la ejecución y existencia del contrato, hasta tanto el mismo no hubiese sido liquidado a instancias de la Administración, o por concurso de las partes o, bien por intervención del juez; en este aspecto cabe resaltar que las partes del contrato refunden sus voluntades guiados por los principios de la buena fe, *pacta sunt servanda* y el de equidad, de modo que su conducta contractual debe orientarse con apego a estos postulados, los cuales tienen como particularidad que ata a las partes no solo con las estipulaciones que hubiesen pactado, sino con todo aquello inherente y sustancial al contrato, como por ejemplo la obligación de restablecer el equilibrio financiero del mismo cuando se estructuren dichos supuestos”; y sentencia del 7 de marzo de 2002, exp. 21.588: “[...] Legal, jurisprudencial y doctrinariamente se ha admitido la posibilidad de que el contratista pueda pretender la adopción de medidas tendientes a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, teniendo en cuenta que existen diversos factores que pueden dar lugar a que ‘la economía del contrato se lesione, en forma tal, que el contratista no solo pierde la posibilidad de una ganancia justa sino que incurre en pérdidas que deben ser indemnizadas’”. Esta postura ha sido reiterada en las Sentencias del 15 de febrero de 1999, exp. 11.194; 3 de mayo de 2001, exp. 12.083; 21 de junio de 1999, exp. 14.943; 13 de julio de 2000, exp. 12.513; 27 de marzo de 1992, exp. 6.353; 25 de noviembre de 1999, exp. 10.873, y 31 de agosto de 2000, exp. 18.029, *inter alia*.

1499 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 9 de mayo de 1996, exp. 10.151; 15 de septiembre de 2011, exp. 16598; 21 de septiembre de 2011, exp. 22338, y 30 de enero de 2013, exp. 24020.

1500 En lo relativo a la improcedencia de la aplicación de la Teoría del Hecho del Príncipe respecto de las denominadas contribuciones especiales y/o “impuesto de guerra” a los contratos adicionales, cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 18 de septiembre de 2003 exp. 15119; 2 de septiembre de 2004, exp. 14578; 11 de diciembre de 2004, exp. 19478; 11 de diciembre de 2004, exp. 16433; 29 de noviembre de 2006 exp. 18398; 7 de marzo de 2007, exp. 15799; 4 de febrero de 2010, exp. 15665; 22 de junio de 2011, exp. 18080, y 25 de abril de 2012, exp. 21909,

1501 Sentencias del 4 de febrero de 2010, exp. 15665, y 31 de agosto, exp. 18080.

1502 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de mayo de 2005, exp. 15.326: “[...] Tampoco se consideró que la nulidad del acto de modificación unilateral del contrato, no es constitutiva del desequilibrio financiero del contrato por el hecho del príncipe, sino de responsabilidad contractual por el ejercicio irregular de los poderes exorbitantes; aun cuando uno y otro conduzcan a la reparación integral de los daños que pruebe el contratista. La diferencia radica en que, en el primer supuesto, es indispensable desvirtuar la presunción de legalidad de los actos contractuales, en tanto que, en el segundo resulta necesario probar la existencia de un acto general y abstracto imprevisible para las partes, que incidió indirectamente en el contrato, alterando gravemente su ecuación económica; sin que sea necesario probar que era un acto ilegal”; y Sentencia del 29 de mayo de 2003, exp. 14.577: “[...] La Sala considera que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión. Con respecto a los otros supuestos de la teoría, la norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe”. En efecto, en tratándose de relaciones de carácter privado, se ha aceptado la procedencia de aplicar la teoría de la imprevisión prevista en el artículo 868 del Código de Comercio, tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia Contencioso Administrativa; al respecto cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2011, exp. 15476: “[...] la teoría de la imprevisión procede cuando la ejecución de un contrato conmutativo se torna excesivamente onerosa para una de las partes, en razón a hechos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles a su celebración, de forma que se autoriza su revisión por parte del juez, con el objeto de reajustar el contrato. Según la doctrina y la jurisprudencia, los elementos que estructuran esta teoría son: a) Que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida y, por ende, excluye los contratos de ejecución instantánea; b) Que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevisibles o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato en el caso concreto; c) Que esas circunstancias extraordinarias, imprevisibles o imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y d)

Que el acontecimiento resulte ser ajeno a las partes”; cfr., entre otras, Sentencias del 29 de abril de 1999, exp. 14855; 29 de marzo de 2003, exp. 14577, y 5 de mayo de 2005, exp. 15326.

- 1503 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 25 de agosto de 2011, Subsección B, exp. 14461, y 30 de enero de 2013, exp. 24020.
- 1504 “[...] en consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.
- 1505 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 26 de febrero de 2004, exp. 14043; 28 de abril de 2010, exp. 17430; 7 de marzo de 2011, exp. 20683; 25 de agosto de 2011, Subsección B, exp. 14461; 29 de mayo de 2013, exp. 23313, y 30 de enero de 2013, exp. 24020.
- 1506 Cfr. laudo arbitral del 22 de noviembre de 1985, Construcciones Domus Ltda. vs. Caja de Retiro de la Policía Nacional – Casur; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 7 de marzo de 2011, exp. 20683; 29 de mayo de 2013, exp. 23313, y 30 de enero de 2013, exp. 24020.
- 1507 *Ibid.*: “[...] En estos eventos que vienen analizándose, la jurisprudencia y la doctrina señalan al peticionario no sólo el deber y diligencia para examinar en la fase preparatoria del contrato los términos de ejecución y las circunstancias que la rodean para actuar, en contraposición, con la responsabilidad de un buen administrador, dentro de su especialidad, pues están descartadas del todo, conductas culposas o indolentes u omisivas por parte del contratista-concesionario. Sobre este particular se ha dicho: ‘La ecuación contractual no está instituida para cohonestar incumplimientos del contrato debidos a culpa del contratista, a su negligencia, desorganización o incapacidad, o de garantizar siempre una ganancia al contratista’”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 24 de febrero de 2005, exp. 14937; 22 de julio de 2009, exp. 17552; 28 de febrero de 2013, exp. 24106, y 29 de mayo de 2013, exp. 23313,
- 1508 Cfr. laudo arbitral Caracol Televisión S. A. vs. Comisión Nacional de Televisión, 26 de noviembre de 2001.
- 1509 Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 11 de marzo de 1972: “[...]el contrato administrativo el particular no se halla a merced de la administración, y si bien el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que pretende satisfacer el interés general ‘... si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado [...] El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del cocontratante al respeto del equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato”.
- 1510 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 18 de abril de 1989, exp. 5.426; 26 de marzo de 1992, exp. 6.553; 12 de marzo de 1992, exp. 6.759; 19 de septiembre de 1994, exp. 8.182; 16 de marzo de 1995, exp. 9.863, *inter alia*; 26 de febrero de 2004, exp. 14043; 10 de noviembre de 2005, exp. 14392, y 7 de marzo de 2011, exp. 20683.
- 1511 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 26 de febrero de 2004, exp. 14043; 22 de abril de 2004, exp. 14292; 2 de septiembre de 2004, exp. 14578; 26 de febrero de 2004, rad. 14043; 11 de diciembre de 2004, exp. 19478; 11 de diciembre de 2004, exp. 16433; 18 de agosto de 2006, exp. 15162; 25 de agosto de 2011, Subsección B, exp. 14461; 14 de febrero de 2011, Subsección A, exp. 15225; 30 de junio de 2011, Subsección B, exp. 17433; 29 de mayo de 2013, exp. 23313, y 31 de agosto de 2011, exp. 18080.
- 1512 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 29 de mayo de 2003, exp. 14.577; 26 de febrero de 2004, exp. 14043; 25 de agosto de 2011, Subsección B, exp. 14461, y 30 de enero de 2013, exp. 24020
- 1513 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. 14.781: “[...] El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible. En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado [...] En tales condiciones, se tiene que la fuerza mayor justifica la inexecución del contrato y no determina indemnización o compensación alguna en beneficio de la parte contratante, la cual queda eximida de responsabilidad a pesar de haber incumplido el contrato; en tanto que la teoría de la imprevisión no justifica la inexecución del contrato, se aplica cuando el contrato se ha ejecutado con la alteración de su ecuación económica y da derecho a que el contratista obtenga el restablecimiento mediante la compensación correspondiente”; cfr. entre otras, Sentencias del 3 de mayo de 2001, exp. 12803; 10 de noviembre de 2005, exp. 14392; 14 de abril de 2010, exp. 16432; 25 de agosto de 2011, Subsección B, exp. 14461; 22 de junio de 2011, exp. 18836, y 14 de marzo de 2013, exp. 20524.
- 1514 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, exp. 14.578. “[...] Es claro entonces que la revisión de precios por las partes es consecuencia de su propia previsión en el contrato y de acuerdo con la fórmula acordada, cuando ocurra en la realidad la variación de los costos determinantes de los precios. Esto no significa que si durante la ejecución del contrato varían los costos determinantes de los precios que no podían ser previsibles al momento de ofertar o celebrar el contrato –que eran imprevisibles– el afectado no pueda reclamar el restablecimiento económico”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencias del 7 de febrero de 2011, exp. 17663; 7 de marzo de 2011, exp. 20683; 19 de agosto de 2011, exp. 20003
- 1515 Laudo arbitral Concesión Santa Marta Paraguachón S. A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, 24 de agosto de 2001.
- 1516 *Ídem.*
- 1517 *Ídem.* “[...] Para que proceda la aplicación de la ‘teoría de la imprevisión’ como fundamento de la revisión de los términos de un contrato, se requiere: – Que la dificultad en el cumplimiento de la obligación pactada por la parte afectada, derive de la ocurrencia de hechos sobrevinientes al inicio de las labores propias del contrato, esto es, el contrato debe encontrarse en ejecución. – Que los efectos de los hechos lesivos escapen o sean ajenos al control de la parte que lo alega. – Que el perjuicio representado en la mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones pactadas, sea jurídicamente inevitable para la parte que lo alega, y que el

mismo no derive de su 'imprevisión, negligencia o impericia'. Esto es, el hecho debe ser ajeno a la parte afectada, o dicho de otra forma no debe formar parte del álea normal del contrato, o 'álea que debe quedar a cargo de la parte contratante, que 'razonablemente se puede decir que las partes han debido tener en sus previsiones', sino que el hecho debe obedecer al concepto de 'los áleas extraordinarios', entendidos como 'los eventos que frustran todos los cálculos que las partes han podido hacer al celebrar el contrato y que exceden los límites extremos que las partes han podido considerar en ese momento, las circunstancias que alteran la economía del contrato'. – Que el perjuicio alegado no surja o se cause en un error de oferta o de impericia contractual, toda vez que en este supuesto sería predicable la 'culpa' de la parte afectada y no sería procedente el reconocimiento de beneficio derivado de ella [...]".

- 1518 Laudo arbitral, Concesión Santa Marta Paraguachón S. A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invias, cit.
- 1519 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004, exp. 12.342: “[...] En virtud de los mayores intereses que persigue la Administración Pública, le corresponde ejercer poderes de control y dirección de los contratos que celebra, con miras a obtener su efectiva y oportuna ejecución, tomando medidas de corrección, vigilando la calidad técnica y material de la obra, asegurando el cumplimiento oportuno mediante la adopción de medidas compulsivas, ejecutando la obra directamente cuando el contratista suspende la misma, etc”.; cfr. así mismo, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2004, exp. 15936; 21 de abril de 2004, exp. 10875; 21 de abril de 2004, exp. 14651; 20 de octubre de 2005, exp. 14579; 19 de octubre de 2005, exp. 15001; 22 de julio de 2009, exp. 17552; 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 24 de enero de 2011, exp. 15940; 10 de marzo de 2011, exp. 16856; 10 de marzo de 2011, exp. 15666; 21 de febrero de 2011, exp. 17555; 26 de junio de 2011, exp. 21318; 19 de octubre de 2011, exp. 18082; 18 de marzo de 2012, exp. 22471; 5 de diciembre de 2007, exp. 16704; 1.º de diciembre de 2008, exp. 15603; 23 de abril de 2009, exp. 16372; 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 7 de octubre de 2010, exp. 18496; 24 de enero de 2011, exp. 15940; 21 de febrero de 2011, exp. 16105; 7 de marzo de 2011, exp. 20683; 23 de julio de 2011, exp. 21318, y 15 de noviembre de 2011, exp. 21178.
- 1520 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24.639: “[...] De otra parte, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la Administración recobra uno de los medios importantes para lograr la correcta ejecución del contrato y sobre todo de imponer los correctivos para encauzarlo en el momento oportuno, apremiando al contratista a culminar el objeto contractual y evitando que el contrato sea incumplido definitivamente y, como consecuencia, se deba producir la declaratoria de caducidad, medida que en la mayoría de los casos conduce a que el contrato celebrado no cumpla su finalidad pública, que es el interés general representado en el beneficio que su ejecución reporta a la comunidad. Cabe resaltar otro aspecto importante en relación con los mandatos contenidos en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en cuyo párrafo transitorio extendió la facultad de imponer las multas, incluso a aquellos contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando hubieren sido pactadas y por voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas. Opera aquí la aplicación de la norma expedida con posterioridad a la celebración del contrato para efecto de la imposición y cobro de las multas siempre que convencionalmente las partes las hubieren previsto, pero además hubieren aceptado la competencia de la entidad estatal contratante para aplicarlas por acto administrativo, fenómeno que ha sido entendido por la doctrina como ‘retrospectividad’ de la norma”.
- 1521 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004, exp. 12.342: “[...] En virtud de los mayores intereses que persigue la Administración Pública, le corresponde ejercer poderes de control y dirección de los contratos que celebra, con miras a obtener su efectiva y oportuna ejecución, tomando medidas de corrección, vigilando la calidad técnica y material de la obra, asegurando el cumplimiento oportuno mediante la adopción de medidas compulsivas, ejecutando la obra directamente cuando el contratista suspende la misma, etc”.; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 9 de febrero de 2011, exp. 17558; 21 de febrero de 2011, exp. 16105, y 10 de marzo de 2011, exp. 15666.
- 1522 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031: “[...] Así las cosas, que el ejercicio del poder exorbitante de declarar la caducidad de un contrato se traduzca en una sanción para el infractor del mismo, es un efecto que se desprende de él, pero que no muta la finalidad perseguida a través de la misma; vale decir, la caducidad como terminación unilateral de un contrato ante la infracción de las prestaciones a las que está obligado el contratista, si bien conlleva una sanción para él, la más drástica en sede administrativa, no es el fin mismo de la institución, sino el medio y el efecto propio que se deriva de su imposición para garantizar el interés público de que se ejecuten debidamente sus prestaciones, objetivo para el cual está consagrada”; cfr., entre otras, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 17 de marzo de 2010, exp. 18394; 23 de junio de 2010, exp. 16367; 10 de marzo de 2011, exp. 15666, y 7 de febrero de 2011, exp. 17663.
- 1523 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 11 de mayo de 1999, exp. 10196 y 13 de septiembre de 2002, exp. 10.264: “[...] Los poderes exorbitantes otorgados a la administración dentro del contrato tienen la finalidad de garantizar una prestación en forma adecuada del servicio público, lo cual la dispensa de probar el daño que le causa o puede causar la inejecución del contratista y es a éste a quien corresponde acreditar que con su retardo no ha causado ningún perjuicio a la administración. No es otro el sentido que tiene el pacto de la cláusula penal, ya que la parte que la reclama no tiene que justificar la existencia de un perjuicio”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de marzo, exp. 20343.
- 1524 SUSANA MONTES DE ECHEVERRI. “Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos”, *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Bogotá, Universidad de los Andes, junio de 2000, pp. 63 y ss.
- 1525 Es clara la disposición al establecer que “[...] Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento [...]”; esto es, responde el causante; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 16103.
- 1526 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 13 de julio de 1993, exp. 8163; 22 de julio de 2009, exp. 17522; 14 de abril de 2010, exp. 17214; 11 de agosto de 2010, exp. 18499; 29 de enero de 2011, exp. 15940; 7 de febrero de 2011, exp. 17663, y 7 de febrero de 2011, exp. 19597.
- 1527 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001: “[...] En este sentido, no se consagra en el artículo 90 de la Carta un criterio restringido de responsabilidad, circunscrito tan solo al campo extracontractual, pues de lo que se encarga su texto es de fijar el fundamento de principio en el que confluyen todos los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal-contractual, precontractual y extracontractual [...]”; cfr. así mismo, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 17214.
- 1528 Cfr. laudo arbitral Concesión Santa Marta Paraguachón S. A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invias, cit.: “[...] Definido el daño reparable en materia contractual pública, entra el tribunal a analizar si el alegado por la convocante, cuya reparación solicita a este tribunal, primero efectivamente existe, para luego determinar si ocurrido éste participa del concepto de antijuridicidad, presupuesto básico para que el juez pueda ordenar su reparación por el Estado. De esta manera resulta claro para el tribunal: a) Que la responsabilidad contractual de la administración sólo es predicable frente a los daños antijurídicos derivados de su acción u omisión. b) Que la existencia del ‘daño antijurídico’ reparable, en los términos del constituyente presupone que aquél que lo padece no está en el deber constitucional, legal, contractual o extracontractual de soportarlo. c) Que por lo mismo, el contratista del Estado que alegue el padecimiento de un daño o perjuicio derivado de la celebración, ejecución o terminación de un contrato estatal y pretenda su reparación, ha de probar primero la realización del daño o perjuicio y la ausencia de la obligación surgida de la ley o del contrato de preverlo o asumirlo”.

- 1529 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 13 de julio de 1993, exp. 8163; 22 de julio de 2009, exp. 17522; 14 de abril de 2010, exp. 17214; 11 de agosto de 2010, exp. 18499; 24 de enero de 2011, exp. 15940, y 7 de febrero de 2011, exp. 19597.
- 1530 El artículo 2357 del Código Civil dispone que "... la apreciación del daño estará sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".
- 1531 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 7 de febrero de 2002, exp. 21.854.
- 1532 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119.
- 1533 *Ibíd.* Sentencia del 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433.
- 1534 *Ibíd.* Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080.
- 1535 Artículo 5.º Ley 80 de 1993.
- 1536 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2015, exp. 33223.
- 1537 *Ibíd.* Sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 16.293.
- 1538 *Ídem.*
- 1539 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de febrero de 2017, exp. 52805.
- 1540 *Ibíd.* Sentencia del 9 de febrero de 2017, exp. 52805.
- 1541 *Ibíd.* Sentencia del 18 de julio de 2012, exp. 22.221
- 1542 *Ibíd.* Sentencia del 9 de febrero de 2017, exp. 52805.
- 1543 *Ibíd.* Sentencia del 18 de julio de 2012, exp. 22.221.
- 1544 *Ídem.*
- 1545 *Ídem.*
- 1546 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de febrero de 2017, exp. 52805.
- 1547 *Ibíd.* Sentencia del 16 de marzo de 2015, exp. 32797.
- 1548 *Ídem.*
- 1549 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora: aplicación en el sector energético, ambiental, de telecomunicaciones y en otros sectores*, Colección de Estudios en Derecho Minero y Energético, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- 1550 La policía administrativa debe ser entendida y analizada como una actividad evolucionada desde sus primeras formulaciones, sobre todo entrado el siglo XXI y sumidos la mayoría de los Estados en concepciones sociales de derecho. Como lo afirma ALEJANDRO NIETO ("Algunas precisiones sobre el concepto de policía", cit., pp. 35 a 75), el concepto de policía es radicalmente proteico, variable en el tiempo y en el espacio; de ahí que su concepto y definición no puedan permanecer estáticos en la doctrina ni en la jurisprudencia; cfr. RAMÓN PARADA VÁZQUEZ. *Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 408 y ss.
- 1551 HARTMUT MAURER. *Derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 156.
- 1552 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, t. II. Civitas, Madrid, 1999, p. 103.
- 1553 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., pp. 176 y 177.
- 1554 *Ibíd.*, p. 181.
- 1555 EDUARDO FERRER MAC-GREGOR. "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs, México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 131, 2011, p. 920.
- 1556 Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, en *Banco de datos jurídicos*, cit.: "El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general...".
- 1557 Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012.
- 1558 *Ídem.*
- 1559 Esa decisión queda dotada como todo acto administrativo de las cualidades presuntas de legalidad y de fuerza ejecutoria, dando lugar, como lo hemos sostenido, al surgimiento de un verdadero acto contractual objeto de la acción contractual para controvertir su legalidad y los derechos subjetivos vulnerados con su expedición, y por otra parte a la acción ejecutiva ante la misma jurisdicción contencioso administrativa para hacer efectivo lo dispuesto en ellos, según lo ha reconocido el Consejo de Estado, y la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-666 de 2000.

- 1560 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002, exp. 22511: “Cuando el beneficiario del contrato de seguros es la administración, la obligación de indemnizar por parte del asegurador se hará exigible sólo cuando el acto administrativo constitutivo que reconozca la existencia del siniestro, el cual concreta una obligación clara y expresa, esté en firme y se le haya dado a conocer [...] Ese acto administrativo es la manifestación jurídica de reconocimiento del acaecimiento del riesgo asegurado (hecho). Por lo tanto, cuando el Estado reconoce, en acto administrativo, la existencia del siniestro de carácter contractual en contra del asegurador puede concluirse que el crédito a favor de la administración sí tiene fuente en el contrato estatal, pues, de una parte, el siniestro que debe indemnizar el asegurador es el reconocido por la administración y, de otra, la causa del acaecimiento del riesgo asegurado no es nada menos que el incumplimiento del contratista estatal. Además en apoyo de lo anterior puede recurrirse al Código de Comercio el cual califica como víctima al beneficiario del contrato de seguro. Por lo tanto si la responsabilidad del asegurador proviene de que acaeció el riesgo ‘asegurado por el tomador’, es decir el incumplimiento contractual del contratista de la administración, se colige también que el reconocimiento del siniestro en acto administrativo que manifiesta una obligación clara y expresa contra el asegurador, cuando esté en firme (exigibilidad), conformará con otros documentos una acreencia derivada de un contrato estatal; esos documentos son: el contrato estatal y la garantía. Entonces, resulta claro en estos eventos que el contrato estatal junto con la póliza única de seguro de cumplimiento y las resoluciones mediante las cuales se declaró el siniestro y se impuso la multa al contratista, conforman el título ejecutivo complejo, pues contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible”.
- 1561 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de noviembre de 1964.
- 1562 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 2003, exp. 14394: “Es importante destacar que aunque las partes dejaron suspendido indefinidamente el contrato de obra pública 123 de 1994 y no ha sido posible un acuerdo para continuar su ejecución, no procede la rescisión del mismo con fundamento en el mutuo disenso tácito de las partes, porque ello no fue pedido, y como la rescisión y la resolución son figuras jurídicas sustancialmente diferentes, una decisión en el sentido resultaría abiertamente incongruente. En efecto: el mutuo disenso del contrato conocido como rescisión está fundado en lo dispuesto en los artículos 1602 y 1625 CC; consiste en la prerrogativa de la que son titulares las partes de un contrato para dejarlo sin efectos, mediante una manifestación expresa de voluntad o mediante conductas o comportamientos que se traducen en el desistimiento del negocio celebrado. Es por tanto una figura sustancialmente diferente a la resolución del contrato contemplada en el artículo 1546 CC, si se tiene en cuenta que esta última figura se fundamenta en el incumplimiento de uno de los contratantes, en tanto que el mutuo disenso o rescisión tiene fundamento en la voluntad expresa o tácita de los contratantes”.
- 1563 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Edit. Temis, 1994, p. 550. El artículo 1546 “abona la tesis doctrinaria de que la acción resolutoria es un derecho de los acreedores, tan principal como lo son la acción ejecutiva y la de indemnización de perjuicios”.
- 1564 *Ibid.*, pp. 556 a 558.
- 1565 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 14 de septiembre de 2000, exp. 13530: “No sucede lo mismo con la *exceptio non adimpleti contractus*, toda vez que ella, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 CC), es una regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y sobre la cual la jurisprudencia de la Sala ha superado la resistencia de algunos doctrinantes [...] De tal manera que en el ordenamiento jurídico colombiano, con miras a conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, se admite la *exceptio non adimpleti contractus* en los contratos administrativos, pero no con el alcance general y absoluto que tiene en la contratación entre particulares, sino limitada exclusivamente a aquellos casos en que el incumplimiento imputable a la administración coloque al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones. En estas condiciones, es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 C.N.), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual”.
- 1566 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 1991, exp. 5951.
- 1567 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, exp. 12722: “La *exceptio non adimpleti contractus* es una regla legal y de equidad que orienta los contratos que son fuente de obligaciones correlativas o sinalagmáticas [...] Por virtud de la excepción de contrato no cumplido la parte contratista está legitimada, legalmente, para no ejecutar sus obligaciones mientras su cocontratante no ejecute las propias [...] su aplicación está condicionada al cumplimiento de los siguientes supuestos: a. Que exista un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas; condición esta que se justifica porque ‘La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas’. Esto es, ‘la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque éste está obligado con el primero’. Y es la existencia de obligaciones recíprocas e interdependientes la que permite contemplar sanciones distintas de la condena a daños y perjuicios en caso de inejecución de sus obligaciones por uno de los contratantes. ‘Admitir que uno de los contratantes está obligado a ejecutar, mientras que el otro no ejecuta, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático’, y por ello se autoriza la aplicación de prerrogativas como la resolución del contrato o la *exceptio non adimpleti contractus*; b. Que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de las dos partes contratantes, porque a nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, si se tiene en cuenta que esta forma de incumplimiento conduce a un daño futuro meramente hipotético y por ende no indemnizable; c. Que el incumplimiento de la administración sea grave, determinante y de gran significación; debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado que es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 C.N.), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual; d. Que quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo, puesto que no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento cuando su conducta la rechaza, por ser contrario a la *bona fides in solvendo*”.
- 1568 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, exp. 12722: “Se tiene entonces que cuando se cumplen los supuestos de hecho que representan la existencia real de la excepción de contrato no cumplido, y se concluye que el contratista no estaba obligado

a cumplir la prestación que pendía de un comportamiento contractual de la administración, ésta pierde la facultad de declarar el incumplimiento del contrato o la caducidad del mismo, si el motivo determinante de esta decisión lo era precisamente el incumplimiento del contratista”.

1569 Artículo 1592 Código Civil.

1570 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ; MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA y ANTONIO VODANOVIC HAKLICKA. *Tratado de las Obligaciones*, vol. II, *Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. De la protección de los derechos del acreedor. De la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes*, 2.^a ed. ampliada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 328 y ss, citado en YOHAN MANUEL BUITRAGO VARGAS. *Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Maestría en Derecho – Profundización en Administrativo, 2014.

1571 Ídem.

1572 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 7 de octubre de 1976, en *Gaceta CLII*, 441; cfr. *Antología Jurisprudencial, Corte Suprema de Justicia 1886-2006. 120 años Corte de Casación*, t. 1, Sala Civil, Bogotá, Sigma, 2007, pp. 817 y ss., tomado de YOHAN MANUEL BUITRAGO VARGAS. *Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal...*, cit.

1573 Cfr. artículos 1617 Código Civil, y 884 Código de Comercio, ambos relativos a los intereses que se presumen en las obligaciones dinerarias.

1574 Artículo 1613 Código Civil.

1575 Artículos 1592 y siguientes ibid.

1576 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de octubre de 1976. *Gaceta CLII*, 441. *Antología Jurisprudencial, Corte Suprema de Justicia 1886-2006...*, cit

1577 Ídem.

1578 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004, rad. 25000-23-26-000-1990-6904-01 (12342) tomado de YOHAN MANUEL BUITRAGO VARGAS. *Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal...*, cit.

1579 Ídem.

* Capítulo revisado por la profesora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS, y elaborado con la colaboración del profesor ANDRÉS BRICEÑO CHÁVES.

1580 Corte Constitucional. Sentencia C-864 de 2004; cfr. también Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003: “[...] 3. Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16– los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”.

1581 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-619 y C-918 de 2002. Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “... los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al Estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”; cfr. Sentencia del 21 de octubre de 1999, exps. 10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la *imputatio juris*’ además de la ‘*imputatio facti*’”; cfr. Sentencia del 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura ‘siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público’”.

1582 ADOLF MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, México, Edinal, 1975, pp. 212 y 213: “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”.

1583 FERNANDO GARRIDO FALLA. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n.º 119, mayo-agosto de 1989 pp. 10-11. La “teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración surge como consecuencia de la actividad administrativa ilícita [...] ausencia de una obligación legal, por parte del dañado, de soportar el daño. Dicho de otra forma: la actividad lícita de la Administración se corresponde con la obligación del administrado de soportar dicha actividad justificada por el interés público que se satisface, pero que determina el nacimiento de un derecho a reclamar indemnización por parte del perjudicado”.

1584 HENRY MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil. Parte primera. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos*, LUIS ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO (trad.), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 510.

1585 RENÉ CHAPUS. *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, LGDJ, 1957, p. 507.

1586 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de junio de 1994, exp. 8998.

1587 Ibid. Sentencia del 19 de octubre de 1990, exp. 4333.

1588 Salvamento de voto del Consejero de Estado JOAQUÍN BARRETO al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, exp. S-021.

1589 RENÉ CHAPUS. *Responsabilité publique et responsabilité privée*, cit., p. 403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado: “... lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y

dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta”.

- 1590 JUAN CARLOS HENAO. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 131.
- 1591 KARL LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en LUIS DíEZ PICAZO. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, t. V, Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p. 329.
- 1592 RENATO SCOGNAMIGLIO. “*Novissimo Digesto* italiano”, citado en LUIS DíEZ PICAZO. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 329.
- 1593 FERNANDO PANTALEÓN. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 4, 2000, p. 186. Disponible en [<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/como%20repensar%20la%20responsabilidad.pdf>]: “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.
- 1594 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, en ALLAN BREWER-CARÍAS y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- 1595 FERNANDO PANTALEÓN. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, cit., p. 185: “[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”; cfr. LUIS MARTÍN REBOLLO. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en RAFAEL BADELL MADRID (coord.). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo (en Homenaje al Profesor Luis H. Fariás Mata)*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp. 278 y 279. MARTÍN REBOLLO se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión.
- 1596 KARL LARENZ. “Derecho de obligaciones”, cit., p. 329.
- 1597 R. SCOGNAMIGLIO “*Novissimo digesto italiano*”, cit., p. 329.
- 1598 FERNANDO PANTALEÓN. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, cit., p. 186: “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.
- 1599 JOHN STUART MILL. *Sobre la libertad*, 1.ª reimp., Madrid, Alianza, 2001, pp. 152 y 153: “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”.
- 1600 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, cit.
- 1601 JOHN RAWLS. *Liberalismo político*, 1.ª reimp., Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 279. Este presupuesto orienta en cuanto a la carga no soportable; así, siguiendo a Rawls: “... la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a ‘lo racional’: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”.
- 1602 Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera que “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (*sic*) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal –bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía– sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2002; así mismo, cfr. FERNANDO PANTALEÓN. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, cit., p. 168. Debe advertirse que al revisar la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual se encuentran posturas según las cuales “... debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (*sic*)”.
- 1603 Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996; cfr. también Corte Constitucional. Sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de

- la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2002. LUIS DíEZ PíCAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “... no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiéndose por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.
- 1604 Corte Constitucional. Sentencias C-333 de 1996 y C-832 de 2001. Cabe afirmar que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica *alterum non laedere*”; cfr. LUIS DíEZ PíCAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 298.
- 1605 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 1995, exp. 9550. Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”.
- 1606 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 AG.
- 1607 *Ibid.*, Sentencia del 14 de septiembre de 2000, exp. 12166: “[...] por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.
- 1608 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de junio de 2005, exp. 1999-02382 AG.
- 1609 Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2002. Es de advertir que una vez revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual se encontraron posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (*sic*)”. FERNANDO PANTALEÓN. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, cit., p. 168.
- 1610 MARCOS GÓMEZ PUENTE. *La inactividad de la administración*, Navarra, Aranzadi, 1997, p. 37. De acuerdo con GÓMEZ PUENTE, “Pero el nuevo Estado es también un Estado social de Derecho cuyos objetivos dependen del alcance y eficacia de la acción administrativa y de la sujeción de ésta a la legalidad. De ahí que la doctrina no deba descuidar las implicaciones de la inactividad administrativa cuyos riesgos para el modelo estatal mismo se advertirán en otro lugar”.
- 1611 MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN. *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 927: “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”.
- 1612 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 21515.
- 1613 *Ibid.*, Sentencia del 23 de agosto de 2012, exp. 24392.
- 1614 Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2004.
- 1615 MARYSE DEGUERGE. “Causalité et imputabilité”, en *Juris-Classeur*, n.º 5, Fasc. 830, 31 de enero de 2000, pp. 2 y 3: “El causalismo es el método filosófico-científico que procura el conocimiento de las cosas (o el de las verdades) a través del estudio y análisis de sus causas. Sostiene la existencia de cadenas de relaciones causales (causa-efecto) que permiten, mediante su observación, una explicación de todo lo que puede explicarse. Determinar la o las causas de uno o varios sucesos constituye la tarea de aprehensión cognoscitiva del fenómeno causal. ISIDORO H. GOLDENBERG. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 1.ª reimp., Buenos Aires, De Palma, 2011, pp. 2 y 3. La formulación de la teoría de la determinación causal: “nada puede existir ni dejar de existir sin causa”, o, en otros términos, “todo efecto es generado por una causa”, debe ser entendida como método de conocimiento humano, ya que como doctrina explicativa del mundo de la naturaleza y de sus mutaciones conlleva necesariamente el reconocimiento de un primer fenómeno incausado, un comienzo no causado pero que es la causa del todo, o bien a una infinita regresión de causas y efectos”.
- 1616 FRANCOIS P. BENOÎT. “Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d’imputabilité)”, *Juris-Classeur Public*, 1, 1351, n.º 19, 1957, p. 20.
- 1617 JACQUES MOREAU. *La responsabilité administrative*, París, PUF, 1995, p. 78.
- 1618 HANS Kelsen. *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, De Palma, 1948, p. 384: “El método de la dogmática jurídica no es el de la explicación causal, sino el de la comprensión del sentido, ya que sólo así puede ser entendida una estructura de sentido como lo es un sistema jurídico. Quien se acerca, en cambio, a un sistema jurídico con el método positivista de la observación de los hechos y de su conexión causal, verá cómo el objeto de su estudio se le escapa de entre las manos, y cómo en lugar del Derecho le aparecerá el ‘mecanismo jurídico’, es decir, el acontecer externo y visible que tiene lugar en la realización del Derecho”; cfr. HANS WELZEL. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Madrid, Aguilar, 1977, p. 193.
- 1619 HANS Kelsen. *Sociedad y naturaleza*, cit., p. 384.
- 1620 *Ibid.*, p. 384.
- 1621 *Ídem.*
- 1622 LUIS DíEZ PíCAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, cit., p. 357: “El concepto de causa y el de causalidad se utilizan en materia de responsabilidad civil, para tratar, básicamente, de dar respuesta a dos tipos de problemas: el primero es encontrar alguna razón por la cual se pongan a cargo de ésta, haciéndola responsable, las consecuencias indemnizatorias [...] en segundo lugar, se trata de relacionar, a la inversa de lo que hacíamos anteriormente, al daño con la persona, pues el precepto, remarcando el uso de la palabra causa, dice que se indemniza ‘el daño causado’”.
- 1623 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de diciembre de 2005, exp. 14065.
- 1624 *Ibid.*, Sentencia del 22 de abril de 2004, exp. 15088.
- 1625 *Ibid.*, Sentencia del 28 de abril de 2010, exp. 17992.
- 1626 LUIS DíEZ PíCAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, cit., p. 357: “Es notorio que el problema causal se plantea de manera especialmente aguda

cuando se reconoce o se puede establecer que, como es normal en la vida social, todo hecho, y, por consiguiente, también los hechos dañosos, son consecuencia de la concurrencia de una extraordinaria pluralidad de circunstancias a las que a veces se denomina ‘concausas’ o ‘causas adicionales’”.

1627 HANS KELSEN. *Sociedad y naturaleza*, cit., p. 390.

1628 KARL LARENZ. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, 1.ª reimp., Madrid, Civitas, 1990, pp. 107-108.

1629 LUIS DÍEZ PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, cit., p. 371: “En el Derecho español, la distinción entre causalidad e imputación objetiva fue aceptada por un buen número de sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La Sentencia del 5 de abril de 1983, con referencia a la del 20 de mayo de 1981, dice que: ‘La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 20 de mayo de 1981 ya ha distinguido, con la precisión posible dentro de la difícil doctrina de la causalidad, entre relación causal e imputación objetiva, como categorías independientes y sucesivas, y que para la responsabilidad penal no basta con la constancia de la relación causal –a determinar según el criterio de la equivalencia de condiciones– sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél, como consecuencia lógica y natural de aquélla. Es decir [...] que la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva. La concurrencia o no de la causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y ésta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones. Pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa [...] Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuente) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los de incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma”.

1630 LUIS DÍEZ PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, cit., pp. 367 y 368: “Para ROXIN, un resultado causado por un agente sólo se le puede imputar a éste si su conducta ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro se ha realizado o materializado en el caso concreto. Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, tal resultado es por lo general imputable. Aunque excepcionalmente puede excluirse la imputación, si el alcance es de tipo penal, sobre lo que ROXIN especula, no abarcaba la evitación de tales peligros y sus repercusiones [...] Para JAKOBS las garantías normativas que el Derecho establece, no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles, porque si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social. Las mentadas garantías normativas adscriben a determinadas personas, que en un contexto de interacción social ocupan determinadas posiciones, unos ciertos cometidos, que pueden ser calificados como estándares o roles. Sólo de este modo, se posibilita la orientación social sin conocer las características individuales de las personas que actúan y se hacen posibles contactos anónimos en que no es necesario averiguar el perfil individual de la persona que tenemos enfrente, porque podemos considerarla sólo como portadora de un rol. Así, los seres humanos se encuentran en un mundo social en función de portadores de un rol o, dicho de otro modo, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar. De este modo, el objetivo es imputar las desviaciones respecto de las expectativas que suscita el portador del rol. Como toda defraudación de expectativas, en toda lesión o en todo daño, pueden participar además de la víctima y el pretendido autor, terceras personas. La labor consiste en determinar a quien (*sic*) competía el acontecer relevante, es decir, quien quebrantó su rol administrándolo de modo deficiente”.

1631 CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ. “Estudio preliminar”, en GÜNTHER JAKOBS. *La imputación objetiva en el derecho penal*, citado en LUIS DÍEZ PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial...*, cit., p. 367: “[...] se ha dicho que la teoría de la imputación objetiva tiene el cometido de fijar criterios normativos por los cuales un resultado –en el que reside la lesión de un bien jurídico– es atribuible a un comportamiento”.

1632 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de junio de 2009, exp. 11001-3103-020-1999-01098-01: “[e]n general, por fuerza mayor o caso fortuito debe entenderse ‘el imprevisto que no es posible resistir, como el naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercido por un funcionario público, etc.’ (art. 1.º Ley 95 de 1890); es claro que estos hechos o actos, u otros semejantes, que enuncia el legislador, requiere que sean imprevisibles o irresistibles, significando lo primero, un acontecer intempestivo, excepcional o sorpresivo; y lo segundo, imposible, fatal, inevitable de superar en sus consecuencias”; cfr. Sentencia de revisión del 2 de diciembre de 1987, GJ, t. CLXXVIII, p. 332. En la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se argumenta: “A dicho propósito, concebida la ‘fuerza mayor o caso fortuito’ (*casus, casus fortuitus, casus fortuitum, casus maior, vis maior, vis divina, vis magna, vis cui resisti non potest, vis naturalis, fatum, fatalitas, sors, fors, subitus eventus, inopinatus eventus, damnum fatale, detrimentum fatale, damnum providential*, fuerza de Dios, D. 19, 2, 25, 6; nociones aunque “distintas” (Cas. Civ. Sent. del 7 de marzo de 1939, XLVII, 707), simétricas en sus efectos (Cas. Civ. del 26 de mayo de 1936, XLIII, 581 y 3 de agosto de 1949, GJ, n.º 2075, 585), cuanto ‘... imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.’ (art. 1.º Ley 95 de 1890), es menester para su estructuración *ex lege* la imprevisibilidad e irresistibilidad del acontecer (Cas. Civ. sentencias del 31 de agosto de 1942, LIV, 377; 26 de julio de 1995, exp. 4785; 19 de julio de 1996 exp. 4469, y 9 de octubre de 1998, exp. 4895)”.

1633 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de junio de 2009, exp. 11001-3103-020-1999-01098-01: “La imprevisibilidad del acontecimiento, concierne a la imposibilidad de prever, contemplar o anticipar *ex ante* las circunstancias singulares, concretas o específicas de su ocurrencia o verificación de acuerdo con las reglas de experiencia, el cotidiano, normal o corriente diario vivir, su frecuencia, probabilidad e insularidad *in casu* dentro del marco fáctico de circunstancias del suceso, analizando *in concreto* y en cada situación los referentes de su ‘normalidad y frecuencia’, ‘probabilidad de realización’ y talante ‘... intempestivo, excepcional o sorpresivo’ (Cas. Civ. Sentencias del 5 de julio de 1935; 13 de noviembre de 1962; 31 de mayo 1965, CXI-CXII, 126; 26 de enero de 1982; 2 de diciembre de 1987; 20 de noviembre de 1989; 7 de octubre de 1993; 23 de junio de 2000 [SC-078-2000], exp. 5475, y 29 de abril de 2005 [SC-071-2005], exp. 0829-92)”.

1634 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de junio de 2009, exp. 11001-3103-020-1999-01098-01: “La irresistibilidad, atañe a la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso y sus consecuencias (Cas. Civ. Sentencia del 26 de noviembre de 1999, exp. 5220), ‘de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos’ (Cas. Civ. Sentencia del 31 de mayo de 1965, CXI y CXII, 126) por ‘inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias’ (Cas. Civ. Sentencia del 26 de enero de 1982, CLXV, 21), contenerlas, conjurarlas, controlarlas o superarlas en virtud de su magnitud, ‘que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometida a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales –o personales– del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas’ (Cas. Civ. Sentencia del 26 de julio de 2005 [SC-190-2005], exp. 050013103011-1998 6569-02) o lo que es igual, entiéndase como ‘aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos –y por ello a él ajenos, así como extraños en el plano jurídico– que le impiden efectuar determinada actuación, *lato sensu*. En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda –o pudo– evitar, ni eludir sus efectos (criterio de la evitación)’. (Cas. Civ. Sentencia del 23 de junio de 2000 [SC-078-2000], exp. 5475)”.

1635 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de junio de 2009, exp. 11001-3103-020-1999-01098-01. “Más recientemente, la Sala, después de historiar la jurisprudencia, ha concluido que ‘... para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, a más de ser imprevisible e irresistible, ‘debe obedecer a una causa extraordinaria, ajena al agente, a su persona o a su industria’ (Cas. Civ. Sentencia del 3 de marzo de 2004, exp. C-7623; se subraya). Como lo dejó definido la Corte en las sentencias al inicio de estas consideraciones memoradas, la referida causa de exoneración de la responsabilidad ‘no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido un rol preponderante en la causación del daño (cfme: Sent. 009 del 27 de febrero de 1998)’ y

debe consistir en ‘... un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria, acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía porqué (*sic*) tener en cuenta ni tomar en consideración...’ (se subraya). De suyo que, como también allí mismo se destacó, ‘un hecho sólo puede ser calificado como fuerza mayor o caso fortuito, es lo ordinario, si tiene su origen en una actividad exógena a la que despliega el agente a quien se imputa un daño, por lo que no puede considerarse como tal, en forma apodictica, el acontecimiento que tiene su manantial en la conducta que aquel ejecuta o de la que es responsable’ (Cas. Civ. Sentencia del 29 de abril de 2005, exp. n.º 0829-92; se subraya). Y es que, ciertamente, en la comprensión técnica del concepto de caso fortuito o fuerza mayor, no puede desconocerse el requisito anteriormente mencionado –exterioridad o ajenidad–, aun cuando en ocasiones no se lo mencione expresamente, tal vez por considerarlo obvio, pues dicho elemento estructural de la figura se desprende de la misma consideración del concepto de factor extraño, que por definición implica que una causa enteramente ajena a la originada por el presunto responsable interrumpe el proceso ya iniciado, e ‘impide que desarrolle su propia eficacia causal, sustituyéndola por la suya propia’. Referencias específicas a este requisito del caso fortuito o fuerza mayor por parte de la jurisprudencia de la Corte pueden encontrarse, entre otras, en sentencias como las dictadas el 7 de junio de 1951 (LXIX, 684); el 27 de marzo de 1980 (no publicada oficialmente); el 26 de noviembre de 1999; el 23 de junio de 2000, exp. 5475; el 16 de junio de 2003; el 3 de marzo de 2004, exp. C-7623, y el 29 de abril de 2005, exp. 0829-92” (Cas. Civ. Sentencia del 27 de febrero de 2009, exp. 73319-3103-002-2001-00013-01) // [...] Justamente por la naturaleza extraordinaria del hecho imprevisible e irresistible, su calificación por el juzgador como hipótesis de *vis maior*, presupone una actividad exógena, extraña o ajena a la de la persona a quien se imputa el daño o a su conducta, o sea, ‘no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido un rol preponderante en la causación del daño (cfr: sent. 009 del 27 de febrero de 1998)’ (Cas. Civ. Sentencia del 29 de abril de 2005 [SC-071-2005], exp. 0829-92), pues su estructura nocional refiere a las cosas que sin dolo ni culpa inciden en el suceso (*quæ sine dolo et culpa eius accidunt*) y a las que aún previstas no pueden resistirse (*quæ fortuitis casibus accidunt, quum prævideri non potuerant*), lo cual exige la ausencia de culpa (*quæ sine culpa accidunt*) y, también, como precisó la Corte, es menester la exterioridad o ajenidad del acontecimiento, en cuanto extraño o por fuera de control del círculo del riesgo inherente a la esfera, actividad o conducta concreta del sujeto, apreciándose en cada caso particular por el juzgador de manera relacional, y no apriorística ni mecánica, según el específico marco de circunstancias y las probanzas (Cas. Civ. Sentencia del 27 de febrero de 2009, exp. 73319-3103-002-2001-00013-01)”.

1636 Corte Constitucional. Sentencia T-1337 de 2001.

1637 GABRIELA RODRÍGUEZ H. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en CLAUDIA MARTÍN; DIEGO RODRÍGUEZ PINZÓN y JOSÉ A. GUEVARA B. (comps.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara y Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 56.

1638 La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el asunto Fiscal c. Tadic, destacó que: “En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares”. Asunto IT-94-1, Prosecutor c. Tadic, (1999), *I.L.M.*, vol. 38, párr. 117. Otro ejemplo lo constituye la captura de ADOLF EICHMANN, por un grupo de israelíes en Buenos Aires el 1.º de mayo de 1960, llevándolo posteriormente en avión a Israel donde fue sometido a juicio.

1639 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 15854: “[...] por tratarse del ejercicio de una actividad altamente riesgosa, que habría de desarrollarse en una zona urbana y residencial –como lo es el desplazamiento de motocicletas a velocidades comprendidas entre los 100 y 150 kilómetros por hora– resultaba normal y previsible la presencia de menores y jóvenes, en su condición de principales espectadores, toda vez que son ellos los más atraídos por este tipo de eventos. Es natural que las personas, mayores y menores, no se comporten en consideración a los altos riesgos derivados de tales competencias, pues las calles de la ciudad no son los escenarios apropiados para válidas deportivas de alta velocidad. Dicho en otras palabras, lo natural es que los niños, jóvenes y adultos circulen por las vías públicas, que quieran ver de cerca una competencia deportiva, rara e importante para ellos y que confíen en que cuentan con la protección debida de las autoridades y organizadores del evento. Dicha situación, permite inferir que la presencia del menor en la vía no era imprevisible para el Municipio y por ende, debió adoptar todas las medidas tendientes a su protección y a la de todos los ciudadanos”.

1640 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 25 de julio de 2002, exp. 13811, y 24 de febrero de 2005, exp. 14681.

1641 JOSÉ ESTEVE PARDO. “Responsabilidad de la administración y riesgos del desarrollo”, en TOMÁS QUINTANA LÓPEZ. *La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1245: “La incertidumbre que se cierne en torno a los efectos de procesos industriales, productos, instalaciones y demás intervenciones de la técnica en un mundo saturado de ella es un problema complejo y de gran relevancia para el Derecho que se plantea con especial agudeza en dos momentos: uno es el de la adopción de decisiones y otro el de la responsabilidad por daños causados en entornos de incertidumbre, considerando en cualquier caso que esos daños, si se deben a una tecnología, no pueden ya imputarse a un destino ineluctable como el que mueve las fuerzas de la naturaleza, sino que siempre podrá advertirse en su origen una o varias decisiones humanas”; cfr. también JOSÉ ESTEVE PARDO. *Técnica, riesgo y derecho*, Barcelona, Ariel, 2000, y HANS JONAS. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Erder, 1995.

1642 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2002, exp. 13818.

1643 *Ibid.* Subsección C. Sentencias del 24 de enero de 2011, exp. 15996, y 22 de junio de 2011, exp. 19548.

1644 *Ibid.* Subsección A. Sentencia del 23 de febrero de 2002, exp. 22495.

1645 *Ibid.* Sentencias del 16 de julio de 2008, exp. 16695; 19 de agosto de 2009, exp. 16785; Subsección B, 10 de febrero de 2011, exp. 19123; Subsección C, 25 de julio de 2011, exp. 20545. “[...] es preciso decir que la responsabilidad del Estado se deriva siempre que se registre una acción u omisión, generadora de un daño, en virtud del cual se desconozca el contenido obligacional imperativo que funcionalmente le es exigible a una persona jurídica de derecho público determinada; por tal razón, calificar si una conducta de un agente del Estado corresponde a un actuar de la administración, que tenga la virtualidad de comprometer la responsabilidad del Estado, requiere de la demostración de un nexo del agente con el servicio público”. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencias del 26 de noviembre de 2014, y 12 de febrero de 2015, exp. 31579.

1646 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 25 de octubre de 1991, exp. 6376; 12 de febrero de 2004, exp. 14175, y Subsección C, 20 de marzo de 2013, exp. 24550.

1647 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 28 de agosto de 2005, exp. 14998; 1.º de enero de 2006, exp. 14936, y 3 de noviembre de 2007, exp. 14936.

1648 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de agosto de 2012, exp. 25317.

1649 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 11090: “El problema fundamental que debe resolverse ahora es si entre el resultado –la muerte del menor– y la falta de control sobre el despacho del vuelo existe un vínculo que permita imputarle al Estado ese hecho o si el mismo es sólo atribuible a los particulares que intervinieron en la práctica deportiva”; cfr., así mismo, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 2010,

exp. 17819: “[...] la Sala encuentra que tampoco se acreditó en el acervo probatorio que hubiera habido una relación de causalidad entre la aplicación de las dosis de anestesia referidas y el resultado mortal para la menor”.

- 1650 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 1.º de abril de 2006, exp. 15537; Subsección C, 7 de febrero de 2011, exp. 34387: “[...] el nexo causal no se rompe [...] por el hecho según el cual el daño sufrido [...] se originó en una condición adversa de su propio estado de salud, porque si bien se constata en la historia clínica que la paciente padecía de una enfermedad coronaria de base, incluso se manifestó haber ocurrido un infarto hace 10 años, no puede pensarse en que se convierta en la causa eficiente para desencadenar el daño ocasionado, de lo contrario todos los pacientes estarían sometidos al álea propio de su salud, exonerando de manera equívoca e ilimitada al médico o a la entidad demandada de su responsabilidad de cumplir con la obligación propio [sic] de ofrecer el diagnóstico, tratamiento, intervenciones y atenciones necesarias”; cfr. también Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 21 de marzo de 2012, exp. 18834.
- 1651 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2002, exp. 13262.
- 1652 Ibid., Sentencia del 30 de mayo de 2002, exp. 12801.
- 1653 Ibid., Sentencia del 27 de octubre de 2005, exp. 15384.
- 1654 Ibid., Sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 26308.
- 1655 Ibid., Sentencia del 1.º de agosto de 2002, exp. 13248: “Es necesario recordar que no cualquier causa en la producción de un daño tiene nexo con el hecho dañino [...] la de causalidad adecuada, en la cual se considera que el daño fue causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo (hecho relevante y eficiente. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica, la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción”; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 22 de enero de 2004, exp. 14683, y Subsección B, 27 de abril de 2011, exp. 20502.
- 1656 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 25 de julio de 2002, exp. 12040; 25 de julio de 2002, exp. 13811, y 25 de julio de 2002, exp. 13744.
- 1657 Ibid., Sentencia del 11 de noviembre de 2002, exp. 13818: “En relación con los hechos que participan en la producción de un daño es importante diferenciar, como lo ha explicado la Sala, las imputaciones fácticas y jurídicas, entendidas las primeras como las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones; o el simple señalamiento de las causas materiales, en criterio de quien imputa, que guardan inmediatez con el hecho y que, se considera, contribuyeron desde el punto de vista físico a la concreción del daño. En tanto que las segundas imputaciones, las jurídicas, aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones (constitucionales, legales, administrativas, convencionales o contractuales) en las cuales se plasma el derecho de reclamación”; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 27 de noviembre de 2002, exp. 13879; 25 de septiembre de 2003, exp. 13965, y 18 de marzo de 2004, exp. 13935.
- 1658 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de julio de 2003, exp. 13658.
- 1659 Ibid., Sentencia del 1.º de abril de 2006, exp. 17256.
- 1660 Ibid., Sentencias del 8 de noviembre de 2008, exp. AG-00605, y Subsección B, 28 de septiembre de 2011, exp. 20571: “Si bien es cierto que el hecho violento fue consumado por sujetos al margen de la ley y que las lesiones sufridas por los demandantes fueron consecuencia de la onda explosiva, también lo es que la falta de control y enfrentamiento del suceso por parte de la autoridad competente –Policía Nacional– comprometió su responsabilidad al permitir que el riesgo se tornara aún más amenazador y que sus efectos resultaran potencialmente mortales. Advierte la Sala que, como quedó demostrado, la conducta de los agentes de policía fue, a todas luces pasiva y negligente ante el inminente peligro que se pregonaaba [...] Así las cosas, resulta forzoso concluir que en el *sub examine*, el daño es imputable a la Nación debido al nexo de causalidad entre este y la omisión de la entidad accionada”.
- 1661 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 24335.
- 1662 Ibid., Subsección C. Sentencia del 7 de febrero de 2011, exp. 34387: “La Sala en sus precedentes viene sosteniendo que la regla general es que el demandante debe cumplir con la carga de probar el nexo causal, pero esta exigencia se flexibiliza, modera o morigerada aceptándose la prueba indirecta, de manera que cuando la complejidad de los hechos, la dificultad de la aprehensión de los elementos de conocimiento y la capacidad para ofrecer el materia [sic] probatorio lo evidencien, se permitirá acreditar [sic] la causa a partir de una probabilidad preponderante”.
- 1663 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencias del 9 de febrero de 2011, exp. 16934, y 27 de abril de 2011, exp. 20502: “Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso”; cfr., igualmente, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 11 de mayo de 2011, exp. 18792: “Por lo tanto, resulta procedente recurrir a la prueba indirecta del nexo causal, la cual se obtiene a partir de la valoración de las pruebas que obran en el expediente, las cuales dan cuenta de la existencia de graves negligencias imputables a la entidad demandada, que le impidieron interrumpir el curso natural de la enfermedad que aquejaba a la paciente, con un tratamiento oportuno, por no haberle realizado un diagnóstico cierto de esa enfermedad”; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencias del 28 de julio de 2011, exp. 19471; Subsección B, 9 de abril de 2012, exp. 21510; Subsección A, 6 de junio de 2012, exp. 21014; Subsección B, 3 de mayo de 2013, exp. 26352; 31 de mayo de 2013, exp. 31724; 29 de agosto de 2013, exp. 30283; 29 de agosto de 2013, exp. 26465; 30 de octubre de 2013, exp. 22076, y 30 de octubre de 2013, exp. 24985.
- 1664 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 20374: “[...] la Sala con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión”.
- 1665 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 11 de agosto de 2011, exp. 20758: “[...] que concurran los elementos estructural de la responsabilidad civil extracontractual, es decir, el hecho, el daño y el nexo causal entre los dos anteriores, cuando quiera que la conducta activa u omisiva resulte imputable a la autoridad pública y que la valoración de dicha conducta conlleve a concluir y a afirmar que ella no se ajusta a lo que es dable esperar y exigir del Estado colombiano dentro del marco preciso de las circunstancias en que tal conducta tuvo lugar”.
- 1666 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencias del 29 de agosto de 2012, exp. 24356, y Subsección A, 28 de enero de 2015, exp. 31007.

- 1667 Procesalmente tiene efectos en la legitimación en la causa; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 1999, exp. 11949.
- 1668 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1.º de septiembre de 1993, exp. 5851.
- 1669 RENÉ SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile en droit français, civil, administratif, professionnel, procédural*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1951, p. 63.
- 1670 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 12 de abril de 1984, exp. 2586; 3 de junio de 1992, exp. 6773; 1.º de enero de 1993, exp. 7343; 29 de octubre de 1993, exp. 8231; 20 de marzo de 1997, exp. 11500; 28 de junio de 2001, exp. 13610; 19 de julio de 2001, exp. 11956 (caso de accidente de vehículo con montículo en la vía); 18 de abril de 2002, exp. 13446 (caso de atropello a menor en vía); 2 de mayo de 2002, exp. 13262 (caso de electrocución de obreros); 2 de septiembre de 2009, exp. 17988; 11 de noviembre de 2009, exp. 17138; 11 de septiembre de 2009, exp. 17510. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 29 de febrero de 2012, exp. 21948. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 21 de marzo de 2012, exp. 23306 (caso de operativo policial con intercambio de disparos). Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de noviembre de 2014, exp. 26855. “[...] es menester concluir que se produce una liberación parcial de la responsabilidad de la demandada, por aplicación del principio de concausalidad [...] la condena a imponerse será reducida en un 50% al considerarse que la proporción señalada se encuentra ajustada a la influencia causal de la conducta de la administración y de la conducta de la víctima en el hecho que dio lugar a la ocurrencia del daño”. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 23 de septiembre de 2015, exp. 34994.
- 1671 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de noviembre de 1991, exp. 6701.
- 1672 *Ibid.*, Sentencias del 5 de mayo de 1989, exp. 1728; 13 de septiembre de 1991, exp. 5944; 5 de junio de 1992, exp. 6823 (caso de desatención de señales de retén policial y de uso desproporcionado de armas de dotación oficial); 4 de marzo de 1993, exp. 7237; 17 de junio de 1993, exp. 7427 (caso de la muerte violenta de extorsionistas); 22 de octubre de 1993, exp. 8271 (muerte de motociclista en control policial); 10 de agosto de 2001, exp. 13469: “En el evento examinado concurrieron al evento dañoso, en primer término la llamada en garantía por no haber colocado la señalización que la noche anterior sí había utilizado. Esa imprudente y negligente conducta implica para ella el pago del 40% de la totalidad de los perjuicios ocasionados. Por su parte, la omisión del municipio de Pasto para hacer cumplir la obligación de señalizar el sector donde ocurrió el accidente, le significa asumir el pago del 30% de todos los perjuicios ocasionados. Por último, con respecto a la víctima, teniendo en cuenta que su estado de alicoramiento y la velocidad a que viajaba, incidieron notablemente en el resultado dañoso, se reducirá el monto indemnizatorio en un 30%”; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 22 de noviembre de 2001, exp. 11090; 1.º de enero de 2006, exp. 14686; 18 de febrero de 2010, exp. 17179; 18 de febrero de 2010, exp. 18756: “[...] en el presente caso se configuró la figura denominada ‘culpa concurrente’, que en realidad debe ser llamada ‘graduación de culpas’, en razón a que, técnicamente, la incidencia en el daño se calcula conforme al grado de participación en la producción del mismo”; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 28 de abril de 2010, exp. 18072; 26 de mayo de 2010, exp. 18800 (recluso que se involucra en riña); 23 de junio de 2010, exp. 18376 (caso de accidente de tránsito en volqueta); Subsección A, 26 de mayo de 2011, exp. 20097, y 14 de mayo de 2012, exp. 23710.
- 1673 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 1991, exp. 6371.
- 1674 *Ibid.*, Sentencias del 15 de octubre de 1992, exp. 7137 (caso de colisión de un vehículo y una motocicleta); 3 de diciembre de 1992, exp. 6256 (uso de armas), y 19 de septiembre de 1996, exp. 10327 (caso de uso de armas).
- 1675 *Ibid.*, Sentencia del 18 de mayo de 1992, exp. 2466: “Cuando el hecho perjudicial ha sido causado por dos o más personas, no se produce una división de la responsabilidad, como si cada uno llevara apenas una parte de la culpa, sino que por mandato legal surge una obligación solidaria de responder. Cuando concurre el hecho del tercero con la falla de la administración se da la concurrencia de sujetos responsables y por eso se habla de solidaridad entre éstos”.
- 1676 *Ibid.* Sentencias del 15 de noviembre de 1990, exp. 5990; 18 de abril de 2002, exp. 14076; 20 de marzo de 2008, exp. 16429; Subsección B, 30 de enero de 2012, exp. 22748, y Subsección A, 21 de marzo de 2012, exp. 21391.
- 1677 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2002, exp. 12789 (caso de accidente de tránsito de camioneta de cuya parte externa cae persona y se lesiona): “Así las cosas, se concluye que el accidente [...] del cual derivan los perjuicios cuya indemnización se reclama, tuvo por causa la conducta imprudente de la víctima y el comportamiento negligente de un tercero que no resulta imputable a la entidad demandada”.
- 1678 IMMANUEL KANT. *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Alianza, 1989, p. 35. En los términos de KANT: “Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*)”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 2003. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”.
- 1679 Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 2003: el “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al Estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”.
- 1680 SANTIAGO MIR PUIG. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5 de mayo de 2003. Disponible en [<http://criminet.urg.es/recpc/>], pp. 6 y 7: “Tenía razón WELZEL al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”.
- 1681 ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Madrid, 1990, pp. 77 ss.: “El Derecho se dirige al hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”.
- 1682 SANTIAGO MIR PUIG. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, *cit.*, p. 7.

- 1683 KARL LARENZ. “Hegelszurechnungslehre”, en SANTIAGO MIR PUIG. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, cit., p. 7.
- 1684 GÜNTHER JAKOBS. *La imputación objetiva en el derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado, 1994; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de febrero de 2005, exp. 14170. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sección Tercera: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo [...] No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tomado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”.
- 1685 ORIOL MIR PUIGPELAT. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2001, p. 171.
- 1686 ROBERT ALEXU. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en RODOLFO VÁSQUEZ y RUTH ZIMMERLING (coords.). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, 1.^a reimp., México, Fontamara, 2007, p. 62: “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de *optimización* [...] En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: ‘ley de la ponderación’”.
- 1687 ROBERT ALEXU. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, cit., p. 64: “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”.
- 1688 *Ibid.*, p. 62. JÜRGEN HABERMAS. *Between Facts and Norms*, WILLIAM REHG (trad.), Cambridge, 1999, p. 259. Sin embargo, se advierte que JÜRGEN HABERMAS ha planteado objeciones a la ponderación: “[...] la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la ‘estricta prioridad’ característica de los ‘puntos de vista normativos’; cfr. JÜRGEN HABERMAS. *Between Facts and Norms*, cit., p. 259; ÍD. “Reply to Symposium Participants”, en MICHEL ROSENFELD y ANDREW ARATO. *Habermas on Law and Democracy*, Los Ángeles, Berkeley, 1998, p. 430. A lo que agrega: “[...] no hay criterios racionales para la ponderación: y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrada”; para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”.
- 1689 JESÚS MARÍA CASAL H. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*, 2.^a ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 31. Deber de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”.
- 1690 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung”, en *ZStW* 89, 1977, pp. 1 y ss.
- 1691 Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001. A lo que se agrega por la jurisprudencia constitucional: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: JAKOBS, LESCH, PAWLK, MÜSSIG, VEHLING) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de ARMIN KAUFMANN: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor, etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. *V.gr.*, si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja– surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario– (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del Estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. *V.gr.*, el padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe)*. 2. Auflage, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1993, pp. 796 y ss.); cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, 1.^a reimp., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 16. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “[...] todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de

asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”.

1692 Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001.

1693 JESÚS LEGUINA VILLA. “Prólogo”, en MARGARITA BELADIEZ ROJO. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 23: “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen ‘resultados desproporcionados e injustos’ para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”.

1694 ORIOL MIR PUIGPELAT. *La responsabilidad patrimonial de la administración...*, cit., p. 204.

1695 LUIS MARTÍN REBOLLO. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, p. 308: “[...] el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado Social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado Social de Derecho”.

1696 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 19 de abril de 2012, exp. 21515, y 23 de agosto de 2012, exp. 24392.

1697 ADOLF MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, México, Edinal, 1975, p. 211. MERKL ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el Estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al Estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”; cfr. LUIS MARTÍN REBOLLO. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración...”, cit., p. 311. Para MARTÍN REBOLLO: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no ‘parezcan’ excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”.

1698 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 19 de abril de 2012, exp. 21515, y 23 de agosto de 2012, exp. 24392: “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”.

1699 FERNANDO PANTALEÓN. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual...”, cit., p. 174: “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (*sic*) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”.

1700 LUIS MARTÍN REBOLLO. *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Madrid, IUSTEL, 2005, pp. 48 y 49: “La responsabilidad, pues [...] apunta al corazón mismo de las dimensiones del Estado, a las pautas de calidad en la prestación de los servicios, a las exigencias del buen funcionamiento”.

1701 *Ibid.*, p. 46.

1702 Corte Constitucional. Sentencia C-864 de 2004: “[...] 3. Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la Constitución derogada –en especial en el artículo 16– los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”; cfr. también Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003.

1703 FRANCIS-PAUL BENOIT. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *Juris Classeur Administratif*, fascs. 700, 715, 716, 720, n.º 1178, 1954, p. 1.

1704 ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHÁVES. *La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado*, LUCIANO PAREJO ALFONSO (dir.), Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2007: “Debe recordarse que el sistema francés de responsabilidad civil extracontractual, del cual extrae sus elementos la responsabilidad de la Administración Pública, se apoya en la noción de ‘falta’, definida como la violación de una obligación preexistente a cargo del sujeto que realiza la acción o actividad, apartándose de la idea de la prudencia o diligencia. Dicha ‘falta’, trasladada a la responsabilidad de la Administración Pública llevó a formular la noción de ‘*faute de service*’, definida como el defectuoso funcionamiento de la actividad administrativa, teniendo en cuenta el deber que existe para se produzca un funcionamiento ordinario (normal) de dicha actividad”; cfr. GABRIELLA VENTURINI. *La responsabilità extracontrattuale delle comunità europee*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 29 y 40 a 41; JEAN RIVERO y JEAN WALINE. *Droit administratif*, 13.ª ed., París, Précis Dalloz, 1991, pp. 263 y 277 a 279. En cuanto a lo anterior, cabe recordar el ‘*arrêt Pelletier*’ (Tribunal des Conflits du 30 juillet 1873), en el que se planteó la distinción entre actos que constituían faltas personales, y actos que no eran separables del servicio y que constituían una ‘*faute de service*’. Como rasgos característicos de la ‘*faute de service*’, se encuentra que a. Es “[...] independiente del carácter material o jurídico del acto dañoso; la operación material, la decisión individual o reglamentaria, pueden ser igualmente constitutivas de falta del servicio”; b. Es “[...] relativamente independiente de la legalidad del acto”. Resulta interesante destacar que entre los supuestos en los que se puede establecer esta falta, se encuentra la derivada de “un hecho positivo (la toma de una decisión)”, o aquella de la tardanza en la adopción de una decisión, en los que puede enfocarse la responsabilidad de la Administración Pública por daños ecológicos o ambientales; cfr. DOUC RASY. *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*, París, LGDJ, 1962, pp. 86 ss. Sólo el “[...] criterio operacional será en función del cual se establece el nexo con el servicio”; cfr., así mismo, CHRYSTELLE SCHAEIGIS. *Progrès scientifique et responsabilité administrative*, París, CNRS Éditions, 1998, p. 47. La “[...] idea del nexo con el servicio es un standard [...] la idea del nexo con el

servicio ha conocido evoluciones importantes en el curso de este siglo, hasta la fórmula negativa, por tanto extensiva, de la decisión Mímeur en la que se integró a las faltas del servicio los actos ‘no desprovistos de todo vínculo con el servicio’; cfr. también STÉPHANE RIALS. *Le juge administratif français et la technique du standard*, París, LGDJ, 1980.

- 1705 MICHEL PAILLET. *La Responsabilidad Administrativa*, JESÚS MARÍA CARRILLO (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 219-221.
- 1706 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de octubre de 2000, exp. 11834.
- 1707 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 22 de febrero de 1984, exp. 2744; 8 de marzo de 1984, exp. 2846 (se trata también de un caso del servicio de energía), y 22 de agosto de 1989, exp. 5408 (caso del servicio de energía eléctrica).
- 1708 *Ibid.*, Sentencia del 22 de octubre de 1992, exp. 7141.
- 1709 *Ibid.*, Sentencia del 15 de febrero de 1996, exp. 9940.
- 1710 *Ibid.*, Sentencia del 16 de junio de 1997, exp. 10024.
- 1711 *Ibid.*, Sentencia del 3 de febrero de 2000, exp. 12552.
- 1712 *Ibid.*, Sentencia del 27 de julio de 2000, exp. 12099.
- 1713 *Ibid.*, Sentencias del 26 de abril de 2001, exp. 12917; 9 de agosto de 2001, exp. 12998; 28 de febrero de 2002, exp. 13011; Subsección A, 14 de julio de 2016, exp. 41631.
- 1714 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de febrero de 1998, exp. 12043: “[...] desde luego que en ese proceder y muy a sabiendas de la existencia de un orden público beligerante en la zona, sometió con la ejecución de dicha prestación de transporte a la víctima, a un riesgo excepcional, que nadie en un Estado Social de Derecho, está obligado a soportar, aunque medie una relación contractual entre beneficiario del servicio y prestatario del mismo, relación jurídica ésta que en manera alguna puede comportar, el sometimiento de una persona, llámese particular, contratista o conductor”; cfr. *ibid.*, Sentencias del 15 de marzo de 2001, exp. 11162, y 15 de marzo de 2001, exp. 11222.
- 1715 *Ibid.*, Sentencias del 3 de mayo de 2001, exp. 12338, y Subsección A, 10 de agosto de 2016, exp. 37109.
- 1716 *Ibid.*, Sentencia del 16 de agosto de 2001, exp. 13187.
- 1717 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 533 y 534: “[...] Reparar un daño es hacerlo cesar, restablecer el estado de cosas existente al tiempo del delito o cuasidelito y que de éste destruyó. De ahí que, en principio, la reparación debe ser en *especie*; pero ello no obsta a que pueda hacerse en *equivalente*. Es en *especie* cuando consiste en la ejecución de actos o en la adopción de medidas que hagan desaparecer el daño en sí mismo, siempre que esos actos o medidas no sean la mera cesación del estado de cosas ilícito creado por el delito o cuasidelito. Si estas medidas consisten en la mera cesación de este estado, no hay propiamente reparación; ésta sólo es tal cuando se refiere a un daño distinto de la simple alteración del orden jurídico producido por el hecho ilícito [...] La reparación es en *equivalente* cuanto ante la imposibilidad de hacer desaparecer el daño, sólo procura a la víctima una compensación del mismo, como el pago de una cantidad de dinero por la pérdida de un brazo o de un ojo”.
- 1718 RENÉ CHAPUS. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences des jurisprudences administrative et judiciaire*, París, LGDJ, París, 1954, pp. 491 y 492: “ Toda la cuestión de la reparación del daño, es decir de la concesión a la víctima de una compensación del perjuicio que ha sufrido, está dominado por la regla que esta compensación debe ser equivalente al daño, que por ella el perjuicio, tal como ha sido reconocido, debe ser enteramente reparado”.
- 1719 JULES COLEMAN. *Riesgos y daños*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 293 y 294: “ Los fundamentos de la compensación especifican las condiciones que deben cumplirse para que esté justificada la pretensión de una persona de recibir una indemnización [...] En el derecho de daños, la víctima sólo tiene derecho a la reparación si el agente dañador es susceptible de que se le asigne responsabilidad; y si la víctima tiene derecho a la reparación, sus pretensiones serán contra el agente dañador. El derecho de daños satisface las pretensiones legítimas de las víctimas imponiendo los costes sobre sus respectivos agentes dañadores”.
- 1720 NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. “Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación”, en JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS y CARLOS A. SOTO COAGUILA (dir.). *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil*, t. 4, Lima, Grijley, 2006, p. 529: “[...] el derecho a la reparación y su consecuente derecho al resarcimiento pueden tener alcances bastante diferentes según la sintonía ideológica con que sean aplicados. Ante un acto lesivo, la correlativa indemnización puede resultar más o menos acentuada en función del ritmo ideológico que maneje el operador constitucional. Basta recordar, como botón de muestra, que mientras la justicia ‘liberal’ procura presentarse como justicia neutral, la justicia ‘social’ no adopta la misma pose, ya que se confiesa justicia protectora de los más débiles”.
- 1721 Corte Constitucional. Sentencia C-163 de 2000. Visión individualista que queda comprendida en la jurisprudencia: “[...] el operador jurídico deberá propender porque la reparación sea integral, es decir que cubra los daños materiales y morales causados”, especialmente cuando se trata de los daños ocasionados por la comisión de un hecho punible.
- 1722 *Ibid.*, Sentencia T-853 de 2011: “[...] En el plano comunitario, también las víctimas colectivas de violaciones de sus derechos humanos o de delitos por parte de grupos armados al margen de la ley, tienen derecho a una reparación colectiva que exige del Estado la implementación de medidas económicas y simbólicas de ‘satisfacción colectiva’, ‘garantías de no repetición’, y acciones orientadas a la ‘reconstrucción psicosocial’ de las poblaciones afectadas por la violencia”; cfr. también Corte Constitucional. Sentencias C-575 de 2006, y C-1199 de 2008.
- 1723 JOHN RAWLS. *Teoría de la justicia*, 2.ª ed., 7.ª reimp., MARÍA DOLORES GONZÁLEZ (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 24 y 25: “[...] la idea directriz es que los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original. Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación”.
- 1724 Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006: “[...] La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación”; cfr. también Corte Constitucional. Sentencia C-775 de 2003.

- 1725 *Ibid.*, Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 1985.
- 1726 *Ibid.*, Subsección C. Sentencias del 25 de mayo de 2011, exps. 15838, 18072, 25212, 18647 (caso Las Delicias); 19 agosto 2011, exp. 20227 (caso ataque a Belén), y 31 agosto 2011, exp. 19195 (caso Barbacoas).
- 1727 *Ibid.*, Sentencias del 10 agosto 2000; 12 de diciembre de 2005, y 1 de marzo 2006.
- 1728 *Ibid.*, Sentencia del 1.º de noviembre de 2012, salvamento de voto a Sentencia del 9 febrero 2013, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006: “[...] El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar; indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas”.
- 1729 La Corte Interamericana ha establecido que no solo los actos u omisiones del Estado o de sus agentes, que lesionen uno o más de los derechos consagrados por la Convención Americana, comprometen la responsabilidad del Estado, puesto que también puede derivarse responsabilidad por actos presumiblemente cometidos por particulares. Cfr. Corte interamericana de Derechos Humanos, Caso la Masacre de Pueblo Bello (vs) Colombia, y Caso la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párrs 123 y ss.; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Rights, Kilic v. Turkey, judgment of 28 March 2000, Application n.º 22492/93, par. 62 y 63; Osman v. the United Kingdom judgment of 28 October 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, par. 115 y 116; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Mapiripan, párr 110, Caso de los 19 comerciantes párr 141, y Caso Maritza Urrutia párr. 41; Corte Interamericana, Caso masacre de la Rochela, párr 78, Caso 19 Comerciantes, párrs. 115 a 124, Caso de las Masacres de Ituango, párrs. 134 y 135, y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párrs. 125 a 127, 139 y 140; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la masacre de Pueblo Bello contra Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006. párr. 116.
- 1730 RAFAEL DE ASÍS. *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2001, p. 25: “[...] Los derechos se conciben como instrumentos jurídicos relacionados con una determinada idea de Derecho y con una función específica, que evolucionan en la historia”.
- 1731 Corte Constitucional. Sentencia T-821 de 2007; T-085 de 2009; Salvamento de voto del Dr. JUAN CARLOS HENAO a la Sentencia C-931 de 2009.
- 1732 *Ibid.*, Sentencia T-853 de 2011: “[...] toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor”.
- 1733 *Ibid.*, Sentencia C-916 de 2002.
- 1734 GENEVIÈVE VINEY. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, 1.ª reimp., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 83: “[...] A favor de la responsabilidad se ha hecho valer esencialmente el principio llamado de ‘la reparación integral’ que parece efectivamente más favorable a las víctimas que el régimen de los diferentes sistemas de seguridad social, o aun que el seguro directo cuando está sometido a un tope. Sin embargo, esta ventaja no debe ser sobrestimada. En primer lugar, el susodicho carácter ‘integral’ de la reparación concedida sobre el fundamento de las reglas de la responsabilidad civil se revela ampliamente ilusorio por el hecho de la imposibilidad de suministrar una reparación adecuada a ciertos daños, en particular a aquellos que nacen de un atentado a la integridad corporal o a algunos atributos morales de la personalidad. De otra parte, se admite en derecho positivo que el principio de la ‘reparación integral’ no es de la esencia de la responsabilidad, de tal suerte que puede, en algunos casos, ser descartado por cláusulas limitativas o cláusulas penales aceptadas antes de que sobrevenga el daño, y que continuamente es también descartado en realidad por transacciones ocurridas después de éste”.
- 1735 “Artículo 25. *Derecho a la reparación integral*. Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3o de la presente Ley. La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante. // Parágrafo 1o. Las medidas de asistencia adicionales consagradas en la presente ley propenden por la reparación integral de las víctimas y se consideran complementarias a las medidas de reparación al aumentar su impacto en la población beneficiaria. Por lo tanto, se reconoce el efecto reparador de las medidas de asistencia establecidas en la presente ley, en la medida en que consagren acciones adicionales a las desarrolladas en el marco de la política social del Gobierno Nacional para la población vulnerable, incluyan criterios de priorización, así como características y elementos particulares que responden a las necesidades específicas de las víctimas. No obstante este efecto reparador de las medidas de asistencia, estas no sustituyen o reemplazan a las medidas de reparación. Por lo tanto, el costo o las erogaciones en las que incurra el Estado en la prestación de los servicios de asistencia, en ningún caso serán descontados de la indemnización administrativa o judicial a que tienen derecho las víctimas. Parágrafo 2o. La ayuda humanitaria definida en los términos de la presente ley no constituye reparación y en consecuencia tampoco será descontada de la indemnización administrativa o judicial a que tienen derecho las víctimas”.
- 1736 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2007, exp. 29273.
- 1737 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Masacres de Ituango, párrs. 341 y 342; Corte Interamericana de Derechos humanos. Caso de la Masacre de Ituango, párr. 238, Caso Baldeón García, párr. 174; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 195, y Caso Acevedo Jaramillo y otros, párr. 294.
- 1738 OAS. Resolución XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948, OEA/Ser.LV/IL82.doc.6 rev. 1, 1992, p. 17.
- 1739 Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución AG. 217 A (III). ONU. Doc. A/810, 1948, p. 71.
- 1740 Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984.
- 1741 Corte Constitucional, salvamento de voto de los magistrados JUAN CARLOS HENAO y LUIS ERNESTO VARGAS a la Sentencia C-931 de 2009: “[...] Aunque este tipo de Resoluciones, en principio, no tienen un carácter estrictamente vinculante, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, constituyen un criterio hermenéutico relevante a la hora de adoptar decisiones”. En cuanto al carácter normativo, o la vocación de integración de este tipo de fuentes del derecho internacional cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-010 de 2000; T-1391 de 2001; C-004 y C-067 de 2003; T-453 de 2005, y C-355 de 2006.
- 1742 “[...] 19. La restitución, siempre que se sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes”.

- 1743 “[...] 20. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales; e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales”.
- 1744 “[...] 21. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales”. Corte Constitucional. Sentencia C-1199 de 2008: “Las medidas de rehabilitación definidas como ‘acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito’”.
- 1745 “[...] 22 La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles”.
- 1746 “[...] 23. Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan”.
- 1747 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1989.
- 1748 *Ibid.*, Sentencias del 29 de noviembre de 1990, y 23 de octubre de 1990.
- 1749 *Ibid.*, Sección Tercera. Sentencia del 30 de septiembre de 1949.
- 1750 *Ibid.*, Sentencia del 19 de octubre de 1990; cfr. JUAN CARLOS HENAO. *El daño...*, cit., p. 135: “[...] El perjuicio cierto, entonces, sería siempre un perjuicio pasado, con independencia de que consista en daño emergente o en lucro cesante. Su rasgo común es que no se proyecta hacia el futuro sino que ya agotó todas sus posibilidades”; HENRI MAZEAUD, LEÓN MAZEAUD y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil. Parte Segunda*, vol. II, cit., p. 61: “[...] Afirmar que el perjuicio debe ser cierto, es afirmar que no existe duda sobre su realidad. Pero no es exigir que el perjuicio se haya producido ya: desde el momento en que se tiene la certeza de que se producirá en el porvenir y de que cabe apreciar su cuantía”.
- 1751 JUAN CARLOS HENAO. *El daño...*, cit., p. 139: “[...] el perjuicio causado por inundaciones que degradan la capa vegetal es cierto hacia el futuro, pues han de tenerse en cuenta los daños que puedan relacionarse con inundaciones posteriores a la presentación de la demanda’ (Consejo de Estado francés, 7 de noviembre de 1917, Secretat-Escande vs. Cie. de Paris Orléans). Y si la administración no prueba que el hecho dañino cesará de producir efectos en un término previsible, el perjuicio también se considerará cierto hacia el futuro [...] En el derecho colombiano, el juez también califica de cierto el perjuicio futuro consistente en la pérdida de ingresos de las personas a quienes la víctima auxiliaba económicamente”.
- 1752 Consejo de Estado. Sentencias del 4 de noviembre de 1975, y del 29 de agosto de 1985.
- 1753 *Ibid.* Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 1985 (caso pérdida de ahorros por clientes); cfr. JUAN CARLOS HENAO. *El daño...*, cit., pp. 137 y 139: “[...] Es eventual el perjuicio en el caso en que, por una supuesta mora o deficiencia del Estado al intervenir bancos en quiebra, se produzca la pérdida de los ahorros de los clientes, pues la liquidación de los bancos debe terminar para así poder establecer si hubo o no perjuicio. Por cuanto la liquidación de los bancos en quiebra no ha terminado, el demandante no puede aún asegurar que sufrirá un perjuicio [...] Se puede entonces afirmar [...] que es eventual cuando la situación que refleja ‘el perjuicio’ no existe ni se presentará luego”; cfr. HENRI MAZEAUD, LEÓN MAZEAUD y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil. Parte Segunda*, cit., p. 62: “[...] Mientras exista duda acerca del punto de saber si el perjuicio se realizará o no, la acción de responsabilidad civil no puede ser admitida: *el perjuicio eventual, hipotético, no debe ser reparado*”.
- 1754 Consejo de Estado. Sentencia del 27 de septiembre de 1983.
- 1755 *Ibid.* Sección Tercera. Sentencia del 19 de diciembre de 1989.
- 1756 JUAN CARLOS HENAO. *El daño...*, cit., p. 159: “[...] la *pérdida de una oportunidad* [...] ‘es un instrumento para medir la certeza del perjuicio’ que ‘será considerado (o no) como suficientemente consolidado para ser reparable, según el mayor o menor grado de certeza que se permita predicar de la pérdida de oportunidad’ (FRÉDÉRIQUE SALLET. *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*) [...] que ‘si bien la jurisprudencia que indemniza la pérdida de oportunidad admite que subsista un desconocimiento respecto de si la víctima habría o no podido lograr la ventaja esperada (ganar un concurso, lograr una selección o una promoción, obtener una curación), exige sin embargo que la pérdida de la ventaja sea cierta, es decir, que la oportunidad de obtenerla se haya convertido en inexistente [...] ¿Por qué esta exigencia? Porque si la existencia del perjuicio final dependiera aún del futuro, el perjuicio sería puramente eventual e hipotético, no pudiendo por tanto ser objeto de una indemnización que el futuro arriesgaría convertir en indebido’”; cfr. JACQUES BORÉ. “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable”.
- 1757 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 1985.

- 1758 *Ibíd.* Sentencias del 9 noviembre de 1992; 11 de julio de 1996, y 12 de septiembre de 1996.
- 1759 JUAN CARLOS HENAO. *El daño...*, cit., pp. 93 y 94: “[...] En efecto, frente al caso de la muerte de una persona, desde el fallo del 24 de junio de 1942 la Corte Suprema de Justicia enunció claramente que tienen derecho a solicitar reparación ‘las personas que ya por vivir directamente del esfuerzo del muerto, ya por derivar utilidad cierta y directa de las actividades del fallecido, tienen el derecho, la personería, la acción, para reclamar o pedir la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido perjudicadas’ [...] De igual manera, el fallo colombiano del 15 de julio de 1949 reafirma la regla anterior partiendo del artículo 2341 del Código Civil que no limita la acción de responsabilidad únicamente a los parientes de la víctima, sino que da, al contrario, derecho a indemnización ‘a todo aquel a quien el delito o la culpa haya inferido daño’”; cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 15 de julio de 1949. Más recientemente, el Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 1985, exp. 3253, sostiene que “la acción para reclamar los perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de sucesión”.
- 1760 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 1.º de noviembre de 2012, salvamento de voto de JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA a la Sentencia del 9 de febrero de 2013, caso Doña Juana.
- 1761 *Ibíd.* Sentencia del 13 de febrero de 1996.
- 1762 *Ibíd.* Sección Tercera. Sentencias del 2 de junio de 1994; 23 de septiembre de 1994; Subsección C, 9 de julio de 2012, y 22 de octubre de 2012, exp. 24070.
- 1763 *Ibíd.* Sentencia del 29 de enero de 1998.
- 1764 *Ibíd.* Sentencias del 9 de marzo de 1998, y Subsección C, 15 de febrero de 2012.
- 1765 *Ibíd.* Subsección C, aclaración de voto de JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA a la Sentencia del 31 de enero de 2011, caso abogado de sindicalistas en Urabá; salvamento de voto de JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA a la Sentencia del 9 febrero 2013, caso Doña Juana.
- 1766 *Ibíd.* Subsección C. Sentencia del 21 febrero 2011.
- 1767 *Ibíd.* Sentencia del 1.º de noviembre de 2012, salvamento de voto de JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA a la Sentencia del 9 febrero 2013, caso Doña Juana.
- 1768 Daño emergente consolidado es “aquel que existe, es el perjuicio cierto, que ‘ya se exteriorizó’, es ‘una realidad ya vivida’ [...] En tratándose del daño emergente, consiste en los desembolsos, egresos, o gastos efectuados”.
- 1769 Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 2 de febrero de 2001, exp. 18904. Daño emergente no consolidado o futuro: “Se considera perjuicio no consolidado aquella disminución del patrimonio de la víctima que sobrevendrá, es futuro; ésta categoría se concreta en los desembolsos, egresos o gastos aún no efectuados (daño emergente futuro)”.
- 1770 Desvalorización de inmueble afectado por razón de la construcción del puente en frente del bien (SCE, Sec. 3.ª, 11 febrero 2009, exp. 16980).
- 1771 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 18 de marzo de 2010, exp. 32651, y 18 de marzo de 2010, exp. 18569.
- 1772 “Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas. Nivel n.º 1: comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1.º grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables); a este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv). Nivel n.º 2: donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos); a este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio. Nivel n.º 3: comprende la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil; a este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio. Nivel n.º 4: aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil; a este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio. Nivel n.º 5: comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados); a este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio”.
- 1773 “Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro. La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso. Nivel n.º 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1.º grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 smlmv si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%. Nivel n.º 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). Obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 smlmv si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%. Nivel n.º 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 smlmv si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%. Nivel n.º 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 smlmv si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%. Nivel n.º 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se

presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 smlmv si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%”.

- 1774 MILAGROS KOTEICH KHATIB. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del ‘daño corporal’) en el ordenamiento francés”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010. Para una crítica cfr. MURIEL FABRE-MAGNAN. *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*, París, PUF, 2007, p. 123: lo que hace que se preserve como tendencia un modelo de derecho de daños que favorece a la víctima, que busca la reparación de los “sinsabores de la existencia humana”.
- 1775 Ídem.
- 1776 ÉDGAR CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009 p. 132.
- 1777 Italia, Corte Costituzionale. Sentenza 18 luglio 1991.
- 1778 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 26251.
- 1779 En el derecho internacional público de la responsabilidad del Estado la restitución en especie consistiría en restablecer el *statu quo ante*, a saber, la situación que existía con anterioridad a la ocurrencia del hecho ilícito, a fin de restaurar la relación entre las partes a su estado original. De acuerdo con otra definición, la restitución en especie es el establecimiento o restablecimiento de la situación que existiría, o habría existido, de no haberse cometido el hecho ilícito”. EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. “International responsibility”, en MAX SORENSEN. *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, pp. 565 y ss.: “Un ejemplo de restitución material de objetos es el asunto del Templo de Preah Vihear, en su fallo del 15 de junio de 1962 [...] La Corte Internacional de Justicia decidió a favor de la demanda de Camboya, que incluía la restitución de ciertos objetos que habían sido retirados del templo y de la zona vecina por las autoridades tailandesas”.
- 1780 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2007, exp. 29273a; cfr. de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el caso *Factory of Chorzów*, Merits, 1928, Serie A, n.º 17, p. 47, citada por JAMES CRAWFORD. *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, p. 245; de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Masacre de Puerto Bello vs. Colombia*. Sentencia del 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional. Sentencias T-227 de 1997; T-1094 de 2004; T-563 y T-175 de 2005, y T-188 de 2007; además, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 8 de junio de 2011, exp. 19972, y 8 de junio de 2011, exp. 19973.
- 1781 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 26 de enero de 2006, exp. 2001-00213 (AG) (caso del desplazamiento forzado en “La Gabarra”); Sección Segunda. Subsección A, 16 de julio de 2009, exp. 2009-00731 (AC) (caso de desplazamiento forzado); Sección Tercera, 14 de abril de 2010, exp. 18960; Sección Tercera. Subsección A, 21 de febrero de 2011, exp. 20046 (caso desaparición, tortura y muerte de tres personas); Sección Tercera. Subsección C, 25 de mayo de 2011, exps. 15838-18075-25212 (caso de la toma de la Base Militar de “Las Delicias”); 31 de agosto de 2011, exp. 19195 (caso ataque de grupo armado insurgente FARC a la estación de la Policía Nacional de Barbaças –Nariño–); 19 de agosto de 2011, exp. 20227 (caso de lesiones a civil que se encontraba al interior de la estación de la Policía Nacional del municipio de Belén –Nariño–, como consecuencia del ataque perpetrado por el grupo armado insurgente FARC); 19 de octubre de 2011, exp. 20861 (caso de la muerte de periodista y activista de programa de resocialización cometido por sujeto que irregularmente fue dejado en libertad por el INPEC, cuando existía condena pendiente); 19 de octubre de 2011, exp. 20241 (caso de la muerte de un civil después de encontrarse retenido en los calabozos de la estación de la Policía Nacional en el municipio de Garzón –Huila–); 18 de enero de 2012, exp. 19959 (caso de la muerte del abogado y activista de defensa del preso político Javier Alberto Barriga Vergel); 9 de mayo de 2012, exp. 20334 (caso de la masacre ocurrida en el corregimiento “El Siete”, del municipio de El Carmen de Atrato –Chocó–); 29 de agosto de 2012, exp. 24799 (caso de las quemaduras padecidas por un menor de 17 años en el laboratorio químico de un colegio); Subsección B, 16 de marzo de 2012, exp. 19807 (privación injusta de la libertad de agente de la fuerza pública por muerte de menor al interior de una estación de la Policía Nacional); Subsección C, 22 de octubre de 2012, exp. 24070 (caso del ataque armado insurgente al municipio de San José de Albán –Nariño– donde resultaron muertos y lesionados miembros de la población civil); 12 de agosto de 2013, exp. 27346 (caso de la muerte del juez de Cumbal –Nariño–); 12 de febrero de 2014, exp. 26013 (muerte de una mujer durante un ataque armado de un grupo armado insurgente al municipio de Mesetas –Meta–); Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 28804 (caso de la muerte de la hija de una mujer que estaba por nacer); Sección Tercera. Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 26251 (muerte de un menor que escapó de un centro de reeducación en Pereira); Subsección C, 20 de octubre de 2014; 3 de diciembre de 2014, exp. 26737; 26 de junio de 2015, exp. 30385 (caso de la muerte de miembros del Ejército Nacional durante la emboscada al convoy militar que transitaba por la jurisdicción del municipio de Puerres –Nariño–, y 3 de diciembre de 2014, exp. 35413.
- 1782 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2011, exp. 17547.
- 1783 *Ibid.*, Sentencia del 19 de agosto de 2011, exp. 20144.
- 1784 Capítulo que hace parte del *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho de víctimas y responsabilidad del estado*, t. VI, que próximamente será publicado por la Universidad Externado de Colombia.
- 1785 JUAN CARLOS HENAO. *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial 1864-1990*, t. 1, vol. 1, cit., p. 62; Enrique Gil Botero. *Responsabilidad extracontractual del Estado*, 5.ª ed., cit., pp. 487 a 546.
- 1786 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de enero de 2011, exp. 17547
- 1787 *Ibid.* Subsección A. Sentencia del 14 de septiembre de 2016, exp. 38804.
- 1788 Ley 23 de 18 de febrero de 1981.
- 1789 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencias del 2 de mayo de 2016, exp. 30708 y 29 de abril de 2015, exp. 25574.
- 1790 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de mayo de 2016, exp. 36526.
- 1791 Ley 23 de 18 de febrero de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”.
- 1792 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 17606.

- 1793 Ibid., Subsección B. Sentencia del 1.º de mayo de 2016, exp. 33140A.
- 1794 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 13 de septiembre de 1991, exp. 6253; 3 de febrero de 1995, exp. 9142; 3 de mayo de 1999, exp. 11169; 22 de marzo de 2001, exp. 13166; 14 de junio de 2001, exp. 11901; 3 de octubre de 2007, exp. 12270; 26 de marzo de 2008, exp. 16085; 4 de junio de 2008, exp. 16646; Subsección B. 29 de agosto de 2016, exp. 40672; Subsección A. 1.º de agosto de 2016, exp. 38081, y Subsección B. 29 de agosto de 2013, exp. 26465A.
- 1795 Cfr. múltiples aclaraciones de voto de JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA en la Subsección C; cfr. el uso de la literatura científica Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencias del 1.º de agosto de 2016, exp. 36288, y Subsección B. 28 de mayo de 2015, exp. 29772.
- 1796 Sentencias del 31 de agosto de 2006, exp. 15772; 3 de octubre de 2007, exp. 16.402; 23 de abril de 2008, exp. 15.750; 1.º de octubre de 2008, exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, exp. 16270; 28 de enero de 2009, exp. 16700; 19 de febrero de 2009, exp. 16080; 18 de febrero de 2010, exp. 20536; 9 de junio de 2010, exp. 18.683, y 23 de septiembre de 2009, exp. 17.986..
- 1797 Sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 35656.
- 1798 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 24 de octubre de 1990, exp. 5902; 13 de septiembre de 1991, exp. 6253; 14 de febrero de 1992, exp. 6477; 26 de marzo de 1992, exp. 6255; 26 de marzo de 1992, exp. 6654; 31 de agosto de 2006, exp. 15772; 3 de octubre de 2007, exp. 16402; 23 de abril de 2008, exp. 15750; 1.º de octubre de 2008, exp. 16270; 28 de enero de 2009, exp. 16700; 19 de febrero de 2009, exp. 16080; 18 de febrero de 2010, exp. 20536; 9 de junio de 2010, exp. 18683; Subsección C. 25 de julio de 2011, exp. 20132; 19 de agosto de 2011, exp. 20144; Subsección B. 3 de octubre de 2016 exp. 31159, y Subsección A. 1.º de agosto de 2016, exp. 36288.
- 1799 Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 2010.
- 1800 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de septiembre de 2016, exp. 38804.
- 1801 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 1.º de octubre de 2008, exp. 17001; 26 de marzo de 2008, exp. 15725; Subsección B. 26 de junio de 2015, exp. 20764^a; Subsección A. 12 de marzo de 2015, exp. 32297.
- 1802 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencias del 27 de marzo de 2014, exp. 35420 y 26 de febrero de 2014, exp. 28579.
- 1803 Ibid., Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016, exp. 36329.
- 1804 Ibid., Subsección C. Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 40441.
- 1805 Ibid., Subsección B. Sentencia del 2 de noviembre de 2016, exp. 50642.
- 1806 Ibid., Sentencias del 16 de junio de 1997, exp. 10024; 27 de enero de 2000, exp. 12420; 2 de marzo de 2000, exp. 11401; 19 de julio de 2000, exp. 11842; 9 de agosto de 2001, exp. 12998; 18 de octubre de 2000, exp. 12707 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 24 de octubre de 1990, exp. 5902; 13 de septiembre de 1991, exp. 6253; 14 de febrero de 1992, exp. 6477; 26 de marzo de 1992, exp. 6255; 26 de marzo de 1992, exp. 6654; 31 de agosto de 2006, exp. 15772; 3 de octubre de 2007, exp. 16402; 23 de abril de 2008, exp. 15750; 1.º de octubre de 2008, exp. 16270; 28 de enero de 2009, exp. 16700; 19 de febrero de 2009, exp. 16080; 18 de febrero de 2010, exp. 20536; 9 de junio de 2010, exp. 18683; Subsección C. 25 de julio de 2011, exp. 20132; 19 de agosto de 2011, exp. 20144; Subsección B. 3 de octubre de 2016 exp. 31159, y Subsección A. 1.º de agosto de 2016, exp. 36288; 11 de mayo de 2006, expedientes 14694 y 15640; 4 de diciembre de 2006, exp. 14974; 22 de julio de 2009, exp. 16365; 29 de enero de 2009, exp. 15055; 14 de abril de 2010, exp. 18967; Subsección B. 5 de diciembre de 2016, exp. 39628.
- 1807 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016, exp. 31327.
- 1808 Ibid., Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 41631, y Subsección B. 3 de octubre de 2016, exp. 38160.
- 1809 Ibid., Subsección B. Sentencia del 8 de julio de 2016, exp. 24769.
- 1810 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de agosto de 2001, exp. 12998; 30 de agosto de 2006, exp. 22918; 26 de marzo de 2008, exp. 14780; 23 de junio de 2010, exp. 18376, y 9 de junio de 2010, exp. 18078.
- 1811 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 14694; 3 de mayo de 2007, exp. 16180; 26 de marzo de 2008, exp. 14780; 18 de junio de 2008, exp. 16518, y 23 de junio de 2010, exp. 18376.
- 1812 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 18967.
- 1813 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 34682.
- 1814 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 37383.
- 1815 Ibid., Subsección B. Sentencia del 17 de noviembre de 2016, exp. 22976.
- 1816 Ibid., Subsección A. Sentencias del 14 de septiembre de 2016, exp. 39130, y Subsección B. 11 de noviembre de 2016, exp. 31538.
- 1817 Ibid., Subsección B. Sentencia del 29 de agosto de 2016, exp. 39584.
- 1818 Ibid., Subsección B. Sentencia del 8 de julio de 2016, exp. 36148.
- 1819 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 16 de febrero de 2001, exp. 12161 y 17 de junio de 2004, exp. 14452.
- 1820 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1.º de marzo de 2006, exp. 15284.
- 1821 Ibid., Sentencias del 8 de noviembre de 2007, exp. 15967 y 29 de enero de 2009, exp. 16689.

- 1822 Comité Internacional de la Cruz Roja. “¿Qué es el derecho humanitario?”. Disponible en [<https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>].
- 1823 GABRIEL ERNESTO FIGUEROA BASTIDAS. *La responsabilidad internacional agravada del Estado colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015, pp. 5 a 37.
- 1824 EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.
- 1825 ANTONIO CASSESE. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, 1.^a ed., 1.^a reimp., Barcelona, Ariel, 1993, p. 9: “Los derechos humanos representan el generoso intento (en parte, tal vez, ilusorio) de introducir la racionalidad en las instituciones políticas y en la sociedad de todos los Estados”.
- 1826 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencias del 27 de abril de 2016, exp. 50231; 14 de septiembre de 2016, exp. 34349; 14 de julio de 2016, exp. 35029; 13 de marzo de 2017, exp. 44416; Subsección C. 23 de marzo de 2017, exp. 44887, y Subsección A. 23 de marzo de 2017, exp. 50941.
- 1827 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la Convención Americana de Derechos Humanos)*.
- 1828 Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009.
- 1829 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-037 de 1996; C-426 de 2002 y C-1195 de 2001.
- 1830 Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009.
- 1831 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1.º de octubre de 1992, exp. 10923.
- 1832 *Ibid.*, Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15989.
- 1833 *Ibid.*, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 13168.
- 1834 Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.
- 1835 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 5989.
- 1836 *Ibid.*, Sentencia del 17 de octubre de 2013, exp. 23354.
- 1837 Puede verse formulada en Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de agosto de 2015, exp. 30134.
- 1838 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 AG.
- 1839 *Ibid.*, Sentencia del 14 de septiembre de 2000, exp. 12166: “... por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.
- 1840 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 2 de junio de 2005, exp. 1999-02382 AG.
- 1841 Cabe advertir que la Carta Política de 1991 introduce el concepto de daño antijurídico, cuya delimitación pretoriana no ha sido completa, y ha suscitado confusiones, especialmente con el concepto de daño especial, al entender que la carga no soportable es asimilable a la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, lo que no puede admitirse y debe llevar a reflexionar a la jurisprudencia y a la academia de la necesidad de precisar el contenido y alcance del daño antijurídico, que sin duda alguna se enriquece desde una visión casuística.
- 1842 Cfr. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127, párrs. 144, 153 y 164. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Cfr. ECHR, *Case of Hadjianstassiou vs. Greece*, Judgment of 16 December 1992, para. 23.
- 1843 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*.
- 1844 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 5 de agosto de 2011, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*.
- 1845 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 3 de junio de 2015, exp. 33049.
- 1846 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 30 de agosto de 2012, exp. 11001-03-15-000-2012-00117-01 (AC).
- 1847 Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 5 de octubre de 2000, exp. 16868.
- 1848 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 22 de noviembre de 2012, exp. 08001-23-31-000-2012-00117-01 (AC).
- 1849 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 3 de junio de 2015, exp. 33049, y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2000, exp. 16868.
- 1850 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 AG.
- 1851 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2000, exp. 12166: “... por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.
- 1852 Sección Tercera. Sentencia del 2 de junio de 2005, exp. 1999-02382 AG.
- 1853 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 1.º de octubre de 1992, exp. 7058; 13 de agosto de 1993, exp. 7869 y 18 de septiembre de 1997, exp. 12686.

- 1854 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 31164; en este sentido cfr. también las Sentencias del 16 de febrero de 2006, exp. 14307 y 15 de abril de 2010, exp. 17507.
- 1855 Consejo de Estado. Sección Tercera, exps. 16703; 22250-2012; 16703-2011; 19227-2011; 28340-2014, y 27246-2014.
- 1856 AUGUSTO GONZÁLEZ ALONSO. *Responsabilidad patrimonial del Estado en la administración de justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 57.
- 1857 *Ibid.*, p. 58.
- 1858 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de septiembre de 1997, exp. 10285.
- 1859 *Ibid.*, Sentencia del 24 de agosto de 1990, exp. 5451.
- 1860 *Ibid.*, Sentencia del 4 de septiembre de 1997, exp. 10285.
- 1861 *Ibid.*, Subsección B. Sentencia del 5 de marzo de 2015, exp. 28955.
- 1862 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de junio de 2011, exp. 16703.
- 1863 Es el artículo 1614 del Código Civil el que establece la disposición normativa respecto de la indemnización de perjuicios materiales a título de lucro cesante, ubicado dentro del Libro IV del Código relativo a las obligaciones y los contratos. En dicho artículo el Código define el lucro cesante como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”. A partir de allí queda claro que la indemnización de perjuicios abarca el aumento patrimonial que fundadamente podía esperar una persona de no ser por haber tenido lugar, en el caso de la responsabilidad extracontractual, el hecho dañoso, por lo tanto este perjuicio se corresponde con la idea de ganancia frustrada.
- 1864 El daño emergente, en general, consiste en aquella mengua del patrimonio económico de un sujeto de derecho con ocasión de un daño. El Código Civil entiende por daño emergente “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación...”, noción que resulta perfectamente extrapolable a otros ámbitos diversos a lo contractual. En este caso lo que constituye el objeto de la indemnización son las sumas de dinero que debe asumir el afectado con un daño para resarcir o subsanar la situación desfavorable en que se encuentra con ocasión de dicho suceso.
- 1865 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 5 de marzo de 2015, exp. 28955.
- 1866 *Ibid.*, Subsección B. Sentencia del 26 de febrero de 2015, exp. 32207.
- 1867 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de octubre de 1990, exp. 5396.
- 1868 Corte Constitucional. Sentencia C-038 del 1.º de febrero de 2006. Se demandaba la inconstitucionalidad parcial contra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (Dcto. 01 de 1984), modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998.
- 1869 Corte Constitucional. Sentencia C-038 del 1.º de febrero de 2006.
- 1870 *Ídem.*
- 1871 *Ídem.*
- 1872 *Ídem.*
- 1873 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 24655.
- 1874 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 22637.
- 1875 *Ibid.*, Sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 22637.
- 1876 RAMÓN PARADA. *Derecho Administrativo*, t. III, *Bienes Públicos Derecho Urbanístico*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 320; ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ. *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1992, p. 24.
- 1877 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho Urbanístico*, Mendoza, Ediciones Ciudad Argentina, 1986, pp. 183 y ss.
- 1878 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho Urbanístico*, cit., p. 11; TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, Publicaciones Abella El consultor, 1995, p. 16; JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- 1879 LE CORBUSIER. *Principios de Urbanismo*, cit., p. 23.
- 1880 *Ibid.*, p. 31.
- 1881 *Ibid.*, pp. 21 y 22. Los límites del urbanismo al marco territorial de la ciudad es arbitrario y artificial.
- 1882 MICHEL PAILLET. *La responsabilidad administrativa*, JESÚS MARÍA CARRILLO (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 219-221.
- 1883 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 20771.
- 1884 Artículo 140 Ley 1437 de 2011.
- 1885 ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES. *La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Público y del Estado, Área de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, LUCIANO PAREJO ALFONSO (dir.), 2007, p. 60.

- 1886 *Ibid.*, p. 607.
- 1887 ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES. “Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. Dos daños en un mismo esquema de responsabilidad”, en ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES et al. *Daño ambiental*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 26 y 27; MARTINE RÉMOND-GOUILLOUD. *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l’environnement*, Paris, CNRS, 1989, p. 41; Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 10 de diciembre de 2014, exp. 46107.
- 1888 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 10 de diciembre de 2014, exp. 46107.
- 1889 ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES. *La protección del ambiente como principio de responsabilidad...*, cit., p. 619.
- 1890 *Ibid.*, p. 620; Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 10 de diciembre de 2014, exp. 46107.
- 1891 ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES. *La protección del ambiente como principio de responsabilidad...*, cit., pp. 620 y 621.
- 1892 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 10 de diciembre de 2014, exp. 46107.
- 1893 Artículo 58 del Decreto 321 de 1999.
- 1894 Salvamento de voto del Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA a la Sentencia del 1.º de noviembre de 2012.
- 1895 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 29 de julio de 2015, exp. 33200; Subsección A. 22 de febrero de 2017, exp. 37583.
- 1896 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de junio de 2014, exp. 21324.
- 1897 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencias del 26 de noviembre de 2014, exp. 31297 y 7 de junio de 2001, exp. 13405; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 1997, exp. 10038.
- 1898 LINA BIGLIAZZI GERI et al. *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, t. I, vol. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 751.
- 1899 GEMA TOMÁS MARTÍNEZ. “Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la armonización jurídica europea”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Ensayos, año 17, n.º 1, 2010, p. 189; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 11001310303620040003701; GENEVIÈVE VINEY. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, 1.ª ed., 1.ª reimp., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 418 y 419.
- 1900 GEMA TOMÁS MARTÍNEZ. “Naturaleza de la responsabilidad precontractual...”, cit., pp. 189 y 190; LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, vol. I, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 271 y 272.
- 1901 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 11 de mayo de 1970; 28 de junio de 1989; 27 de junio de 1990, y 12 de agosto de 2002; CATALINA SALGADO RAMÍREZ. “Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering. Aproximación doctrinal”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 22, enero-junio de 2012, pp. 279 y 280.
- 1902 GEMA TOMÁS MARTÍNEZ. “Naturaleza de la responsabilidad precontractual...”, cit., p. 188.
- 1903 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 18 de marzo de 2015, exp. 31618, y 12 de junio de 2014, exp. 21324.
- 1904 GEMA TOMÁS MARTÍNEZ. “Naturaleza de la responsabilidad precontractual...”, cit., pp. 195; LINA BIGLIAZZI GERI et al. *Derecho civil...*, cit., p. 752; CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ. “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN (dir.). *Negociación y perfección de los contratos*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 140; GENEVIÈVE VINEY. *Tratado de derecho civil...*, cit., pp. 420 y 421.
- 1905 GEMA TOMÁS MARTÍNEZ. “Naturaleza de la responsabilidad precontractual...”, cit., pp. 193 a 196; MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO. “La responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo”, cit., pp. 5 y 8; Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de marzo de 2015, exp. 31618.
- 1906 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de noviembre de 2014, exp. 31297.
- 1907 *Ibid.*, Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014, exp. 26332.
- 1908 *D. 50. 17. 206 (Pomponius libro IX. Ex variis Lectionibus): Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletorem.*
- 1909 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, exp. 24897.
- 1910 Cfr. nota 3.
- 1911 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, exp. 24897.
- 1912 Cfr. Sala de Negocios Generales. Sentencia del 6 de septiembre de 1935, *GJ* n.º 1901 y 1902, t. XLII, p. 587-606; Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de septiembre de 1936, *GJ* n.º 1914 y 1915, t. XLIV, p. 431-437; Sentencia del 19 de noviembre de 1936, *GJ* n.º 1914 y 1915, pp. 471-476, y Sentencia del 14 de abril de 1937, *GJ* n.º 1923, t. XLV, pp. 25-32.
- 1913 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, exp. 24897.
- 1914 Este mismo requisito lo menciona L. JOSSERAND. *Ob. cit.*, p. 456.
- 1915 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, exp. 24897.
- 1916 *Ibid.*, Sentencia del 3 de julio de 1990, exp. 5579.

- 1917 *Ibíd.*, Sentencia del 6 de septiembre de 1991, exp. 6306.
- 1918 *Ibíd.*, Sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 35026.
- 1919 *Ibíd.*, Sentencia del 10 de septiembre de 1992, exp. 6822.
- 1920 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de mayo de 1955, *GJ LXXX*, p. 322.
- 1921 “Artículo 831. Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.
- 1922 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 24897.
- 1923 *Ídem.*
- 1924 *Ídem.*
- 1925 *Ídem.*
- 1926 *Ídem.*
- 1927 *Ídem.*
- 1928 *Ídem.*
- 1929 *Ídem.*
- 1930 *Ídem.*
- 1931 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectora*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 570; JUAN CARLOS HENAO. “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, *cit.*, pp. 47 a 50.
- 1932 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párrs. 238, 341 y 342; caso Baldeón García, párr. 174; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 195, y caso Acevedo Jaramillo y otros, párr. 294
- 1933 Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo n.º 01 de 2017, “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.
- 1934 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *El concepto de convencionalidad...*, *cit.*, p. 191.
- 1935 Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución A/RES/60/147 del 21 de marzo de 2006.
- 1936 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *El concepto de convencionalidad...*, *cit.*, pp. 191 y 192.
- 1937 *Ibíd.*, p. 567.
- 1938 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de septiembre de 2016, exp. 55765.
- 1939 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 7 de julio de 2016, exp. 38994.
- 1940 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de septiembre de 2016, exp. 55765.
- * Capítulo revisado por MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS, y elaborado con la colaboración del Doctor BERNARDO REINA PARRA.
- 1941 MANUEL GARCÍA PELAYO. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 159.
- 1942 OTFRIED HÖFFE. *Justiça Política. Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, p. 27.
- 1943 MANUEL ARAGÓN REYES. *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 17.
- 1944 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983, p. 11 y ss.
- 1945 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 85 y ss.
- 1946 MANUEL ARAGÓN REYES. *Constitución y control del poder...*, *cit.*, nota 3, p. 50.
- 1947 “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”: KONRAD HESSE. *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 131.
- 1948 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, *cit.*, pp. 41 a 51.
- 1949 Cfr., respecto del contencioso francés, principalmente sobre su surgimiento, vinculado a la particularidades de la historia francesa, PROSPER WEIL. *Derecho administrativo*, Madrid, 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 esa 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 cfr. ADOLF MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*, Granada, Edit. Comares, 2004, pp. 462 y ss.; ERNST FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, cit., pp. 712 y ss.; FRITZ FLEINER. *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, Edit. Labor, 1933, pp. 188 y ss.; KARL-PETER SOMMERMANN. “La justicia administrativa alemana”, en JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ (comp.). *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 33 y ss. Para el estudio de la evolución del contencioso administrativo en Italia cfr. ADOLFO ANGELETTI. *La justicia administrativa en Italia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986; GIANDOMENICO FALCON. “La justicia administrativa”, en *La justicia administrativa en el derecho comparado*, cit., pp. 207 y ss.; MARCELLO CLARICH. *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, JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, Instituto García Oviedo y Universidad de Sevilla, 1973.
- 1950 JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 148: “En Francia [la jurisdicción administrativa] nació de un conjunto de circunstancias históricas; y ha sobrevivido por razones prácticas”.
- 1951 En cuanto al desarrollo de la justicia administrativa en Francia cfr. el extenso estudio que sobre esta materia hemos efectuado en *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 245 a 254.
- 1952 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, cit., pp. 41 a 51. De manera particular y concreta el postulado de la división de poderes adquirió en Francia especiales características frente a la predisposición de los revolucionarios respecto de los parlamentos judiciales. Los criterios ortodoxos de la división de poderes sufrieron con la revolución sus primeras variaciones, si se tiene en cuenta la sustracción material de los conflictos originados por el poder ejecutivo del conocimiento de las autoridades judiciales ordinarias. “Los parlamentos constituían reductos cerrados de la nobleza y ejercitaron mediante sus facultades de *enregistrement* (registro de las disposiciones reales como requisito para su aplicación) y de *rémontrance* (una suerte de veto devolutivo de dichas disposiciones antes de su registro) respecto de las ordenanzas reales, al lado de su poder nominal judicial, una efectiva mediatización del poder del rey absoluto, orientada con normalidad al mantenimiento de las posiciones privilegiadas del estamento que representaban”.
- 1953 JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, cit., p. 148.
- 1954 Cfr. el alcance de este principio con anterioridad a la Revolución y su significado efectivo para los revolucionarios en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 3.ª ed., cit., pp. 236 a 243.
- 1955 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, cit., pp. 43 a 45. Los parlamentos retomaron las ideas MONTESQUIEU para fundamentar su oposición al rey. La independencia del poder judicial frente al rey, la tesis de la monarquía moderada, y la idea del depósito de las leyes en los parlamentos, fueron suficientes para llevar a estos organismos a reaccionar frente a las limitaciones reales respecto de lo que creían era su papel dentro del Estado. En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, el pensamiento de MONTESQUIEU fue más allá de la simple separación de poderes pues le asignaba a los parlamentos judiciales, como cuerpos políticos, “la defensa de la Constitución o leyes fundamentales del país frente al propio legislador, la función de guardianes y defensores del sagrado depósito de las leyes frente a la voluntad momentánea del príncipe”. Engrandecidos por esas ideas, los parlamentos extremaron su resistencia al rey, la que se concretó en 1787 frente a las reformas financieras promovidas por la Corona con el fin de enfrentar la crisis en que se encontraba sumida Francia.
- 1956 Las diferencias entre los tribunales y quienes eran depositarios de funciones gubernativas en el *ancien régime* se dieron desde tiempos anteriores a los umbrales de la Revolución. En 1641, y ante las intromisiones de los parlamentos en asuntos gubernativos, que dicho sea de paso le habían sido ampliamente limitados a esos organismos por disposición real, LUIS XIII produjo el famoso Edicto de San Germano (Edit de Saint Germain) con el cual se pretendió poner límite a las injerencias de los jueces en la actividad gubernamental. En ese documento se indicó: “Declaramos que nuestra mencionada Corte del Parlamento de París y todas nuestras otras cortes fueron establecidas tan solo para aplicar justicia a nuestros súbditos; les hacemos en consecuencia expresa inhibición y prohibición entre otras de [...] tomar en el futuro conocimiento de cualquier asunto [...] que se refiera al Estado, a la administración o al Gobierno, los cuales quedan reservados únicamente al rey, en cuanto es el rey el que tiene poder para otorgar competencias especiales conforme a las cartas patentes”. El contenido de ese edicto fue ratificado años después por LUIS XIV, ante sus violaciones por los parlamentos. Mediante el pronunciamiento del Consejo del Rey del 8 de julio de 1661 el rey advirtió a los parlamentos “... muy expresas inhibiciones y prohibiciones de asumir el conocimiento de asuntos y procesos en relación a los cuales su Majestad hubiese retenido o reservado para sí o para su consejo el juzgamiento, de desconocerse este mandato se incurrirá en pena de indignidad”.
- 1957 FRANCIS-PAUL BÉNOIT. *Le droit administratif français*, París, Dalloz, 1968, pp. 276 y 277, sostiene que durante el *ancien régime* se inició en Francia la consolidación de una clara diferencia entre las funciones administrativas y judiciales. Desde los primeros momentos el monarca limitó el alcance de las funciones jurisdiccionales de los parlamentos frente a asuntos estrictamente administrativos. Estas limitaciones ocasionaron permanentes conflictos en los parlamentos que se negaban a aceptarlas; respecto de la diferencia de lo gubernativo y lo contencioso con anterioridad a la Revolución Francesa y en ordenamientos diferentes al francés como el español, el monarca ALFREDO GALLEGU ANABITARTE. *Administración y jueces*, cit.
- 1958 LOUIS ROLLAND. *Précis de droit administratif*, París, Dalloz, 1947 p. 39, precisa que entre las razones que llevaron a esta especial concepción del principio de la separación de poderes en la Francia revolucionaria está sin duda la tradición establecida en el *ancien régime* con posterioridad al Edicto de San Germano en 1641, según la cual los parlamentos no podían conocer de litigios referentes a lo gubernativo y a las finanzas. Adicionalmente, los recuerdos de intromisiones de los parlamentos en los últimos años del viejo régimen hacían creer que los nuevos tribunales tomarían actitudes hostiles similares frente a las profundas reformas revolucionarias; al respecto cfr. MARCEL WALINE. *Manuel élémentaire de droit administratif*, París, Recueil Sirey, 1946, pp. 41 y 43.
- 1959 Cfr. nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 3.ª ed., cit., pp. 246 a 250.
- 1960 ROGER BONNARD. *Précis de droit public*, París, Sirey, 1946, pp. 87 a 89. Las transformaciones legislativas en torno al papel de los tribunales frente a la administración sin lugar a dudas se dirigieron a interpretar el principio de la división de poderes en el entendido de que los parlamentos no podían participar en la función administrativa ni juzgar los procesos originados en los actos de la administración, arrebatándole de esa manera a los tribunales ordinarios el llamado contencioso administrativo; cfr. en el sentido explicativo de la razón de ser de la legalidad revolucionaria en esta materia a HENRY BERTHÉLEMY. *Traité élémentaire de droit administratif*, París, Rousseau & Cie. Editeurs, 1920 pp. 14 a 20. El marco legal de la Revolución en torno a la independencia del Ejecutivo frente a los tribunales se produjo con el fin de evitar la persistencia en los abusos de los parlamentos que frustraron importantes procesos de reformas administrativas al final del antiguo régimen. El principio de la separación de las autoridades administrativas y de las judiciales en los términos de esas leyes se tornó en una regla fundamental para el derecho público francés.

- 1961 MARCELLO CLARICH. "La giustizia", en AA.VV. *Trattato di diritto amministrativo*, t. II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1721; cfr., así mismo, PATRICK RAMBAUD. "La justicia administrativa en Francia", en AA.VV. *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, Edit. Civitas, 1993, p. 277.
- 1962 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. II, cit., p. 551.
- 1963 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, cit., pp. 181 a 197.
- 1964 El control de constitucionalidad, que emana indiscutiblemente de la ideología constitucional norteamericana, influye en el derecho administrativo moderno de manera decisiva y complementaria del clásico principio francés de la legalidad y del control de la legalidad. El mismo carácter de norma jurídica suprema que se le reconoce a la Constitución, implica que se generen los mecanismos necesarios para la preservación de esa inmensa construcción y que no se deteriore con el incumplimiento o desconocimiento de los poderes. En Estados Unidos los desarrollos constitucionales tomaron unos rumbos diversos a los del derecho europeo. El Congreso estadounidense no está concebido con la misma omnipotencia de los parlamentos. La soberanía parlamentaria impedía pensar que sus decisiones pudieran ser objeto de control alguno. Organizar un control de la constitucionalidad de las leyes hubiera significado en Francia ir contra la Revolución y la *volonté générale*. Sin embargo, esa tara no la padecía el Congreso estadounidense. Por esa razón la Constitución de Estados Unidos siempre fue considerada como ley superior que sometía sus postulados a la totalidad de sus poderes. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció desde 1803 esta característica y la existencia de controles para su preservación. En el famoso y renombrado caso *Marbury vs. Madison*, el juez Marshall sostuvo precisamente: "... la Constitución controla cualquier acto legislativo que se le oponga [...] un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley [...] una ley del Congreso que contradiga la Constitución debe considerarse inexistente [...] los tribunales deben tener en cuenta la Constitución; la Constitución es superior a toda ley ordinaria del legislativo [...] la Constitución, y no dicha ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables [...] Una ley contraria a la Constitución es nula y los tribunales están obligados por dicha Constitución".
- 1965 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de marzo de 2003, exp. 8302: "La Constitución Política de 1991 fortaleció el papel del Consejo de Estado como órgano de control de la actividad estatal no solamente en el campo del tradicional y clásico control de legalidad sino también en materia de control de constitucionalidad, ya que además de las competencias de que gozaba de acuerdo con las normas de la Constitución anterior, las cuales se conservan, hoy cuenta con nuevas competencias de naturaleza constitucional. Un primer elemento que debe tenerse presente es el hecho de que la propia Constitución Política consagra como mecanismo autónomo, diferente de la acción de simple nulidad, la acción de inconstitucionalidad. De acuerdo con el artículo 237.2 C.N., 'Son atribuciones del Consejo de Estado: conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional'. De otra parte, el artículo 37.9 de la Ley 270 de 1996 le asigna a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la función de 'Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional'. En el mismo orden de ideas, el artículo 33.7 de la Ley 446 de 1998 modificó y adicionó el artículo 97 CCA en el sentido de asignarle a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento 'de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a una función propiamente administrativa'. Se observa, de acuerdo con las normas que vienen de citarse, que en materia de control de constitucionalidad el Consejo de Estado tiene una cláusula general de competencia en relación con los decretos que el Gobierno expida en el cumplimiento de los cometidos estatales, mientras que la Corte Constitucional tiene en la misma materia una competencia de excepción. Además de la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos del Gobierno Nacional así como de la acción de simple nulidad, en donde se plantean, por regla general, problemas directos de legalidad, sin que ello excluya confrontaciones directas con la norma constitucional, existen otros casos en los que el juez administrativo interpreta y aplica las normas constitucionales, como sucede en las acciones de pérdida de investidura, de tutela y populares y de grupo. Puede concluirse, entonces, que el derecho colombiano consagra un sistema de control difuso de constitucionalidad, en donde el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo tiene un papel en el control de constitucionalidad así como unas competencias plenamente autónomas, cuyo ejercicio no es susceptible de control ulterior por órgano estatal alguno".
- 1966 Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996: "... Como bien es sabido, el control de constitucionalidad en Colombia se vio reforzado con la creación de la Corte Constitucional. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que nuestro país ha adoptado el llamado 'control concentrado' o austriaco, pues en realidad éste sigue siendo de carácter difuso funcional. Lo anterior, habida cuenta de que además de los pronunciamientos que realice esta Corporación, al Consejo de Estado se le ha atribuido, dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional (art. 237-1). Como si lo anterior no fuese suficiente, el artículo 4.º superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, puede abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política. Tampoco puede olvidarse que dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver de un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional...".
- 1967 Estatuto de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996. "Artículo 43. *Estructura de la Jurisdicción Constitucional*. La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política. El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales...".
- 1968 Constitución Política de Colombia. "Preámbulo. El pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente CONSTITUCIÓN POLÍTICA [...] Artículo 1.º. – Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Artículo 2.º. – Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".
- 1969 Constitución Política de Colombia "Artículo 241. – A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y

plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la inexecutable de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. 11. Darse su propio reglamento. Párrafo. – Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la executable del acto”.

1970 Constitución Política de Colombia, Artículo 4.º. “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”.

1971 Acerca del carácter vinculante de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, cfr. las Sentencias C-037 de 1996; C-083 de 1995, y de manera principal, C-131 del 1.º de abril de 1993, donde se fijaron los siguientes criterios sobre la materia: “La sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria. Únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada. Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutoria de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquellos. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar –no obligatorio–, esto es, ella se considera *obiter dicta*. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutoria, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutoria, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia. La *ratio iuris* se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política. La palabra ‘obligatorio’ del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 se opone a los artículos 241 y 230 de la Constitución...”.

1972 Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996: “... Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Dcto. 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la executable del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad...”.

1973 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 41 y siguientes. La concepción francesa de la división de poderes difiere sustancialmente de la predicada por la doctrina –fuente de los revolucionarios franceses–. No obstante ser admitida y constituir postulado básico de la revolución, en su dinámica rompe los dogmas teóricos y se adecua a las necesidades de una revolución que necesitaba consolidarse y que se vio abocada al fortalecimiento y concentración del poder ejecutivo a través de la administración. La revolución y constitución norteamericanas, según el concepto de división de poderes, acogieron la tridivisión, pero no dentro de un campo de separación total, sino de colaboración, en donde el poder controlaba al poder; una especie de balanza en el ejercicio de la soberanía, de pesos y contrapesos, o como el mismo estudioso los llama de *checks and balances*. Si nos aproximamos a los teóricos básicos de la revolución encontramos entre ellos coincidencias sorprendentes: por una parte, entienden la existencia de tres poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial (MONTESQUIEU y ROUSSEAU); LOCKE, aunque difiere sustancialmente en el número de poderes, no se aparta de lo que con posterioridad sería la tridivisión (su pensamiento sirvió de fundamento a los trabajos posteriores de MONTESQUIEU, el cual, siguió de cerca la obra de LOCKE), y sostiene la existencia de cuatro poderes: el legislativo, respecto del cual los otros poderes deben estar subordinados; el ejecutivo, que implica la ejecución de las leyes internas de la sociedad; el federativo, que corresponde al ejercicio de la guerra y las relaciones del Estado, y el de juzgar, al cual no se le hacía mención especial porque se entendía inherente al Estado. En la práctica, las cuatro funciones de la obra de LOCKE se pueden reducir a tres: la legislativa; la ejecutiva que comprendería la federativa, porque siempre deben estar en cabeza de la misma persona, y la judicial, todas dentro de los conceptos genéricos de ley, tribunales y coacción. MONTESQUIEU no se aparta de ese esquema. Es más, lo reproduce en su típica tridivisión, incluyendo en el poder ejecutivo el llamado poder federativo de LOCKE. El pensamiento de ROUSSEAU milita en el mismo sentido, aunque, con fundamento en su teoría de la voluntad general, predica la supeditación de todos los poderes al poder legislativo, en donde el ejecutivo sería un simple ejecutor de la ley. De allí que al preguntarse ¿Qué es un gobierno?, responda que es “... un cuerpo intermedio establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua correspondencia, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad, tanto civil como política...”. Esta modesta construcción de un legislativo depositario de la voluntad general y un ejecutivo simple ejecutor de la ley con la fuerza necesaria para imponer el orden, haciendo respetar la voluntad del legislador y de los jueces, y asegurar la independencia exterior, fue la que recibieron en teoría los revolucionarios franceses y que se vieron en la necesidad de alterar por obvias razones de su coyuntura política. La división de poderes así planteada desconocía por completo los adelantos logrados por la administración. Aunque parezca paradójico el pensamiento teórico e idealista de la división de poderes, en donde el ejecutivo ocupaba un segundo lugar, fue roto por la misma revolución, en un momento de verdadera “disidencia revolucionaria”. El rompimiento del esquema se produjo precisamente por el lado del poder ejecutivo, al cual la teoría no pudo contener como heredero directo de la administración del *ancien régime*. Sin embargo, el rumbo que en Francia los revolucionarios le imprimieron al concepto de la división de poderes, rompiendo la ortodoxia de las tesis expuestas, obedeció a razones propias que hacían inevitable la idea de libertad del ejecutivo respecto de los otros poderes, en especial del poder judicial. Libertad fundada en el recelo frente a los antiguos parlamentos judiciales, que constituían reductos de la nobleza dispuesta a defender sus intereses. Los revolucionarios no podían aceptar que en dichos cuerpos fueran a quedar controles que impidieran sus propósitos, sobre todo si, con fundamento en el pensamiento de MONTESQUIEU, los parlamentos debían ser cuerpos independientes investidos del poder de defensa de la Constitución o de leyes fundamentales, y guardianes y defensores del sagrado depósito de las leyes. Funciones que habían comenzado a ejercer durante la última parte del *ancien régime* y que, como se recordará, significaron prácticamente el detonante de la Revolución ante el entorpecimiento constante de la actividad del Estado por los jueces.

- 1974 Los franceses rompieron definitivamente con los principios teóricos de su revolución, en especial con el pensamiento de MONTESQUIEU, y, desde los inicios mismos de la revolución lograron fundar los principios de una supremacía del poder ejecutivo que se materializaron en la Ley 16 del 24 de agosto de 1790, donde se estableció la independencia definitiva entre el ejecutivo y el judicial, prohibiendo expresamente a los jueces inmiscuirse en los asuntos del poder ejecutivo e incluso estableciendo penas para quienes lo intentaran: "... las funciones judiciales son distintas y permanecen siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricato, perturbar, de modo alguno, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones...". Principio que posteriormente fue recogido en la Constitución de 1791 y consolidado en la napoleónica del año VIII. Estos hechos son considerados por la doctrina como los determinantes del nacimiento de la concepción continental o de régimen administrativo, que habría de influir profundamente en la justicia administrativa continental.
- 1975 JOSÉ RAMÓN RAMÓN PARADA VÁZQUEZ. "Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos", RAP, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000, p. 71; cfr. al respecto TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994, p. 109 y ss.
- 1976 En relación con las razones para incorporar al derecho colombiano el concepto de dualidad de jurisdicción, creando la contenciosa administrativa de manera paralela a la ordinaria, cfr. nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, capítulo tercero, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. Así mismo la obra de ALCIBÍADES ARGÜELLO y LUIS BUENAHORA. *Derecho administrativo colombiano*, cit., p. 45 y ss.
- 1977 Durante casi cien años (todo el siglo XIX y los primeros años del XX) nuestra justicia administrativa fue de competencia de los tribunales ordinarios de la República, en razón de la influencia colonial española que siempre la asignó a las reales audiencias, de ahí nuestra tesis de que la influencia francesa de la justicia especializada no es más que una extraña imposición, por lo demás tardía, en el derecho colombiano. Negamos, en consecuencia, la posición de quienes sostienen un desarrollo paralelo de las justicias administrativas colombiana y francesa. El artículo 42 del acto legislativo n.º 3 de 1910 dispuso la obligación perentoria para el legislador de establecer la jurisdicción contenciosa administrativa: "... la ley establecerá la jurisdicción contenciosa administrativa...". Mandato que ejecutó a través de la Ley 130 de 1913, que la instituyó con dos específicos órganos el "tribunal supremo de lo contencioso administrativo" y los "tribunales seccionales de lo contencioso administrativo". De esa forma nació en Colombia el sistema continental de control jurisdiccional especializado en las contenciones subjetivas y objetivas de la administración pública. Sin embargo, el sistema no quedó perfeccionado sino hasta el año siguiente por tres explícitas razones: la primera, porque la Ley 130 de 1913 determinó en su artículo 112 que tan solo comenzaría a regir a partir del 1.º de marzo de 1914; la segunda, porque en septiembre de 1914, mediante acto reformativo de la Constitución Política, se restableció el Consejo de Estado, atribuyéndosele en el artículo 6.º numeral 3, el desempeño de "... las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo"; y la tercera, porque el 5 de noviembre de 1914 se expidió la Ley 60 orgánica del Consejo de Estado, que fijó el período de los consejeros de Estado a partir del 1.º de diciembre de ese año, quedando así suprimido el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, asumiendo efectivamente sus funciones el Consejo de Estado. No obstante, el establecimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no significó la desposesión funcional total de la jurisdicción ordinaria en asuntos contencioso administrativos, pues los litigios subjetivos de naturaleza contractual, la responsabilidad extracontractual del Estado, así como algunos asuntos declarativos y ejecutivos, quedaron bajo el conocimiento de los tribunales ordinarios. De ahí que calificamos ese período como mixto; la razón de esa continuidad con dos jurisdicciones prácticamente conociendo de litigios de la administración pública, demuestra el arraigo del sistema judicialista colombiano y la imposibilidad de una ruptura total frente a la importación francesa.
- 1978 La idea de incorporar en la cúspide de nuestro principio de legalidad la Constitución Política no es nueva en el derecho colombiano, pues desde los mismos inicios del control jurisdiccional contencioso administrativo el legislador ordenó sistemáticamente que el control jurisdiccional de los actos administrativos debía inicialmente hacerse a partir de la Carta Fundamental. Por ejemplo, el artículo 110 del Código de Régimen Político y Municipal de la Ley 4.ª de 1913 dispuso, respecto de las ordenanzas departamentales, que "... Es nula toda ordenanza que sea contraria a la Constitución y a las leyes, o cuando viole derechos particulares legalmente adquiridos...". Sin embargo, con anterioridad, desde la vigencia de la Ley 153 de 1887, ya se hacía referencia en el artículo 12 a la jerarquía normativa con cabeza en la Constitución Política: "... Las ordenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la facultad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable...".
- 1979 Ahora bien, el principio de legalidad en la versión revolucionaria de la supremacía de la ley es sustancialmente una consecuencia de la soberanía nacional, en cuanto voluntad general emanada del pueblo o Nación. La ley determina el sendero para el ejercicio de los poderes públicos. Las autoridades se deben, a partir de la revolución, a la ley, y actúan dentro de los marcos y limitaciones que esta determine. En consecuencia, se trata del alumbramiento de un régimen de legalidad, en donde la libertad de los ciudadanos se obtenía a través del ejercicio de la actividad pública, conforme a los postulados generales determinados por la voluntad general y contenidos en la ley. En ello resulta significativa la influencia de ROUSSEAU. En la práctica es el punto de partida de la institucionalización del poder. Indicaba precisamente este autor: "... llamo, pues, república a todo Estado regido por leyes, bajo cualquier tipo de administración que pueda hallarse, porque entonces solamente gobierna el interés público...". Esta concepción es recogida en la declaración de 1789 en sus artículos 5.º, 6.º, 7.º y 8.º, que encierran en su conjunto la idea esencial de la legalidad del poder, de la legalización del ejercicio del poder: la sujeción permanente y cotidiana del poder a los mandatos de la ley. Su adecuación para evitar cualquier abuso o desbordamiento. En las relaciones entre la legalidad y la constitucionalidad el desarrollo de los postulados de la supremacía de la ley ofrece, en el caso francés, unas peculiaridades que tradicionalmente apartan a los continentales de la concepción norteamericana respecto de la supremacía de la Constitución política. Si bien es cierto que las tres constituciones se expidieron en el período revolucionario (1791, 1793 y 1795), todas constan de una parte dogmática donde se hace énfasis en la declaración de los derechos de los ciudadanos, y de otra instrumental relativa a la distribución del poder; frente al carácter de voluntad general que le atribuía la ley había un problema latente, y que en los procesos interpretativos llevó a serias discrepancias en cuanto a la teoría de la supremacía de la Constitución y la negación de su control. Los postulados de supremacía se desvanecían en Francia ante la contundencia y dinámica del carácter que la legalidad había adquirido gracias a la teoría roussoniana. Si bien es cierto que la declaración francesa pretendió tener un valor supralegal, esto es, de límite al ejercicio de los poderes, entre ellos el legislativo, al establecer que una de las finalidades de su promulgación era "... que los actos del poder legislativo [...] puedan ser comparados en cada instante con el fin de toda institución política..."; por otra parte, y como complemento de lo anterior, la Constitución de 1791 expresamente estableció su supremacía al indicar que "... el poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que produzca agravio o ponga obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente Título I"; lo cierto es que el predominio de la voluntad general hizo que en Francia se olvidara durante muchos años la supremacía constitucional. Hasta 1971, y eso en un proceso que se inició con la Constitución de 1958, se admitió por el Consejo constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes. En esos aspectos, la Constitución norteamericana y sus interpretaciones se adelantaron al constitucionalismo francés. Esa postura interpretativa revolucionaria descansa en el concepto de voluntad general, que se constituye con sus manifestaciones (ley) en el centro del sistema mismo. La ley no solo articula derechos sino que también se constituye en el instrumento idóneo a través del cual se impone el único poder legítimo de la sociedad política. De esa forma, ante el evidente antagonismo entre Constitución y ley, la voluntad general impone la segunda, convirtiéndose en el punto de referencia efectivo para la determinación del principio de legalidad.
- 1980 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, cit., nota 5, p. 90.
- 1981 PROSPER WEIL. *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 45 y siguientes.; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Contencioso administrativo objetivo y contencioso administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparativista*, RAP, n.º 152, mayo-agosto de 2000, p. 93.
- 1982 Cfr. caso *Marbury vs. Madison*. Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos, 1883.

- 1983 MONTERRAT CUCHILLO FOX. *Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administración Pública de Catalunya, Civitas, 1996, pp. 63 y ss., 93 y ss., y 147 y ss.
- 1984 Constitución Política de Colombia. “Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. // También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. // Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.
- 1985 Ley 1437 de 2011. “Artículo 103. *Objeto y principios*. Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. // 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”.
- 1986 Ley 1437 de 2011. “Artículo 104. *De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente conocerá de los siguientes procesos: 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 definen conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado. 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%. // 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 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 resolutoria 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”.
- 1987 Constitución Política de Colombia. “Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. // El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. // Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. // Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.
- 1988 Constitución Política de Colombia. “Artículo 237. *Son atribuciones del Consejo de Estado*: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. // En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado. 4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley. 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley. 6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley. 7. ‘Numeral adicionado por el artículo 8 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:’ Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley. Parágrafo. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral”.
- 1989 Constitución Política de Colombia. “Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.
- 1990 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en ALLAN R. BREWER CARÍAS y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Control de Convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 175-181.
- 1991 “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR. “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. Disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>]; consultada el 9 de febrero de 2014.
- 1992 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.
- 1993 “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, *v.gr.*, en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”. Disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>], consultada el 9 de febrero de 2014.

- 1994 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.
- 1995 “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. MIGUEL CARBONELL. “Introducción general al control de convencionalidad”. Disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>], consultada el 9 de febrero de 2014.
- 1996 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.
- 1997 “[...] Se trata de un estándar ‘mínimo’ creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también formen parte del ‘bloque de constitucionalidad/convencionalidad’ otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”; cfr. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. Disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>], consultada el 9 de febrero de 2014.
- 1998 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de FERRER MAC-GREGOR: “Si observamos los alcances del ‘control difuso de convencionalidad’, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de ‘bloque de constitucionalidad’ derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un ‘deber’ de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un ‘bloque de convencionalidad’ para establecer ‘estándares’ en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”; cfr. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR. “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. Disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>], consultada el 9 de febrero de 2014.
- 1999 Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “*El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.
- 2000 Constitución Política de Colombia. “Artículo 89. Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.
- 2001 Cfr. el extenso estudio que sobre esta materia hemos efectuado en JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- 2002 Constitución Política de Colombia. “Artículo 237. *Son atribuciones del Consejo de Estado*: [...] 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.
- 2003 Ley 270 de 1996. “Artículo 49. Control de constitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno cuya competencia no haya sido atribuida a la Corte Constitucional de conformidad con el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución Política. El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional ni al propio Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. // La decisión será adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.
- 2004 Ley 1437 de 2011. “Artículo 135. *Nulidad por inconstitucionalidad*. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución. // También podrán pedir 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. Parágrafo. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”.
- 2005 Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996.
- 2006 Corte Constitucional. Sentencia C-560 del 4 de agosto de 1999, exp. D 2303.
- 2007 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de julio de 1996, exp. S612 (3367).
- 2008 *Ibid.* Sentencia del 18 de enero de 2000, exp. AI-046.
- 2009 El sentido de la garantía jurisdiccional de la Constitución presupone dos elementos: el primero consiste en que se cuente con i. Una Constitución erigida como *lex superior* del sistema jurídico, lo que supone que esta se encuentra garantizada por vía de procedimientos especiales y agravados para proceder a su reforma constitucional, además de instituir una jurisdicción constitucional que se encarga de velar por la sujeción del legislador (en el control de constitucionalidad de las leyes) así como de todos los poderes públicos e inclusive los particulares (por vía de instrumentos específicos como la acción de tutela) de los preceptos jurídicos de la Constitución; y el segundo que además de esta superioridad formal, ii. Hacen parte de la *lex superior* un catálogo sustantivo de derechos fundamentales, aquellos que se consideran como de alta valía política y jurídica en la sociedad de modo tal que no pueden quedar en manos de una mayoría política ordinaria en tanto derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, y que se reconocen como materialización de las exigencias morales que debe satisfacer todo ordenamiento jurídico, conforme a la pretensión de corrección.
- 2010 Ley 1437 de 2011. “Artículo 137. *Nulidad*. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. // Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o

- con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. // También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. // Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero. 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público. 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico. 4. Cuando la ley lo consagre expresamente. Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente”.
- 2011 En algunas disposiciones especiales relativas a urbanismo, minas y medio ambiente el legislador ha dispuesto regulaciones especiales sobre esa acción, llegando a darle características de una verdadera acción mixta como es el caso de la Ley 99 de 1995 en asuntos ambientales, en donde no solo se obtiene la reparación del ordenamiento jurídico en general con el fallo que se origine en ejercicio de esta acción, sino que también se crean situaciones jurídicas particulares a los titulares de derechos de esa naturaleza.
- 2012 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 536.
- 2013 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 3 de marzo de 1995, exp. 2691.
- 2014 Ley 1437 de 2011. “Artículo 139. *Nulidad electoral*. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas. // En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección. // En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998”.
- 2015 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 589.
- 2016 Ley 1437 de 2011. “Artículo 147. *Nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción*. Cualquier persona podrá pedir que se declare la nulidad de cartas de naturaleza y de resoluciones de autorización de inscripción dentro de la oportunidad y por las causales prescritas en los artículos 20 y 21 de la Ley 43 de 1993. // Proferida la sentencia en la que se declare la nulidad del respectivo acto, se notificará legalmente y se remitirá al Ministerio de Relaciones Exteriores dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria copia certificada de la misma. Igualmente, si fuere del caso, en la sentencia se ordenará tomar las copias pertinentes y remitirlas a las autoridades competentes para que investiguen las posibles infracciones de carácter penal”.
- 2017 Ídem.
- 2018 Ley 1437 de 2011. “Artículo 138. *Nulidad y restablecimiento del derecho*. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. // Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”.
- 2019 La cláusula clásica en la doctrina francesa reza: “... la persona pública siempre es responsable de la acción de sus agentes y del funcionamiento de sus servicios públicos [...] una consideración de justicia elemental indica que el funcionario debe soportar las consecuencias de las fallas que habría podido normalmente evitar, pero no las consecuencias de apreciaciones frecuentemente delicadas sobre las cuales podía estar llamado a tomar parte en su servicio y que el juez administrativo podrá declarar generadoras de un derecho a la reparación”; cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE. “Responsabilité administrative”, en ANDRÉ DE LAUBADÈRE; JEAN CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET. *Traité de droit administratif*, t. I, Livre II, 15.^a ed., París, LGDJ, p. 948.
- 2020 Según la LAUBADÈRE: “El punto de vista del hecho dañoso hace aparecer la cuestión de si el hecho debe presentar el carácter de una irregularidad o alguna incorrección para que la responsabilidad de la administración esté comprometida o sea suficiente a la víctima establecer que el daño sufrido por ella es la consecuencia directa de una actividad de la administración culposa o no”. ANDRÉ DE LAUBADÈRE; JEAN CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET. *Traité de droit administratif*, cit., p. 949.
- 2021 Ley 1437 de 2011. “Artículo 140. *Reparación directa*. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. // De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. // Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. // En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”.
- 2022 Ídem.
- 2023 En el derecho francés BÉNOIT consideró que “... el sistema de responsabilidad creado por el Consejo de Estado se caracteriza esencialmente por un aspecto evolutivo y una posibilidad de continua adaptación”; FRANCIS-PAUL BÉNOIT. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, cit., p. 1.
- 2024 “En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica. Este cambio de la lógica del reparto de la riqueza en la sociedad de la carencia a la lógica del reparto de los riesgos en la modernidad desarrollada está vinculado históricamente a (al menos) dos condiciones. En primer lugar, este cambio se consume (como sabemos hoy) allí donde y en la medida en que mediante el nivel alcanzado por las fuerzas productivas humanas y tecnológicas y por las seguridades y regulaciones del Estado social se puede reducir objetivamente y excluir socialmente la miseria material auténtica. En segundo lugar, este cambio categorial depende al mismo tiempo de que al hilo del crecimiento exponencial de las fuerzas productivas en el proceso de modernización se liberen los riesgos y los potenciales de autoamenaza en una medida desconocida hasta el momento. En la medida en que se presentan estas condiciones, un tipo histórico del pensamiento y de la actuación es relativizado o sustituido por otro. El concepto de ‘sociedad industrial o de clases’ (en el sentido más amplio de MARX y WEBER) giraba en torno a la cuestión de cómo se puede repartir la

riqueza producida socialmente de una manera desigual y al mismo tiempo ‘legítima’. Esto coincide con el nuevo paradigma de la sociedad del riesgo, que en su núcleo reposa en la solución de un problema similar y sin embargo completamente diferente *¿Cómo se pueden evitar, minimizar, dramatizar, canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de ‘efectos secundarios latentes’ de tal modo que ni obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo ‘soportable’ (ecológica, médica, psicológicamente, socialmente)*” (cursiva fuera de texto); cfr. ULRICK BECK. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 25 y 26.

- 2025 JEAN RIVERO y JEAN WALINE. *Droit administratif*, 13.ª ed., cit., p. 261. Se resalta que después de las sentencias de los asuntos de los ‘époux Lemonnier et demoiselle Mimeur’ (1949) “[...] se asiste a una extensión de las hipótesis en las cuales el juez acepta en presencia de una falta personal del agente, la acción de indemnización dirigida contra el servicio [...] El resultado de este sistema se apoyaba sobre la noción de falta no desprovista de toda relación con el servicio permitiendo a la víctima de un daño causado por un agente público fuera del mismo servicio demandar, con la condición de que exista un ‘mínimo nexo’”; cfr. JULIEN BOUTELLER. *La détermination du patrimoine public responsable (essai théorique)*, Tesis de doctorado de l’Université Paris Nord (Paris XIII), Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 20 de octubre 2000, p. 13. En cuanto a la socialización de los riesgos, se ha dicho que “[...] mientras la natural conciencia social se torna hacia el Estado como garante de los riesgos sociales engendrados no solamente por la actividad de las personas públicas, sino también por aquellas de los particulares, incluso por caprichos de la naturaleza. A la función sancionadora del derecho de la responsabilidad se superpone una función de garantía, cuya carga actualmente oscila en la legislación entre el aseguramiento y la solidaridad social”. MARYSE DEGUERGE. “Le contentieux de la responsabilité: politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique”, *AJDA*, n.º especial, 1995, p. 220. Para VINEY, “[...] el poco avance de la noción de imputabilidad subjetiva y la evolución de la noción de imputación objetiva aparecen en realidad como movimientos complementarios que concurren por medios diferentes a emancipar a la responsabilidad jurídica de la responsabilidad moral atenuando todos los factores que durante buen tiempo de su historia han contribuido a convertir a la sanción en un sentimiento de culpabilidad para orientarla en una dirección totalmente nueva: la aplicación de la respuesta adecuada a una situación crea un problema de orden social”; cfr. GENEVIÈVE VINEY. *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*, 2.ª ed., París, LGDI, 1995. De acuerdo con GILLES MARTIN, “[...] las premisas de un sistema de indemnización renovado están planteadas. Estas se decantan, tendiendo hacia una distinción simple: de un lado el riesgo, asunto de la sociedad, se regula con la ayuda del financiamiento colectivo; de otra la responsabilidad, asunto de los individuos, encuentra su fundamento natural, en la falta”; cfr. GILLES MARTIN. “Principe de précaution et responsabilité”, en *Les transformations de la régulation juridique*, París, LGDI, 1998, cita nota 16, p. 418. Para GAZZANIGA, se puede resumir la historia de la responsabilidad “[...] como el paso de una concepción objetiva, donde sólo contaba el delito, a una concepción subjetiva donde se considerara al autor de la falta”; cfr. JEAN-LOUIS GAZZANIGA. “Les métamorphoses historiques de la responsabilité”, en *6ème Journées Rene Savatier. Les métamorphoses de la responsabilité*, Poitiers, PUF, 1997, p. 3, citado en ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHÁVES. *La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública...*, cit., p. 290.
- 2026 En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: el principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001.
- 2027 La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la Sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001.
- 2028 Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”; cfr. ROBERT ALEXY. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en RODOLFO VÁSQUEZ y RUTH ZIMMERLING (coords.). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, 1.ª reimp., México, Fontamara, 2007, p. 49.
- 2029 Desde la perspectiva clásica planteada por el “Arrêt Blanco” (8 de febrero de 1873) se tiene: “Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público no puede regirse por los principios que están establecidos por el Código Civil para las relaciones de particular a particular”.
- 2030 “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001.
- 2031 La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El Estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”; cfr. Sentencia del 26 de enero de 2006, exp. AG-2001-213. En la doctrina cfr. BORIS STARCK. *Essai d une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, París, 1947.
- 2032 La “responsabilidad patrimonial está en el mismo centro de esa concepción como derivación esencial de la cláusula del Estado social de Derecho [...] Derivación de la cláusula del Estado social que, en hipótesis, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”; cfr. LUIS MARTÍN REBOLLO. *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Madrid, Iustel, 2005, p. 43.
- 2033 JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, 9.ª ed., Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 293; cfr. también esta construcción doctrinal en GEORGES BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, *Revue de Droit Public*, 1951, p. 685; FRANCIS-PAUL BÉNOIT. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, cit., p. 1.
- 2034 “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. ORIOL MIR PUIGPELAT. *La responsabilidad patrimonial de la administración...*, cit., p. 120.
- 2035 ORIOL MIR PUIGPELAT. *La responsabilidad patrimonial de la administración...*, cit., pp. 120-121.

- 2036 Consejo de Estado. Sala Plena de Sección Tercera. Sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 24897.
- 2037 *Ibíd.* Subsección C. Sentencia del 1.º de abril de 2016, exp. 41217. En el mismo sentido cfr. Sentencias del 19 de noviembre de 2012, exp. 22043; 18 de marzo de 2015, exp. 31618; 15 de octubre de 2015, exp. 46903, y 26 de noviembre de 2015, exp. 51376. En esta última providencia se dijo: “Sustancial resulta para la construcción de la responsabilidad a declarar en la etapa de formación del contrato, la afirmación del principio de buena fe, al que debe ajustarse la actuación tanto de la administración pública, como del proponente”.
- 2038 Conviene traer a la memoria que tratándose de casos de frustración de la adjudicación del contrato al mejor proponente mediando ilegalidad del acto administrativo de selección, la jurisprudencia constante y reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reconocido a ese oferente la utilidad que objetivamente se esperaba obtener con la celebración del contrato (lucro cesante). Cabe precisar que cuando ocurre tal cosa (mejor proponente frustrado) el perjuicio por la utilidad que objetivamente se esperaba recibir del contrato pasa a integrar el concepto de interés negativo (no correspondería en ese caso puntual al interés positivo) pues habiendo demostrado ser el sujeto con quien el Estado debía celebrar el contrato surge para aquel un menoscabo derivado de ese derecho frustrado. No es pues ya el abstracto interés jurídico tutelado que se tiene de *participar* en los procedimientos precontractuales promovidos por el Estado, sino el auténtico derecho subjetivo a ocupar la posición contractual y adquirir el cúmulo de derechos y obligaciones que de ésta situación se derivan, lo que fundamenta o explica por qué la reparación de los perjuicios en ese caso cobija la utilidad contractualmente esperada. Vale señalar, además, que otros de los perjuicios que con fisonomía propia hacen presencia en el escenario de la responsabilidad precontractual del Estado, son la pérdida de la oportunidad de celebrar otro contrato en condiciones “análogas al que se escapó por obra del demandado, cuyo reconocimiento y estimación pecuniaria dependen de la efectividad de esa frustración adicional [...]” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1.º de abril de 2016, exp. 41217); además del daño emergente el que da lugar a reparar al afectado los gastos en los que, de ordinario, incurrió para la elaboración de su propuesta, detrimento este último que se ha asociado, recurrentemente, al llamado interés negativo.
- 2039 “Por lo expuesto, es claro que el medio de control de reparación directa es el idóneo para definir el litigio esbozado por la sociedad demandante, porque en el caso bajo estudio no se encuentra que los demandantes estén cuestionando la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo, asimismo, no están solicitando la nulidad del mismo, lo que se pretende es que se estudien los supuestos perjuicios ocasionados por el presunto actuar antijurídico del IDRD al violar los principios de buena fe en la ‘etapa precontractual’ al terminar de manera injustificada el proceso de elaboración de la propuesta de la Asociación Público Privada. // En este caso, lo que se debe estudiar es si se configura o no la responsabilidad por parte del IDRD cuando los proponentes o la administración pública sufre un daño antijurídico como consecuencia de una acción o una omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de la formación de la voluntad, que determina la posibilidad de verificar si la propuesta es de interés y cumple con todos los elementos para inferir su viabilidad, así como en su evaluación, aceptación o rechazo”; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 19 de agosto de 2016, exp. 57830.
- 2040 “De ésta forma, se entiende que es el comportamiento contrario a la buena fe, incorrecto y desleal en la etapa de negociaciones o tratativas preliminares lo que determina la imputación de una responsabilidad precontractual, *con independencia de que el daño se evidencie en esa misma fase de negociaciones o con posterioridad a la celebración del contrato, lo importante es que tenga su origen en una actuación culposa asumida en la etapa de negociaciones previas*” (cursiva fuera del texto); cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 1.º de abril de 2016, exp. 41217.
- 2041 Así, por ejemplo, cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 22043, donde se demandó, en ejercicio de las controversias contractuales, y luego de celebrado el contrato estatal, la violación de la entidad accionada del deber precontractual de informar la situación financiera de una central hidroeléctrica cuyas acciones fueron adquiridas por el demandante.
- 2042 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014, exp. 47830.
- 2043 Ley 1437 de 2011. “Artículo 141. *Controversias contractuales.* Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. // Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. // El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes”.
- 2044 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del febrero 26 de 1998, exp. 11477. Banco de Datos en Contratación Estatal, Universidad Externado de Colombia: “La antigua institución de la jurisdicción arbitral, que LAUBADÈRE define como aquella por la cual, y por ministerio de la ley, las controversias jurídicas son resueltas, no por los órganos jurisdiccionales del Estado, sino por árbitros que, para el caso controvertido son designados por las partes, fue acogida por la legislación colombiana en diferentes momentos de nuestra evolución procesal, concretamente por el Título XLVII del Libro 2.º del Código Judicial de 1931 (Ley 105 de ese año) y por la Ley 2.ª de 1938, y luego, en forma más detallada por los actuales Códigos de Procedimiento Civil (Decreto 1400 y 2019 de 1970) y de Comercio (Decreto 410 de 1971). Por referirse esa normatividad no solo a personas privadas sino también, eventualmente, a actos y conflictos en que uno de los intervinientes podía ser una persona pública, la aplicación de las disposiciones sobre arbitramento a los conflictos de una y otras fue unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia y se cumplió corrientemente en la práctica”. Mediante una de esas remisiones expresas (fuera de las analógicas y supletorias) en que el derecho administrativo echa mano de la normatividad civil y comercial, la Ley 4.ª de 1964 sobre contratos administrativos, expresamente reguló la materia de la cláusula compromisoria en dichas convenciones, mediante la siguiente norma: ‘Artículo 13. Las entidades a que se refiere la presente ley quedan facultadas para someter a arbitramento, en los términos de la Ley 2.ª de 1938, las diferencias que se presenten con los contratistas. Despejando toda posible duda sobre el uso de la institución arbitral en los contratos administrativos, el derecho administrativo colombiano por la norma transcrita no sólo admite la solución arbitral sino que remite a los términos, vale decir al procedimiento y formas en que debe efectuarse el arbitramento, a la Ley 2.ª de 1938, que no es de la órbita de aquel derecho sino de la órbita del derecho comercial’. Esta remisión subsiste hasta hoy, y continúa subsistente mientras no haya un procedimiento arbitral específico para los conflictos surgidos de los contratos administrativos. El reenvío a la legislación comercial y civil sobre el procedimiento arbitral se mantiene tácitamente en el artículo 66 del Decreto 150 de 1976 y en el 76 del Decreto 222 de 1983. Este último, además, prescribe que la designación de los árbitros será ‘en la forma prevista en el Código de Comercio’, y en ambos se ordena que ‘el fallo será siempre en derecho’”.
- 2045 Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000: “La Constitución de 1991, facultó expresamente a los particulares para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, con la capacidad de dictar fallos en derecho o equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispongan y según las prescripciones señaladas por la ley, como una forma no sólo de descongestionar los despachos judiciales sino de lograr que en forma pacífica las partes pongan fin a sus controversias. En términos generales, el Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de desarrollar los institutos de la conciliación y el arbitramento, como mecanismos alternos de solución de conflictos, teniendo como único parámetro, el conservar la orientación, los principios y valores que inspiran la Carta fundamental”.

- 2046 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2000, exp. n.º 16973 (original del texto que se cita).
- 2047 La Jurisprudencia Constitucional ha resaltado el papel determinante que tiene en este asunto la autonomía de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral por así decidirlo, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual, de optar por su uso; cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-294 de 1995, y C-242 de 1997 (original del texto que se cita).
- 2048 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de junio de 2002, exp. n.º 21040. Banco de Datos en Contratación Estatal, Universidad Externado de Colombia: “Desde esta perspectiva, la indicación de las materias objeto de arbitramento reviste suma importancia porque esa indicación junto con las pretensiones que en forma específica formulan las partes, al convocar el Tribunal de Arbitramento, respetando el tema o materia arbitral previamente señalado, son las que en lo particular constituyen la competencia del Tribunal, siempre que sean transigibles; y es a partir de tales pretensiones que se deberá determinar o la congruencia del laudo o su eventual nulidad” (original del texto que se cita).
- 2049 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de noviembre de 2002, exp. n.º 21943. Banco de Datos en Contratación Estatal, Universidad Externado de Colombia: “Esta misma Sala ha sostenido que la importancia de la justicia arbitral radica en el reconocimiento que el Estado otorga a la autonomía de los particulares en la regulación de sus intereses, sin abdicar de su función esencial, y destaca entonces, la naturaleza contractual de la justicia arbitral y de allí la necesidad de una voluntad expresa de someterse a una vía de excepción sustrayéndose de la regla general, voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado. El reconocimiento de la autonomía privada, no es una renuncia a la soberanía del Estado, ni dimisión de sus funciones, ni la cesión del monopolio de la justicia; el Estado apenas faculta, autoriza, patrocina y homologa la actividad de la justicia arbitral, dentro de la cual debe observarse la Constitución y la Ley y todas las garantías procesales, que son expresión de orden público jurídico y protección de los usuarios”.
- 2050 Corte Constitucional Sentencia C-330 de 2000: “El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial –en sentido material– y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”.
- 2051 Corte Constitucional. Sentencia T -058 de 2009: “... debido a que de conformidad con la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, la jurisdicción contenciosa administrativa es la única autoridad judicial con competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos”.
- 2052 Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000: “De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación ‘no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas [...] Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”.
- 2053 “... La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 29 de mayo de 1969 que declaró exequibles los artículos 1214 a 1227 de la Ley 105 de 1931 y la Ley 2.ª de 1938, expresó que: ‘El arbitramento es una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho...’”.
- 2054 Corte Constitucional Sentencia C-242 de 1997: el arbitramento “es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”.
- 2055 Corte Constitucional. Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002.
- 2056 Ley 1437 de 2011. “Artículo 148. *Control por vía de excepción*. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. // La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”.
- 2057 Corte Constitucional. Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995.
- 2058 Ídem.
- 2059 Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996.
- 2060 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de Sección Tercera. Auto del 22 de octubre de 2015, exp. 42523.
- 2061 Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Almonacid, 2006, 124; Trabajadores Cesados, 2006, 128; Radilla Pacheco, 2009, 339, y Cabrera García, 2010, 225.
- 2062 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *El concepto de convencionalidad*, cit., p. 608.
- 2063 Constitución Política de Colombia. “Artículo 183. *Los congresistas perderán su investidura*: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. 2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura. 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueron llamados a posesionarse. 4. Por indebida destinación de dineros públicos. 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado. Parágrafo. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor. Artículo 184. La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano”.
- 2064 Ley 1437 de 2011. “Artículo 143. *Pérdida de investidura*. A solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano y por las causas establecidas en la Constitución, se podrá demandar la pérdida de investidura de congresistas. // Igualmente, la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental, del Concejo Municipal, o de la junta administradora local, así como cualquier ciudadano, podrá pedir la pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles”.
- 2065 Acerca de la responsabilidad política GIOVANNA VISINTINI. *¿Qué es la responsabilidad civil?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 27, anota:

“Por responsabilidad política se entiende aquella que puede resultar a cargo de quien es titular de poderes públicos y que se presenta frente a los electores o, si se trata de ministros, frente al parlamento. Se afirma habitualmente que la responsabilidad política no es una verdadera y propia responsabilidad jurídica, ya porque en ella falta esa relación, prevista en el sistema normativo, entre un cierto hecho y determinadas consecuencias desfavorables, ya porque se discute si las consecuencias desfavorables que siguen a ella se pueden calificar como sanciones”.

- 2066 “Los presupuestos anteriores permiten a la Corte concluir que el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del *ius puniendi* deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable. Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión”: Corte Constitucional. Sentencia SU-424 de 2016.
- 2067 Constitución Política de Colombia. “Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.
- 2068 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 13 de noviembre de 2008, exp. 16335; 6 de marzo de 2008, exp. 30696; del 31 de mayo de 2006, exp. 28448; cfr. igualmente Corte Constitucional. Sentencias C-778 del 11 de septiembre de 2003; C-965 del 21 de octubre de 2003, y C-832 del 8 de agosto de 2001.
- 2069 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 16335.
- 2070 “De acuerdo con lo establecido en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber: a) Que una entidad pública haya sido condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria y c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas”: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de diciembre de 1993, exp. 7818, y Auto del 22 de octubre de 1997, exp. 13977.
- 2071 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 16335: “El cumplimiento negligente e irresponsable de las obligaciones que le correspondían al funcionario llamado en garantía, configura su culpa grave como causa del perjuicio recibido por el demandante. Esta culpa, definida por el artículo 63 del Código Civil que siguiendo al Derecho Romano la asimila al dolo, es aquella que consiste ‘en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios’. Toda vez que el perjuicio por el cual debe responder la entidad demandada, tuvo como causa una conducta gravemente culposa de su agente, dicha entidad deberá repetir contra él, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 90 de la C. N.”; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 1994, exp. 8483.
- 2072 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 1992, exp. 7217.
- 2073 *Ibid.* Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 16335.
- 2074 “De conformidad con el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, los perjudicados pueden demandar ante esta jurisdicción al funcionario, a la entidad o a ambos, pero en los eventos en que se demanda tanto a la entidad como al funcionario no se configura una solidaridad entre éstos. Por lo tanto, si prospera la demanda se condenará a la entidad al pago de la indemnización y ésta deberá repetir contra el funcionario. Ahora bien, la Ley 678 de 2001 reglamentó la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución, la cual deberá ejercerse contra el servidor, el ex servidor público o el particular investido de funciones públicas, que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a que se condene al Estado. No obstante, la ley permite a la entidad optar por llamarlos en garantía dentro del proceso, en vez de esperar a que éste culmine para iniciar la acción de repetición (art. 2.º). Se destaca lo relacionado con los legitimados para ejercer la acción de repetición que, según el artículo 8.º de la ley, son, en primer lugar, la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero al funcionario, se condenará sólo a aquélla, la cual podrá repetir contra éste lo pagado; debe advertirse que la finalidad de la norma no es la de proteger el patrimonio de la entidad sino favorecer a la víctima permitiendo obtener en un mismo proceso la reparación integral del daño, bien sea del Estado o del funcionario que lo causó. En efecto, la opción que tiene el perjudicado para dirigir la demanda también contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió la responsabilidad de la entidad, tiene como finalidad dar cumplimiento a los principios de economía procesal y el acceso eficaz a la administración de justicia, en tanto que dicha opción representa para éste la posibilidad de obtener la reparación del daño también en los eventos en los que se considere que el hecho causante del mismo obedeció exclusivamente a la culpa personal del funcionario, desligada del servicio público. De no ser así, una vez resuelto por esta jurisdicción el proceso de reparación en el que se declare esa situación, le correspondería al demandante iniciar un nuevo proceso ante la jurisdicción ordinaria, con el consecuente deber de acreditar todos los elementos de la responsabilidad; el riesgo de que la acción haya caducado o que el juez de la causa tenga un criterio diferente en relación con la responsabilidad que le incumbe a ese funcionario”; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de mayo de 2003, exp. 23532; cfr. también Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 16 de febrero de 2006, exp. 14307, y 3 de octubre de 2007, exp. 24844.
- 2075 “En este sentido, la responsabilidad civil del funcionario público actúa como instrumento correctivo frente a la injusticia irrogada contra la víctima, pues tan relevante es que la autoridad estatal sea juzgada y encontrada responsable de este tipo de actos como también que los servidores por cuyo proceder aquella vio comprometida su responsabilidad asuman, con su propio patrimonio, las consecuencias que de ello se derivan. Con otras palabras, el deber convencional y constitucional de investigar y, en dado caso, sancionar casos estructurados como graves violaciones a derechos humanos no se agota con la declaratoria de responsabilidad del Estado por tales hechos, por el contrario, considerando una perspectiva amplia y sustantiva de los derechos de las víctimas y del deber estatal de depurar y asegurar el cumplimiento de tal normatividad al interior de sus instituciones y servidores, es claro que concurren al logro de este objetivo todos aquellos instrumentos penales, administrativos, disciplinarios, fiscales y civiles enderezados a la responsabilidad de los servidores o ex servidores estatales”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 1.º, 9 y 12 de septiembre de 2016, exps. 56761, 52021, 55765.
- 2076 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 13 de noviembre de 2008, exp. 16335, y 9 de junio de 2010, exp. 37722.
- 2077 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 16335; cfr. también Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 8 de abril de

1994, exp. 13386, y Sentencia del 23 de noviembre de 2005, exp. 15745. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-333 del 1.º de agosto de 1996, y C-619 del 8 de agosto de 2002.

- 2078 “La jurisdicción contencioso administrativa debe conocer de la acción, si se toma en cuenta lo previsto por el artículo 78 del CCA, al señalar que los perjudicados podrán demandar ante esta jurisdicción, ‘según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o ambos’, y que, precisamente, para el caso de que prospere la demanda contra la entidad o contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió no sólo su responsabilidad, sino la del ente público al cual estaba adscrito y se considere que tal servidor debe responder, ‘la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere [...] En las condiciones anteriormente relacionadas se concluye que la acción de repetición derivada del artículo 90 de la actual Carta Política, en concordancia con las disposiciones legales mencionadas, cuya vigencia anterior en nada obstaculiza el desarrollo y aplicación del precepto constitucional citado, debe ejercitarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo’”; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 8 de septiembre de 1994, exp. 10006, y Sala Plena, 28 de noviembre de 1994, exp. AR-004.
- 2079 Respecto de la aplicación de las normas sustanciales en los casos de acción de repetición, se ha entendido que si los hechos que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad civil frente al Estado; cfr. Sentencias del 5 de diciembre de 2006, exp. 22056; 2 de mayo de 2007, exp. 18621; 6 de marzo de 2008, exp. 26227, y 16 de julio de 2008, exp. 29221. En caso de verificarse que los hechos del pleito de repetición son anteriores a la vigencia de la Ley 678 de 2001, la autoridad administrativa corre con la plena carga de la prueba para la demostración de la culpa grave o dolo del agente demandado, con arreglo a las nociones del artículo 63 del Código Civil y los artículos 77 y 78 del Decreto-Ley 01 de 1984. Respecto de esta última circunstancia advertida la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado: “El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77 y 78 del CCA. Así dijo que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6.º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley. // Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta’”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 1.º de septiembre de 2016, exp. 56761.
- 2080 “Artículo 142. *Repetición*. 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”.
- 2081 Pues bien, en esa oportunidad la Sala se apartó de esa apreciación para avanzar en una valoración más objetiva y amplia que vincula la responsabilidad de las personas jurídicas en sede de repetición, en un escenario de culpa o dolo probados, esto es, que no propicia la presunción de culpa o dolo, a menos que se halle en los eventos presuntivos descritos en los artículos 5.º y 6.º de la Ley 678 de 2001. “En efecto, aunque las personas jurídicas son entes completamente distintos de las personas que las constituyen, debe preverse que toda persona jurídica se encuentra constituida y desarrolla su actividad social o económica a través de individuos o personas físicas. Teniendo en cuenta este razonamiento y la capacidad que el ordenamiento le otorga a las personas jurídicas, éstas son responsables de los hechos y actos en que concurren como causa de la conducta o comportamiento de las personas a través de las cuales desempeña sus actividades, ya sea que éstos tengan o no el poder de representación o se trate de simples dependientes o subordinados. [...] Dicho de otra manera, así como los individuos tienen una personalidad individual porque forman un organismo dotado de una estructura física y psíquica a quien el orden jurídico le reconoce voluntad para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones y deberes, las personas colectivas constituyen también un organismo, pero ya no un organismo individual sino un organismo social, compuesto por personas individuales que conforman su estructura, por lo cual este organismo también es dotado de voluntad y personalidad. // Así las cosas, las personas jurídicas deben responder por los daños ocasionados por el hecho u acto de los individuos que ejercen o participan en el desarrollo de su objeto social, ya sea a título de dolo o culpa, pues no existe ninguna razón para exonerar de responsabilidad patrimonial al ente colectivo”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de septiembre de 2016, exp. 56284.
- 2082 Elemento en el que cabe tener en cuenta lo establecido por el inciso tercero del artículo 142 de la Ley 1437 de 2011 donde se establece que basta con la certificación del tesorero, pagador o similar que dé fe de que la entidad realizó el pago de la condena para iniciar el proceso judicial.
- 2083 “[...] 4.4.17. En claro estos hechos, no pierde de vista la Sala que la *ratio* que cimienta la acción de repetición es la responsabilidad personalísima del agente estatal, de ahí que el juicio de reproche solo pueda abrirse paso, inicialmente, con la constatación de un actuar (u omisión jurídica relevante) propio, autónomo y personal del Agente, pues sólo así hay lugar a achacarle al servidor el desvalor de su conducta a título de dolo o culpa grave, como lo pregona el artículo 90 de la Constitución Política [...] 4.4.18. Y es que ello obedece a eminentes razones de imputación objetiva, pues solo así hay lugar a abordar el juicio de atribución de responsabilidad con apoyo en razones normativas, superando los escenarios del mero causalismo como criterio rector del juicio de responsabilidad subjetiva, como lo ha sentenciado esta Sala en anteriores ocasiones: la imputación objetiva implica la ‘atribución’, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de ‘cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta’”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de septiembre de 2016, exp. 53857.
- 2084 Ley 1437 de 2011. “Artículo 136. *Control inmediato de legalidad*. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código. // Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento”.
- 2085 Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencias del 25 de febrero de 1997, exp. CA 005; 9 de febrero de 1999, exp. CA 008; 21 de junio de 1999, exp. CA 023; 18 de marzo de 2003, exp. 2003-0219; 23 de noviembre de 2010, exp. 2010-00196, y 22 de febrero de 2011, exp. 2010-00452.
- 2086 Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 31 de mayo de 2011, exp. 2010-00388.
- 2087 Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 31 de mayo de 2011, exp. 2010-00388; cfr. también Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencias del 20 de octubre de

2009, exp. 2009-00549, y 16 de junio de 2009, exp. 2009-00305; y Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994.

- 2088 Constitución Política de Colombia. “Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. // También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. // Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.
- 2089 “Artículo 144. *Protección de los derechos e intereses colectivos*. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. // Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. // Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, 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. 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. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda”.
- 2090 “Entonces, el hecho que el legislador haya establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 que el juez de la acción popular no puede decidir sobre la anulación de los actos administrativos y contratos estatales, en nada afecta el carácter principal o autónomo y no subsidiario de la acción. Se trata 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 2011 a partir de su artículo 135”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 2011.
- 2091 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014, exp. 2010-00768.
- 2092 Al respecto el Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en Sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 2012-02201 señaló como parámetro general el término de 6 meses para verificar el requisito de inmediatez en la acción de tutela contra decisiones judiciales. No obstante, la Corte Constitucional ha precisado que ese término debe ser flexible, no rígido y absoluto por lo cual ha sostenido que existen casos excepcionales en los que, valorando las particularidades, puede extenderse hasta 2 años; cfr. Sentencia T-246 de 2015.
- 2093 Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005.
- 2094 *Ibid.* Sentencia SU-770 de 2014; en el mismo sentido cfr. Sentencia T-064 de 2016.
- 2095 *Ibid.* Sentencia SU-770 de 2014; en el mismo sentido cfr., entre otras, Sentencias T-031 de 2016, T-426 de 2016.
- 2096 A partir del fallo T-1306 de 2001 la Corte Constitucional ha elaborado una sólida jurisprudencia con respecto a la tesis del “exceso ritual manifiesto”; cfr. así mismo, entre otros, los siguientes pronunciamientos: T-1306 de 2001; T-1123 de 2002; T-950 y T-974 de 2003; T-289 de 2005; T-1091 de 2008; T-052 y T-264 de 2009; T-268 de 2010; T-591 de 2011; T-213 de 2012; T-363 y T-605 de 2013; T-104, SU-774, T-916 y T-926 de 2014; T-201, T-339 y SU-636 de 2015, entre otras decisiones.
- 2097 Corte Constitucional. Sentencia SU-172 de 2015.
- 2098 *Ibid.* Sentencias T-203 y T-605 de 2015; SU-217 y SU-448 de 2016; en particular, en cuanto a ese vicio tratándose de laudos arbitrales, cfr. Sentencias SU-500 de 2015 y SU-556 de 2016.
- 2099 *Ibid.* Sentencia T-863 de 2013.
- 2100 *Ibid.* Sentencia SU-198 de 2013.
- 2101 *Ibid.* Sentencia SU-448 de 2016.
- 2102 Ley 1437 de 2011. “Artículo 145. *Reparación de los perjuicios causados a un grupo*. Cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia. // 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”.
- 2103 Recientemente los medios de comunicación han puesto a debate la decisión judicial que en su momento el Tribunal Administrativo del Valle profirió condenando al Estado en cabeza de la empresa EPSA y de la Corporación Autónoma Regional del Valle –CVC– al pago de una indemnización, en ejercicio de la acción de grupo, por valor de US\$94.053.521, que representa para cada grupo familiar aproximadamente US\$30.985. Según la *Revista Semana*: “El río Anchicayá nace en la parte alta de la cordillera Occidental, en una zona boscosa conocida como Los Farallones en límites de Cauca y el Valle. Se descuelga a lo largo de 575 kilómetros hasta desembocar en el Océano Pacífico, en la bahía de Buenaventura. Más de 3.000 personas asentadas en la ribera del río vivían de él hasta que sus aguas se convirtieron en un lodazal ‘afectando cultivos de pan coger, la actividad de pesca, la economía doméstica y la salud de los habitantes del sector’, según la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle, que condenó a la Empresa de Energía del Pacífico –EPSA– y a la Corporación Ambiental del Valle –CVC–. El fallo, que data de 2009, confirmó una sentencia de primera instancia y señaló a dichas entidades como causantes de ‘una catástrofe social y ambiental de grandes proporciones’, por lo que las condenó a pagar \$166.945 millones a las víctimas. La comunidad se vio afectada por la contaminación del río Anchicayá al recibir, en 2001 y durante dos meses, 500.000 m³ de lodo acumulado en una represa de la hidroeléctrica EPSA, así como por la CVC, que no ejerció la vigilancia debida. Más allá del monto que sigue pendiente de ser pagado –y que en la práctica se traduce en \$55 millones para cada familia–, lo trascendental de la sentencia es que si resulta ratificada por el Consejo de Estado, sentará jurisprudencia respecto de las responsabilidades de las empresas encargadas de explotar recursos naturales en el país. En ese sentido, el fallo del Tribunal enfatiza en la necesidad de realizar esa labor ‘con el máximo cuidado, dada la peligrosidad de la misma y el impacto ambiental, ecológico, económico y social que se puede generar en su ejecución’. Cfr. [<http://www.semana.com/nacion/caso-del-rio-anchicaya-fallo-trascendente-para-medio-ambiente/175007-3.aspx>], consultada el 28 de abril de 2012.

2104 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-302 de 2012.

2105 Al respecto la jurisprudencia ha sostenido: “[...] 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (arts. 13, 228 y 229 CP). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 2009; en el mismo sentido Sentencia C-490 de 2000.

2106 “[...] 4 [...] el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*. // 5 [...] en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”; cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución del 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros; en el mismo sentido cfr. Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 marzo de 2006, considerando cuarto; Caso del Internado Judicial de Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 13 de enero de 2006, considerando cuarto.

2107 GIUSEPPE CHIOVENDA. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Edit. Jovene, 1960, p. 147.

2108 EBERHARD SCHMIDT-ASSMAN. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons e INAP, 2003, p. 237.

2109 Como se ha sostenido, estos principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* significan que “siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares). En cuanto hace al elemento del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho se tiene que: “... una adecuada hermenéutica de esta exigencia implica un juicio *prima facie* donde el juez escruta la verosimilitud fáctica y jurídica de lo pretendido por el solicitante de la medida; ello es así toda vez que el instituto cautelar hunde sus raíces en la protección transitoria de aquellas situaciones jurídicas, en abstracto o en particular, que por la relevancia, razonabilidad o seriedad planteada son merecedoras de un amparo judicial anticipado a lo largo del juicio contencioso. // 2.7. Refulge, entonces, que este juicio normativo preliminar no solo integra ingredientes sustanciales o de fondo, que abrirían paso a lo pedido, sino también aquellos presupuestos procedimentales que gobiernan, por caso, los medios de control de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ergo tanto vale llevar razón del fondo del pleito como que se ajuste a las formas procesales que provea la legislación, dado que la carencia de uno de estos últimos forzaría a dictaminar la ineptitud sustantiva de la demanda y una inhibición por decisión”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 22 de noviembre de 2016, exp. 55084.

2110 En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

* Capítulo elaborado y revisado con la colaboración de MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.

2111 Ley 489 de 1998 “... por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

2112 Constitución Política. “Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...] 15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley. // 16. Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas que defina la ley [...]”.

2113 Artículo 1.º Ley 489 de 1998.

2114 Artículo 2.º *ibíd.*

2115 El principio de buena fe implica que las actuaciones, tanto de los particulares como de las autoridades, deberán ceñirse a sus postulados, y se presumirá en las gestiones de aquéllos frente a éstas; se presume el comportamiento fiel y leal de las autoridades y los particulares en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. Sobre el principio de buena fe la Corte Constitucional se ha pronunciado en innumerables oportunidades.

2116 El principio de igualdad implica que todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades, gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ningún tipo de discriminación; sin embargo la Administración tendrá el deber de prestar un trato y protección especial a grupos discriminados o marginados, o a quienes por sus condiciones se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Al respecto cfr. la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Este principio está íntimamente ligado al de imparcialidad, el cual implica el deber de las autoridades de actuar teniendo en cuenta la finalidad de los procedimientos, sin que medien por ningún motivo elementos de carácter subjetivo, que den lugar a algún tipo de discriminación, sin que pueda mediar ningún tipo de interés, directo o indirecto.

2117 La moralidad, como un principio rector del ordenamiento jurídico colombiano, es la obligación que recae en cabeza de todos y cada uno de los habitantes del territorio nacional, de actuar con rectitud, honestidad y lealtad en todas las actuaciones, en este caso, concretamente en las actuaciones administrativas; al respecto cfr. la jurisprudencia de la Corte Constitucional

2118 El principio de celeridad implica tanto el deber de las autoridades de impulsar oficiosamente los procedimientos y el uso de medios y tecnologías que incluyan diligencia, como el derecho de los administrados a obtener un proceso sin dilaciones injustificadas; así, en palabras de la Corte Constitucional, los procedimientos deben llevarse a cabo en un plazo razonable y guardando un equilibrio constante con el derecho de defensa, el cual permite a los asociados controvertir pruebas y elementos de juicio, e interponer los recursos procedentes.

- 2119 En relación con el principio de economía la ley trae una definición directamente relacionada con los principios de eficiencia y eficacia, pues aquel, el de economía, implica que las autoridades deben actuar con austeridad y eficiencia, optimizando el uso de los recursos a su alcance y procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones
- 2120 Eficiencia y eficacia se refieren, de un lado, a la elección de los medios adecuados para el cumplimiento de sus objetivos, y de otro, al deber que radica en cabeza de las autoridades de buscar la finalidad de los procedimientos y procurar la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa, respectivamente, es decir, el cumplimiento de las determinaciones de la Administración.
- 2121 En lo relativo al principio de participación, la ley lo define como aquel en virtud del cual “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”, y al respecto, la Corte Constitucional ha aclarado que no se agota en el terreno de las decisiones políticas, y que por el contrario, se extiende a todos los aspectos de la vida en sociedad.
- 2122 Establece la ley que “... 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”, principio que ha sido calificado por la jurisprudencia constitucional como un elemento esencial del derecho fundamental al debido proceso.
- 2123 Artículo 3.º Ley 489 de 1998.
- 2124 El debido proceso abarca no solo las garantías de jurisdicción, juez natural, publicidad, imparcialidad e independencia, y el acatamiento de las normas procedimentales, sino también las garantías de representación, defensa y contradicción, y la carga de argumentación.
- 2125 Artículo 3.º Ley 1437 de 2011.
- 2126 Artículo 56 Ley 489 de 1998.
- 2127 Constitución Política de Colombia. “Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 1. Nombrar y separar libremente a los Ministros del Despacho y a los Directores de Departamentos Administrativos. 2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso. 3. Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República. 4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado. 5. Dirigir las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente. 6. Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera; y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso. 7. Permitir, en receso del Senado, previo dictamen del Consejo de Estado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República. 8. Instalar y clausurar las sesiones del Congreso en cada legislatura. 9. Sancionar las leyes. 10. Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento. 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. 12. Presentar un informe al Congreso, al iniciarse cada legislatura, sobre los actos de la Administración, sobre la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, y sobre los proyectos que el Gobierno se proponga adelantar durante la vigencia de la nueva legislatura. 13. Nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. En todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes. 14. Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales. 15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley. 16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley. 17. Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos. 18. Conceder permiso a los empleados públicos nacionales que lo soliciten, para aceptar, con carácter temporal, cargos o mercedes de gobiernos extranjeros. 19. Conferir grados a los miembros de la fuerza pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173. 20. Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes. 21. Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley. 22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. 23. Celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley. 24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles. 25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley. 26. Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores. 27. Conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley. 28. Expedir cartas de naturalización, conforme a la ley”.
- 2128 Al respecto en la Sentencia C-594 de 1995 la Corte Constitucional señaló: “El cargo de Vicepresidente corresponde a un empleo público y sus funciones están determinadas en la Constitución. Igualmente, es el Presidente la única autoridad que puede asignarle funciones adicionales, bien confiándole misiones o encargos especiales o mediante el mecanismo de la designación en un cargo de la rama ejecutiva”.
- 2129 Artículo 56, parágrafo 1.º Ley 489 de 1998.
- 2130 Ídem.
- 2131 Corte Constitucional. Sentencia C-405 de 2013.
- 2132 Consejo de Estado. Sala de Servicio Civil y de Consulta. Sentencia del 3 de diciembre de 2009, exp. 11001-03-06-000-2009-00053-00 (1969).
- 2133 Disponible en [<http://www.senado.gov.co/comisiones/comisiones-legales/relaciones-exteriores>], consultada el 27 de enero de 2017.
- 2134 Constitución Política. Artículo 340; Ley 152 de 1994; Decretos 2284 de 1994, y 2250 de 2002.
- 2135 Disponible en [<http://www.senado.gov.co/comisiones/comisiones-especiales/comision-de-ordenamiento-territorial>], consultada el 27 de enero de 2017.

- 2136 Artículo 3.º Ley 63 de 1923.
- 2137 Artículo 2.º Decreto Ley 627 de 1974.
- 2138 Artículo 3.º Decreto 1159 de 1999.
- 2139 Artículo 5.º Decreto 2134 de 1992.
- 2140 Artículo 14 Ley 62 de 1993.
- 2141 Ley 585 de 1991, derogado por el artículo 35 de la Ley 1286 de 2009.
- 2142 Artículo 8.º Decreto 2828 de 2006.
- 2143 Constitución Política. Artículos 150-7, 189-16, 206; Ley 489 de 1998, artículos 10.º, 13, 16, 21, 23, 31, 34, 38-1, 39, 41, 42, 45, 46, 49, 50, 51 y 54.
- 2144 Constitución Política. “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica [...]”.
- 2145 Constitución Política. “Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...] 16. Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales [...]”.
- 2146 Constitución Política. “Artículo 206. El número, denominación y orden de precedencia de los ministerios y departamentos administrativos serán determinados por la ley”. Desarrollado por el artículo 57 de la Ley 489 de 1998: “De conformidad con el artículo 206 de la Constitución Política, el número, denominación y orden de precedencia de los ministerios y departamentos administrativos serán determinados por la ley. Compete al Presidente de la República distribuir entre ellos los negocios según su naturaleza”.
- 2147 Artículo 58 Ley 489 de 1998.
- 2148 Real Academia de la Lengua Española. Disponible en [<http://dle.rae.es/?id=PJmhppq>], consultada el 27 de enero de 2017.
- 2149 Ley 489 de 1998. “Artículo 59. Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales: 1. Preparar los proyectos de ley relacionados con su ramo. 2. Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes que se relacionen con tales atribuciones. 3. Cumplir con las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto. 4. Preparar los anteproyectos de planes o programas de inversiones y otros desembolsos públicos correspondientes a su sector y los planes de desarrollo administrativo del mismo. 5. Coordinar la ejecución de sus planes y programas con las entidades territoriales y prestarles asesoría, cooperación y asistencia técnica. 6. Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución. 7. Orientar, coordinar y controlar, en la forma contemplada por las respectivas leyes y estructuras orgánicas, las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que a cada uno de ellos estén adscritas o vinculadas. 8. Impulsar y poner en ejecución planes de desconcentración y delegación de las actividades y funciones en el respectivo sector. 9. Promover, de conformidad con los principios constitucionales, la participación de entidades y personas privadas en la prestación de servicios y actividades relacionados con su ámbito de competencia. Frase subrayada ‘y personas privadas’ declarada exequible, Sentencia C-702 de 1999 . Corte Constitucional. 10. Organizar y coordinar el Comité Sectorial de Desarrollo Administrativo correspondiente. 11. Velar por la conformación del Sistema Sectorial de Información respectivo y hacer su supervisión y seguimiento”.
- 2150 Ley 489 de 1998. “Artículo 60. *Dirección de los ministerios.* La dirección de los ministerios corresponde al Ministro, quien la ejercerá con la inmediata colaboración del viceministro o viceministros. Artículo 61. *Funciones de los ministros.* Son funciones de los ministros, además de las que le señalan la Constitución Política y las disposiciones legales especiales, las siguientes: a. Ejercer, bajo su propia responsabilidad, las funciones que el Presidente de la República les delegue o la ley les confiera y vigilar el cumplimiento de las que por mandato legal se hayan otorgado a dependencias del Ministerio, así como de las que se hayan delegado en funcionarios del mismo; b. Participar en la orientación, coordinación y control de las superintendencias, entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta, adscritas o vinculadas a su Despacho, conforme a las leyes y a los respectivos estatutos; c. Dirigir y orientar la función de planeación del sector administrativo a su cargo; d. Revisar y aprobar los anteproyectos de presupuestos de inversión y de funcionamiento y el prospecto de utilización de los recursos del crédito público que se contemplan para el sector a su cargo; e. Vigilar el curso de la ejecución del presupuesto correspondiente al Ministerio; f. Suscribir en nombre de la Nación y de conformidad con el Estatuto General de Contratación y la Ley Orgánica de Presupuesto, los contratos relativos a asuntos propios del Ministerio previa delegación del Presidente de la República; g. Dirigir las funciones de administración de personal conforme a las normas sobre la materia; h. Actuar como superior inmediato, sin perjuicio de la función nominadora, de los superintendentes y representantes legales de entidades descentralizadas adscritas o vinculadas. *Parágrafo.* La representación de la Nación en todo tipo de procesos judiciales se sujetará a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales relacionadas. Artículo 62. *Viceministros.* Son funciones de los viceministros, además de las que les señalan la Constitución Política, el acto de creación o las disposiciones legales especiales y, dependiendo del número existente en el respectivo Ministerio, las siguientes: a. Suplir las faltas temporales del Ministro, cuando así lo disponga el Presidente de la República. b. Asesorar al Ministro en la formulación de la política o planes de acción del Sector y asistirlo en las funciones de dirección, coordinación y control que le corresponden; c. Asistir al Ministro en sus relaciones con el Congreso de la República y vigilar el curso de los proyectos de ley relacionados con el ramo; d. Cumplir las funciones que el Ministro le delegue; e. Representar al Ministro en las actividades oficiales que éste le señale; f. Estudiar los informes periódicos u ocasionales que las distintas dependencias del Ministerio y las entidades adscritas o vinculadas a éste deben rendir al Ministro y presentarle las observaciones pertinentes; g. Dirigir la elaboración de los informes y estudios especiales que sobre el desarrollo de los planes y programas del ramo deban presentarse; h. Velar por la aplicación del Plan de Desarrollo Administrativo específico del sector respectivo; i. Representar al Ministro, cuando éste se lo solicite, en las juntas, consejos u otros cuerpos colegiados a que deba asistir; j. Garantizar el ejercicio del control interno y supervisar su efectividad y la observancia de sus recomendaciones. Artículo 63. *Unidades ministeriales.* La nomenclatura y jerarquía de las unidades ministeriales será establecida en el acto que determine la estructura del correspondiente Ministerio, con sujeción a la presente Ley y a la *reglamentación del Gobierno*. Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante la *Sentencia C-727 de 2000*, bajo el entendido de que el acto a que se refiere, que determina la estructura del correspondiente ministerio y en el cual señala la nomenclatura y jerarquía de las unidades ministeriales, es únicamente la ley; el texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE en la misma providencia. Artículo 64. *Funciones de los jefes o directores de las unidades ministeriales.* Son funciones de los jefes o directores de las distintas unidades ministeriales, además de la que les señalan la Constitución Política, el acto de creación y las disposiciones legales especiales, las siguientes: a. Ejercer las atribuciones que les ha conferido la ley o que les han sido delegadas; b. Asistir a sus superiores en el estudio de los asuntos correspondientes al Ministerio; c. Dirigir, vigilar y coordinar el trabajo de sus dependencias en la ejecución de los programas adoptados y en el despacho correcto y oportuno de los asuntos de su competencia; d. Rendir informe de las labores de sus dependencias y suministrar al funcionario competente apreciaciones sobre el personal bajo sus órdenes de acuerdo con las normas sobre la materia; e. Proponer las medidas que estime procedentes para el mejor despacho de los asuntos del Ministerio”.
- 2151 Ley 489 de 1998: “Artículo 65. *Organización y funcionamiento de los departamentos administrativos.* La estructura orgánica y el funcionamiento de los

departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley, se rigen por las normas de creación y organización. Habrá, en cada uno, un Director del Departamento y un Subdirector que tendrán las funciones, en cuanto fueren pertinentes, contempladas para el Ministro y los viceministros, respectivamente. // En los departamentos administrativos funcionarán, además, las unidades, los concejos, comisiones o comités técnicos que para cada uno se determinen”.

2152 Artículo 208 Constitución Política.

2153 Al respecto en la Sentencia C-805 de 2006 la Corte Constitucional señaló: “[...] dentro del marco constitucional y con plena observancia de las funciones, atribuciones y potestades directamente señaladas en la Constitución, dichas Superintendencias, en sus relaciones con la suprema autoridad administrativa – Presidente de la República– y con los jefes de las diferentes sectores administrativos –ministros y directores de departamento administrativo– se encauzan unas veces a través del modelo de la desconcentración administrativa (Superintendencias sin personería jurídica) [...]”.

2154 Artículo 66 Ley 489 de 1998.

2155 Artículo 67 ibíd.

2156 Ley 489 de 1998. “Artículo 68. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas [...]”.

2157 Ley 489 de 1998. “Artículo 68 [...] Parágrafo [...] Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos. // Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley”.

2158 Ley 489 de 1998. “Artículo 69. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política”.

2159 Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 1995: “Los establecimientos públicos [...] como entidades descentralizadas están dotados de un conjunto de cualidades, entre las cuales se destaca la autonomía administrativa, con la cual cuenta la entidad para organizarse y gobernarse a sí misma; la personalidad jurídica y el patrimonio independiente son dos elementos concebidos en apoyo de la autonomía administrativa de estos entes descentralizados, pues son garantía de independencia en el desarrollo de sus actividades; además, la autonomía a través de la descentralización conduce a una mayor libertad de las diversas instancias en la toma de decisiones, y como consecuencia de ello, una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública, la cual se mide por la incidencia que una entidad descentralizada tiene en el desarrollo y en la aplicación de normas jurídicas”.

2160 Ley 489 de 1998. “Artículo 70. Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características: a. Personería jurídica; b. Autonomía administrativa y financiera; c. Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes”.

2161 Respecto de las personas jurídicas de derecho público ha dicho la Corte Constitucional que: “[...] una persona jurídica tiene derecho a la igualdad, a la inviolabilidad de domicilio, petición, debido proceso, libertad de asociación, acceso a la administración de justicia y el derecho al buen nombre, sin que esta enunciación pretenda ser exhaustiva”; cfr. Sentencia T-317 de 2013.

2162 Ley 489 de 1998. “Artículo 71. La autonomía administrativa y financiera de los establecimientos públicos se ejercerá conforme a los actos que los rigen y en el cumplimiento de sus funciones, se ceñirán a la ley o norma que los creó o autorizó y a sus estatutos internos[...]”

2163 Ley 489 de 1998. “Artículo 71. [...] no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en ellos”.

2164 Ley 489 de 1998. “Artículo 74. *Cabalidad de los miembros de los consejos directivos.* Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo”.

2165 Ley 489 de 1998. “Artículo 76. *Funciones de los consejos directivos de los establecimientos públicos.* Corresponde a los consejos directivos de los establecimientos públicos: a. Formular a propuestas del representante legal, la política general del organismo, los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y a través de éstos, al Plan Nacional de Desarrollo; b. Formular a propuestas del representante legal, la política de mejoramiento continuo de la entidad, así como los programas orientados a garantizar el desarrollo administrativo; c. Conocer de las evaluaciones semestrales de ejecución presentadas por la administración de la entidad; d. Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones de la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzcan de conformidad con lo dispuesto en sus actos de creación o reestructuración; e. Aprobar el proyecto de presupuesto anual del respectivo organismo; f. Las demás que les señalen la ley, el acto de creación y los estatutos internos”.

2166 Ley 489 de 1998. “Artículo 72. *Dirección y administración de los establecimientos públicos.* La dirección y administración de los establecimientos públicos estará a cargo de un Consejo Directivo y de un director, gerente o presidente”.

2167 Ley 489 de 1998. “Artículo 75. Los ministros y directores de Departamento Administrativo y demás autoridades nacionales que puedan acreditar delegados suyos para formar parte de consejos directivos de establecimientos públicos, lo harán designando funcionarios del nivel Directivo o Asesor de sus correspondientes reparticiones administrativas o de organismos adscritos o vinculados a su Despacho. // Cuando se trate de consejos seccionales o locales se designará preferentemente funcionarios de la entidad territorial o de organismos descentralizados vinculados o adscritos a ella. Si además dichos consejos son presididos por el Gobernador o Alcalde de la jurisdicción a que corresponda el ejercicio de las funciones de los mismos, el Ministro o el Director de Departamento consultará al Gobernador o Alcalde, sin que por ese solo hecho exista obligación en la designación del delegado”.

2168 Ley 489 de 1998. “Artículo 73. Los consejos directivos de los establecimientos públicos se integrarán en la forma que determine el respectivo acto de creación. //

Todos los miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos deberán obrar en los mismos consultando la política gubernamental del respectivo sector y el interés del organismo ante el cual actúan. // Los consejos de los establecimientos públicos, salvo disposición legal en contrario, serán presididos por el Ministro o el Director del Departamento Administrativo a cuyo despacho se encuentre adscrita la entidad o por su delegado”.

2169 Artículo 77 Ley 489 de 1998.

2170 Ley 489 de 1998. “Artículo 77. El director, gerente o presidente de los establecimientos públicos será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República”.

2171 Ley 489 de 1998. “Artículo 78. El director, gerente o presidente será el representante legal de la correspondiente entidad, celebrará en su nombre los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, tendrá su representación judicial y extrajudicial y podrá nombrar los apoderados especiales que demande la mejor defensa de los intereses de la entidad. // A más de las que le señalen las leyes y reglamentos correspondientes, los representantes legales de los establecimientos públicos cumplirán todas aquellas funciones que se relacionen con la organización y funcionamiento, con el ejercicio de la autonomía administrativa y la representación legal, que no se hallen expresamente atribuidas a otra unidad. // En particular les compete: a. Dirigir, coordinar, vigilar y controlar la ejecución de las funciones o programas de la organización y de su personal; b. Rendir informes generales o periódicos y particulares al Presidente de la República, al Ministro o Director de Departamento Administrativo respectivo, sobre las actividades desarrolladas, la situación general de la entidad y las medidas adoptadas que puedan afectar el curso de la política del Gobierno. Parágrafo. Los establecimientos públicos nacionales, solamente podrán organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial. En este caso, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal”.

2172 Ley 489 de 1998. “Artículo 80. *Ejercicio de privilegios y prerrogativas.* Los establecimientos públicos, como organismos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación”.

2173 Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 1995: “[...] las empresas industriales y comerciales del Estado como entidades descentralizadas están dotadas de un conjunto de cualidades, entre las cuales se destaca la autonomía administrativa, con la cual cuenta la entidad para organizarse y gobernarse a sí misma; la personalidad jurídica y el patrimonio independiente son dos elementos concebidos en apoyo de la autonomía administrativa de estos entes descentralizados, pues son garantía de independencia en el desarrollo de sus actividades; además, la autonomía a través de la descentralización conduce a una mayor libertad de las diversas instancias en la toma de decisiones, y como consecuencia de ello, una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública, la cual se mide por la incidencia que una entidad descentralizada tiene en el desarrollo y en la aplicación de normas jurídicas”.

2174 Respecto de las personas jurídicas de derecho público, ha dicho la Corte Constitucional que: “[...] una persona jurídica tiene derecho a la igualdad, a la inviolabilidad de domicilio, petición, debido proceso, libertad de asociación, acceso a la administración de justicia y el derecho al buen nombre, sin que esta enunciación pretenda ser exhaustiva”; cfr. Sentencia T-317 de 2013.

2175 Ley 489 de 1998. “Artículo 86. La autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales del Estado se ejercerá conforme a los actos que las rigen; en el cumplimiento de sus actividades, se ceñirán a la ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos; además de las actividades o actos allí previstos, podrán desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado”.

2176 Ley 489 de 1998. “Artículo 85. [...] constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución. El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal”.

2177 Ley 489 de 1998. “Artículo 87. Las empresas industriales y comerciales del Estado como integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo disposición legal en contrario, gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, según el caso. // No obstante, las empresas industriales y comerciales del Estado, que por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas”.

2178 Artículo 88 Ley 489 de 1998.

2179 Ley 489 de 1998. “Artículo 89. La integración de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, la calidad y los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se regirán por la disposiciones aplicables a los establecimientos públicos conforme a la presente Ley. Además, los delegados de organizaciones privadas en las juntas directivas de las empresas no podrán ostentar cargos de dirección en empresas privadas que desarrollen actividades similares a las de las empresas ante la cual actúan y en todo caso deberán declararse impedidos cuando ocurran conflictos de intereses”.

2180 Ley 489 de 1998. “Artículo 90. *Funciones de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado.* Corresponde a las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado: a. Formular la política general de la empresa, el plan de desarrollo administrativo y los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y, a través de éstos, al Plan Nacional de Desarrollo; b. Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones de la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca; c. Aprobar el proyecto de presupuesto del respectivo organismo; d. Controlar el funcionamiento general de la organización y verificar su conformidad con la política adoptada; e. Las demás que les señalen la ley y los estatutos internos”.

2181 Ley 489 de 1998. “Artículo 91. El Gerente o Presidente será el representante legal de la correspondiente entidad y cumplirá todas aquellas funciones que se relacionen con la organización y funcionamiento que no se hallen expresamente atribuidas a otra autoridad”.

2182 Ley 489 de 1998. “Artículo 93. *Régimen de los actos y contratos.* Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”.

2183 Ley 489 de 1998. “Artículo 94. *Asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado.* Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio. Salvo las reglas siguientes: 1. Filiales de las Empresas Industriales y Comerciales. Para los efectos de la presente Ley se entiende por empresa filial de una empresa industrial y comercial del Estado aquella en que participe una empresa industrial y comercial del Estado con un porcentaje superior al 51% del capital total. 2. Características jurídicas. Cuando en el capital de las empresas filiales participen más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad descentralizada, la empresa filial se organizará

- como sociedad comercial de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio. 3. Creación de filiales. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades territoriales que concurran a la creación de una empresa filial actuarán previa autorización de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal, la cual podrá constar en norma especial o en el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes. 4. Régimen jurídico. El funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria. 5. Régimen especial de las filiales creadas con participación de particulares. Las empresas filiales en las cuales participen particulares se sujetarán a las disposiciones previstas en esta Ley para las sociedades de economía mixta. 6. Control administrativo sobre las empresas filiales. En el acto de constitución de una empresa filial, cualquiera sea la forma que revista, deberán establecerse los instrumentos mediante los cuales la empresa industrial y comercial del Estado que ostente la participación mayoritaria asegure la conformidad de la gestión con los planes y programas y las políticas del sector administrativo dentro del cual se actúen”.
- 2184 Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999: “El artículo 66 de la Ley 489 de 1988, no vulnera la Constitución Política, en sus artículos 4 y 150-7, al disponer la existencia de superintendencias sin personería jurídica, porque como se vio, el Constituyente le confirió autonomía al órgano legislativo, para determinar la estructura de estas entidades, y en ese orden de ideas, las superintendencias pueden estar dotadas o no de personería jurídica”
- 2185 Ibíd. Sentencia C-722 de 1999: “Una de las modalidades prácticas del fenómeno administrativo de la desconcentración es la figura de las ‘unidades administrativas especiales’, presente en nuestro derecho administrativo desde la expedición del Decreto 1050 de 1968. El Gobierno, previa autorización legal, podría organizar unidades administrativas especiales para la más adecuada atención de ciertos programas, propios ordinariamente de un ministerio o departamento administrativo, pero que por su naturaleza o por el origen de los recursos que utilizarán, no deberían ser sometidos al régimen administrativo ordinario”.
- 2186 Ley 489 de 1998. “Artículo 82. Las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería jurídica, son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos”.
- 2187 Respecto de sus características, la Corte Constitucional manifestó en la Sentencia C-171 de 2012: “La jurisprudencia de esta Corte ha explicado respecto del régimen y naturaleza de las Empresas Sociales del Estado que (i) la Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social y definió en el artículo 94 la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado; (ii) que el objeto de estas Empresas es la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social; (iii) que estas Empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada creada por el Legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7; (iv) que son entes que no pueden confundirse y se diferencian claramente de los establecimientos públicos, ya que la Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las Empresas Sociales del Estado, reconociéndoles una categoría diferente a la de los establecimientos públicos; (v) que estas Empresas como nueva categoría de entidades descentralizadas y concebidas con un objeto específico definido por la propia ley, de conformidad con los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el Legislador, se rigen por unas reglas y una normatividad especial; (vi) que la Ley señala que estas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa; y (vii) que es al Legislador a quien corresponde su creación, por la propia naturaleza de creación legal de estas entidades, y que igualmente se encuentra facultado ampliamente para determinar su estructura orgánica”.
- 2188 Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012: “Sobre la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado, la jurisprudencia constitucional ha sintetizado que éstas ‘son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas’. Así mismo, ha explicado la naturaleza jurídica particular, la regulación especial y la competencia en cabeza del Legislador para determinar la estructura orgánica de estas entidades, en razón a que ‘las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos, y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica ante todo en la atención de salud. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para establecer su estructura orgánica’”.
- 2189 Ley 489 de 1998. “Artículo 83. Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente Ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicione”.
- 2190 Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007: “El constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial”.
- 2191 LIBARDO R. RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo. General y colombiano*, 14.^a ed., Bogotá, Temis, 2005, p. 139.
- 2192 Ley 393 de 1991. “Artículo 1.º. *Modalidades de asociación*. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares bajo dos modalidades. 1. Mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones. 2. Mediante la celebración de convenios especiales de cooperación”.
- 2193 Ley 393 de 1991. “Artículo 9.º. De conformidad con las normas generales la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con otras entidades públicas de cualquier orden, para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, bajo las modalidades previstas en este Decreto”.
- 2194 Artículo 68 Ley 489 de 1998.
- 2195 Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007: “La vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le

- corresponde 'crear o autorizar la constitución de [...] sociedades de economía mixta' del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben los artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial”.
- 2196 Ley 489 de 1998. “Artículo 49. [...] Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal”.
- 2197 Corte Constitucional. Sentencia C-953 de 1999.
- 2198 Ley 489 de 1998. “Artículo 97. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado”.
- 2199 Artículo 38 párrafo 1.º Ley 489 de 1998.
- 2200 Ley 489 de 1998. “Artículo 100. *Naturaleza de los aportes estatales*. En las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita. El Estado también podrá aportar títulos mineros y aportes para la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado. // El aporte correspondiente se computará a partir del momento en que se realicen de manera efectiva o se contabilicen en los respectivos balances los ingresos representativos”.
- 2201 Artículo 98 Ley 489 de 1998.
- 2202 Ley 489 de 1998. “Artículo 99. La representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad. Lo anterior no se aplicará cuando se trate de inversiones temporales de carácter financiero en el mercado bursátil. Cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos”.
- 2203 Una clara muestra del desarrollo de este artículo se encuentra en el surgimiento de las agencias en Colombia; por ejemplo, la Agencia Nacional de Tierras fue creada mediante el Decreto 2363 de 2015, proferido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1753 de 2015; la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado fue creada por la Ley 1444 de 2011; la Agencia Nacional de Televisión creada por la Ley 1507 de 2012.
- 2204 Artículo 49 Ley 489 de 1998.
- 2205 Ídem.
- 2206 Ley 489 de 1998. “Artículo 50. [...] Párrafo. Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos; las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación”.
- 2207 Artículo 50 Ley 489 de 1998.
- 2208 Al respecto la Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia C-044 de 2006: “El artículo 189.15 constitucional atribuye al Presidente de la República la facultad de fusionar entidades u organismos administrativos del orden nacional de conformidad con la ley, y precisamente el artículo segundo de la Ley 790 de 2002 establece el marco normativo para el ejercicio de la correspondiente atribución presidencial. Se trata como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional de una ley ordinaria que regula una atribución presidencial de carácter permanente, la cual debe ser ejercida dentro de los límites señalados por la Constitución y por el propio texto legal. Por lo tanto la facultad presidencial de fusión que regula esta disposición de rango legal es aquella que se ejerce mediante decretos reglamentarios, sujetos a la ley y a la Constitución, y es por lo tanto uno de los distintos mecanismos por medio de los cuales puede implementarse la fusión de entidades u organismos del orden nacional, pues como se señaló en acápites anteriores de esta decisión la jurisprudencia constitucional ha sostenido que ésta puede llevarse a cabo directamente por la ley, por medio de una ley de facultades extraordinaria y los decretos leyes expedidos en virtud de la delegación legislativa, o por un decreto reglamentario expedido en virtud del artículo 189.15 constitucional. Y es precisamente este último evento es el que regula el artículo 2.º de la Ley 790 de 2002”.
- 2209 Sobre las facultades del Presidente de la República y las posturas de la doctrina en Colombia, cuales son las de la suficiencia de las facultades ordinarias y la insuficiencia de las mismas, cfr. LAURA OSPINA MEJÍA y GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE. “Cambio de objetivos, modificación, traslado y supresión de funciones de entidades y organismos administrativos del orden nacional en proceso de reestructuración”, *Revista Universitas*, n.º 106, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2003, pp. 269-300.
- 2210 Corte Constitucional. Sentencia C-044 de 2006. “La facultad de armonizar la estructura de la entidad u organismo resultante de la fusión persigue fines constitucionalmente legítimos, cual es procurar la realización del conjunto de principios teleológicos y organizaciones que rigen la función administrativa. A su vez, dichos principios no sólo operan con un fin constitucional de la armonización, sino de manera simultánea como un límite a su implementación, pues serían desproporcionadas todos los cambios introducidos en la organización del organismo producto de la fusión que no estuvieran dirigidos a conseguir tales propósitos [...]”.
- 2211 Artículo 2.º Ley 790 de 2002.
- 2212 Artículo 2.º, párrafo 1.º Ley 790 de 2002.
- 2213 Al respecto el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre la sucesión procesal del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, en el Auto 42.523 del 22 de octubre de 2015, concluyó que: “[...] tratándose de entidades públicas, como la que interviene en el extremo pasivo del *sub judice*, otra circunstancia configuradora de sucesión procesal puede tener origen a partir de la alteración y/o cambio de competencias dispuestas por el ordenamiento jurídico. Con otras palabras, bien puede tener lugar una circunstancia en la cual sin presentarse extinción, fusión, escisión o supresión de una entidad pública, el legislador o el Gobierno Nacional, debidamente facultado, decidan acometer un traslado de competencias de una entidad a otra diferente, circunstancia esta que, necesariamente, repercutirá en la actuación judicial, pues será otro el órgano o persona jurídica de derecho público quien deba seguir asumiendo la defensa judicial del inicialmente convocado al proceso. Se trataría, entonces, de un caso de sucesión procesal por virtud de la Ley, *stricto sensu*”.

2214 Artículo 52 Ley 489 de 1998.

2215 Constitución Política de Colombia. “Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: 1. Reglamentar el ejercicio de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del Departamento. 2. Expedir las disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios, el turismo, el transporte, el ambiente, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera. 3. Adoptar de acuerdo con la Ley los planes y programas de desarrollo económico y social y los de obras públicas, con las determinaciones de las inversiones y medidas que se consideren necesarias para impulsar su ejecución y asegurar su cumplimiento. 4. Decretar, de conformidad con la Ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales. 5. Expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos. 6. Con sujeción a los requisitos que señale la Ley, crear y suprimir municipios, segregando y agregando territorios municipales, y organizar provincias. 7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta. 8. Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal. 9. Autorizar al Gobernador del Departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, *pro tempore*, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas Departamentales. 10. Regular, en concurrencia con el municipio, el deporte, la educación y la salud en los términos que determina la Ley. 11. Solicitar informes sobre el ejercicio de sus funciones al Contralor General del Departamento, Secretario de Gabinete, Jefes de Departamentos Administrativos y Directores de Institutos Descentralizados del orden Departamental. 12. Cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y la Ley. Los planes y programas de desarrollo de obras públicas, serán coordinados e integrados con los planes y programas municipales, regionales y nacionales. Las ordenanzas a que se refieren los numerales 3, 5 y 7 de este artículo, las que decretan inversiones, participaciones o cesiones de rentas y bienes departamentales y las que creen servicios a cargo del Departamento o los traspasen a él, sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador. 13. Citar y requerir a los Secretarios del Despacho del Gobernador para que concurran a las sesiones de la asamblea. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los Secretarios del Despacho del Gobernador no concurran, sin excusa aceptada por la asamblea, esta podrá proponer moción de censura. Los Secretarios deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en las sesiones posteriores por decisión de la asamblea. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión. 14. Proponer moción de censura respecto de los Secretarios de Despacho del Gobernador por asuntos relacionados con funciones propias del cargo, o por desatención a los requerimientos y citaciones de la asamblea. La moción de censura deberá ser propuesta por la tercera parte de los miembros que componen la asamblea. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, con audiencia pública del funcionario respectivo. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que integran la corporación. Una vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo”.

2216 Artículo 303 Constitución Política de Colombia.

2217 Constitución Política de Colombia. “Artículo 305. *Son atribuciones del gobernador:* 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del Gobierno y las ordenanzas de las Asambleas Departamentales. 2. Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes. 3. Dirigir y coordinar los servicios nacionales en las condiciones de la delegación que le confiera el Presidente de la República. 4. Presentar oportunamente a la asamblea departamental los proyectos de ordenanza sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos. 5. Nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento. Los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos son agentes del gobernador. 6. Fomentar de acuerdo con los planes y programas generales, las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo cultural, social y económico del departamento que no correspondan a la Nación y a los municipios. 7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado. 8. Suprimir o fusionar las entidades departamentales de conformidad con las ordenanzas. 9. Objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanza, o sancionarlos y promulgarlos. 10. Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez. 11. Velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales, de las entidades descentralizadas y las que sean objeto de transferencias por la Nación. 12. Convocar a la asamblea departamental a sesiones extraordinarias en las que sólo se ocupará de los temas y materias para lo cual fue convocada. 13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley. 14. Ejercer las funciones administrativas que le delegue el Presidente de la República. 15. Las demás que le señale la Constitución, las leyes y las ordenanzas”.

2218 Artículo 39 Ley 489 de 1990.

2219 Ídem.

2220 Ídem.

2221 Ídem.

2222 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Bases constitucionales del régimen municipal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, p. 194.

2223 Artículos 322 y siguientes Constitución Política de Colombia. c

2224 En ese mismo Acto Legislativo se organizó al municipio de Tumaco como Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecológico, a la ciudad de Popayán como Distrito Especial Ecoturístico, Histórico y Universitario, a la ciudad de Tunja como Distrito Histórico y Cultural, al municipio de Turbo como Distrito Especial, y a la ciudad de Cúcuta como Distrito Especial, Fronterizo y Turístico. Sin embargo, en la Sentencia C-033 de 2009 la Corte Constitucional declaró inexecutable estos apartes en virtud de vicios en el trámite, concretamente por la violación del principio de consecutividad.

2225 Artículo 321 Constitución Política.

2226 Ídem.

2227 Artículo 307 Constitución Política.

2228 Artículo 329 *ibid.*

2229 Constitución Política. “Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y

reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señalen la Constitución y la ley. Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

2230 Artículo 19 Constitución Política.

2231 Artículo 2.º Decreto 1390 de 1976.

2232 Ídem.

2233 Decreto 1390 de 1976. “Artículo 6.º. Son condiciones para las asociaciones de municipios. a) Que la asociación haga más eficiente y económica la prestación del servicio o servicios públicos de que se trate; b) Que el acto de asociación sea autorizado por cada uno de los respectivos concejos por medio de acuerdos, cuyos proyectos son de la iniciativa del alcalde municipal; c) Que cada uno de los concejos municipales interesados apruebe separadamente por medio de acuerdos el proyecto de estatuto de la asociación; d) Que la asociación se haga con observancia de las funciones de tutela administrativa que el gobernador tiene sobre la generalidad de los municipios, para la planificación y coordinación de los servicios públicos; Cuando la asociación se integra con municipios de diferentes entidades territoriales su tutela administrativa corresponde a los respectivos jefes de las entidades territoriales; e) Que la asociación sea compatible con las obligaciones que cada uno de los municipios que se asocien tenga contraídas por asociación con otros municipios, y f) Que los municipios que se asocien configuren una región susceptible de un desarrollo integral, entendiéndose por región un espacio geográfico con características físicas, sociales y económicas que lo hagan apto para la formación y ejecución de planes globales de desarrollo que son los que contemplan los aspectos físicos, sociales, económicos y culturales de una región en forma integrada”.

2234 Artículos 30 y siguientes Ley 99 de 1993.

2235 Las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales se encuentran reguladas en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993.

2236 Artículo 30 Ley 99 de 1993.

2237 Artículo 103 Ley 489 de 1998.

2238 Artículo 104 ibíd.

2239 Artículo 105 ibíd.

2240 Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional, en la Sentencia C-866 de 1999: “... Resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción [...] Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta. *La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos [...]* El primer criterio que restringe la atribución de funciones administrativas a particulares está dado por la asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad. Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo 6.º de la Carta. Por lo cual las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios. *La atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias [...]* Cuando la norma acusada defiere al acto jurídico la ‘regulación de funciones administrativas a particulares, y el señalamiento de las funciones específicas que serán encomendadas, no está trasladando la función legislativa a las autoridades ejecutivas. No está poniendo en sus manos la potestad de determinar ‘el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas’, a la que se refiere el artículo 123 superior en concordancia con el 210 ibidem, sino que se está refiriendo a la potestad administrativa de determinar de manera concreta y particular dichas condiciones en un caso individual dado, a partir del régimen señalado por el legislador, y para garantizar la efectividad del mismo. Esta regulación particular se lleva a cabo mediante la expedición del acto administrativo y un contrato [...] La forma en que está redactada la norma induce a confusión, por cuanto permite concluir que la regla general es la posibilidad del ejercicio de funciones administrativas por los particulares, y que la excepción sería la disposición legal en contrario. En efecto, pareciera que ellos pudieran ejercer todo tipo de actividades administrativas, salvo en los casos en que la ley expresamente se los prohibiera. Si bien es cierto que conforme al artículo 6.º superior los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual ‘solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes’, dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones administrativas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al mismo artículo 6.º de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos. *La regla general se invierte y en principio no pueden ejercer todo tipo de funciones administrativas, sino sólo aquellas que, en los términos de la Constitución y de la Ley, les pueden ser conferidas según lo precisado en esta misma sentencia [...]* Para conferir funciones administrativas a personas privadas mediante acto administrativo de carácter particular, no basta la expedición de dicho acto conforme a lo prescrito por la ley bajo examen, sino que es necesario, adicionalmente, que en todos los casos se suscriba con ellos un convenio mediante el cual expresamente se acepte la asignación de dicho ejercicio de funciones. Sólo de esta manera se preserva el principio de equidad, puesto que la autonomía de la voluntad particular es libre para aceptar la atribución individual de funciones administrativas, aun cuando ella resulte onerosa para el ciudadano. Así, no se imponen entonces cargas exorbitantes a determinadas personas privadas en particular. No exige la Constitución que la ley establezca una específica retribución para el particular que ejerza funciones públicas. Al fin y al cabo, ésta es una forma de ‘participar en la vida política, cívica y comunitaria’, que es uno de los deberes a que se refiere el artículo 95 de la Constitución. En el caso de los comerciantes que recaudan el impuesto al valor agregado (IVA), y en el de quienes, al hacer un pago, retienen en la fuente, la ley no ha previsto una retribución por tal gestión, porque ésta es, sencillamente, un deber de participación, conexo con la actividad que ellos desarrollan.

Cumplir así este deber, sin una específica retribución, no quebranta la justicia ni la equidad: por el contrario, las realiza, porque es una expresión de la solidaridad social. Y no puede afirmarse, en general, que el ejercicio de la función pública represente un perjuicio para el particular, porque no lo hay en el servicio a la comunidad. Sólo podría haberlo si la función asignada implicara una carga excesiva, desproporcionada, y contraria, por lo mismo, a la equidad y a la justicia. *Si bien es cierto tales funciones pueden ser desarrolladas a título gratuito, ello no impide que las mismas puedan ser remuneradas. Queda librado a la facultad discrecional del legislador señalar cuándo establece una u otra condición...*”.

* Este capítulo fue realizado con especial consulta de JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA. *Derecho administrativo laboral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; bibliografía básica y de obligatoria consulta para el tema a desarrollar en este capítulo.

Capítulo revisado por la profesora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS y elaborado con la colaboración de la Doctora LAURITA BOTERO BOTERO.

2241 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *El concepto de convencionalidad...*, cit., pp. 27 y 28.

2242 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 1.º.

2243 *Ibid.* Artículo 2.º.

2244 Cfr. al respecto, Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2005: “Es preciso distinguir entre los convenios de la OIT, puesto que si bien todos los que han sido ‘debidamente ratificados’ por Colombia, ‘hacen parte de la legislación interna’ –es decir, son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno– no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad, en razón a que algunos no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional. Igualmente, es claro que algunos convenios deben necesariamente formar parte del bloque de constitucionalidad, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral. Adicionalmente, la Corte Constitucional puede, como ya lo ha hecho, de acuerdo con criterios objetivos, indicar de manera específica qué otros convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, en razón a que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador y al derecho al trabajo. Cuando algún convenio prohíba la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición, corresponde a la Corte señalar específicamente su pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, como también lo ha realizado en sentencias anteriores”.

2245 Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 2015: “Según el artículo 93 de la Constitución, ‘los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno’ y que, en idéntico sentido, el artículo 53 superior señala que ‘los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna’. Con fundamento en estos textos superiores la Corte Constitucional ha incorporado la noción de bloque de constitucionalidad que, en su acepción estricta, agrupa a un conjunto ‘de normas y principios que, aun cuando no aparecen en el texto constitucional, se entienden integrados a la Constitución y formalmente hacen parte de ella’. En reiterada jurisprudencia, a este bloque se han adscrito algunos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y, en particular, los identificados con los números 87 y 98. En efecto, mediante las Leyes 26 y 27 de 1976 el Estado colombiano ratificó los Convenios 87 y 98 de la OIT que, respectivamente, se refieren a la libertad sindical y al derecho de negociación colectiva, lo cual le ha permitido a la Corporación sostener que estos Convenios integran la legislación interna, así como del bloque de constitucionalidad, entendido en su sentido estricto, lo que significa que ‘hacen parte del parámetro de control constitucional de las normas legales que regulan la materia’. Este reconocimiento de los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo como integrantes del bloque de constitucionalidad en sentido estricto lo ha hecho la Corte de manera expresa. Así lo ha estimado la Corte en relación con el Convenio 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, poniendo de relieve que ‘por hallarse integrado a la Constitución, es parámetro para adelantar el juicio de constitucionalidad de preceptos legales’ y lo propio cabe aseverar respecto del Convenio 98, también ‘integrado expresamente al bloque de constitucionalidad *strictu sensu*’, lo cual lo erige en ‘parámetro de control de constitucionalidad de las normas legales’, de modo que, junto con el Convenio 87, ‘constituyen normas principales y obligatorias dentro del ordenamiento jurídico’ y ‘se encuentran al mismo nivel de la Constitución, por lo que sirven de referente obligatorio en la interpretación de los derechos de los trabajadores para dar plena efectividad a las libertades sindicales, la protección de los trabajadores y el derecho al trabajo”.

2246 Para más información cfr. OIT. Disponible en [<http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>].

2247 Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 2016: “Se constata que incluso en el marco normativo del organismo internacional tripartito, es factible que el Estado miembro, a través de su respectivo órgano legislativo: (i) establezca el marco general de las organizaciones dejando a estas la mayor autonomía posible para regular sus aspectos de funcionamiento y administración; (ii) la ley puede establecer los requisitos de constitución de un sindicato, siempre y cuando los mismos no sean excesivamente dilatorios; (iii) se pueden establecer algunas formalidades para la creación de las organizaciones y estas deben ser respetadas por los fundadores de sindicatos”.

2248 Ratificado en Colombia por la Ley 23 de 1967.

2249 *Ibid.* Ley 26 de 1976.

2250 *Ibid.* Ley 27 de 1976.

2251 *Ibid.* Ley 54 de 1962.

2252 *Ibid.* Ley 22 de 1967.

2253 *Ibid.* Ley 411 de 1997.

2254 Este se complementa con la recomendación n.º 159 de 1978 sobre los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.

2255 Adoptado en Colombia por la Ley 524 de 1999.

2256 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 1980.

2257 Consagra que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

2258 Establece que los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

2259 Corte Constitucional. Sentencias C-381 y C-385 de 2000; T-1319 de 2001; C-201 de 2002; C-401 de 2005; C-269 y C-796 de 2014.

- 2260 Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2005: “Es preciso distinguir entre los convenios de la OIT, puesto que si bien todos los que han sido ‘debidamente ratificados’ por Colombia, ‘hacen parte de la legislación interna’ –es decir, son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno [...]”.
- 2261 Para consultar la lista y el contenido de los convenios de la OIT ratificados por Colombia, cfr. [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102595].
- 2262 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 6 de diciembre de 1972.
- 2263 Esta posición se ha reiterado en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-1211 de 2000; T-603 de 2003; T-285 de 2006; C-691 de 2008; T-171 de 2011; T-087 y T-261 de 2012.
- 2264 Corte Constitucional. Sentencias SU-555 y C-796 de 2014.
- 2265 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencias del 18 de octubre de 1999, exp. 11731; 28 de marzo de 2003, exp. 19701; 6 de agosto de 2003 exp. 20063, y 31 de mayo de 2011, exp. 32703.
- 2266 Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas de 1948. Artículos 22 y 23.
- 2267 Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículos 7.º, 8.º y 9.º.
- 2268 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Artículo 22.
- 2269 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículos XIV, XVI y XXII.
- 2270 Artículos 2.º, 7.º, 19, 24 y 27. En el marco de la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948.
- 2271 Cfr. al respecto, Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 2014: “La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada. Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que ‘Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad’. Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta”.
- 2272 Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. *Gaceta Constitucional* n.º 45, p. 45, citado en Corte Constitucional. Sentencia T-475 del 29 de julio de 1992: “El derecho al trabajo, por su parte, garantiza al individuo la posibilidad de ejercer libremente una actividad económica con miras a asegurar su existencia material en un plano de sociabilidad. No sólo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo. La Constitución más que al trabajo como actividad abstracta protege al trabajador y su dignidad. La creciente intervención del Estado en la esfera de la personalidad –principalmente por la complejidad de la vida económica, el desempleo, el desarrollo de la tecnología, el marginamiento y la pobreza– ha llevado al constituyente a consagrar y proteger este derecho fundamental de aplicación inmediata”.
- 2273 Constitución Política. “Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.
- 2274 Corte Constitucional. Sentencia C-546 del 1.º de octubre de 1992: “En la Carta del 91 se observa un bien significativo cambio de carácter cualitativo en relación con el trabajo. En efecto, es ciertamente un derecho humano (art. 25) pero también constituye, al mismo nivel del respeto a la dignidad humana, un principio o elemento fundamental del nuevo orden estatal. Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente de la construcción de la nueva legalidad”. Y en la Sentencia T-446 del 8 de julio de 1992 manifestó: “El que la Carta Fundamental asegure el derecho al trabajo dentro de la esfera de los derechos constitucionales de la persona y por tanto le dé el *status* de Derecho constitucional fundamental, no significa que pueda ejercerse en todo momento, lugar y oportunidad con independencia de condiciones personales objetivas y de materia. Obviamente, tanto los (*sic*) disposiciones legales como los límites contractuales y reglamentarios no pueden llegar a suprimir el núcleo esencial del derecho mismo radicado en una persona o en un grupo de personas con base en odiosas y ofensivas causas violatorias de los Derechos Fundamentales [...]”.
- 2275 Corte Constitucional. Sentencia C-593 de 2014: “El artículo 25 de la Constitución Política dispone que ‘El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas’. También varias de las disposiciones de la Constitución reflejan una protección reforzada al trabajo. Así el artículo 26 regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7 establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud; los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria; el artículo 64 regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores del sector de la televisión pública; los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en los ‘estados de excepción’, los derechos de los trabajadores, pues establece que ‘el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo’; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de ‘dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos’ y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores”.

- 2276 Corte Constitucional. Sentencia T-457 del 14 de julio de 1992, exp. T-1376: “El funcionario tiene el derecho de conocer desde el inicio las condiciones en las que ha de desarrollar su actividad decidiendo libremente si desea o no aceptar el cargo para el cual ha sido designado; por supuesto, no le es dado discutir las condiciones de su ejercicio, pues ellas están establecidas en la ley. Aquí no prima la voluntad de la administración porque no estamos frente a una carga pública sino ante una función pública. Tales modalidades se diferencian en sus implicaciones: en la primera –la carga pública– la administración unilateralmente impone a determinada persona la obligación de ejercer una actividad, cargas que por lo mismo, son de breve duración y gratuitas, no reportan ventajas patrimoniales ni su ejercicio requiere preparación profesional salvo contadas excepciones. En cambio, en lo que hace a la función pública existe una relación bilateral que no se desvirtúa por el hecho de que el ente nominador posea una facultad legal y reglamentaria. Del acto de nombramiento se crean derechos subjetivos para el empleado. Sin dejar de lado que por encima de tales derechos subjetivos, está el interés colectivo, que se traduce en la necesidad y utilidad del respectivo servicio”.
- 2277 Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 1998: “En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes (art. 113), y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que está investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento”.
- 2278 Corte Constitucional. Sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998.
- 2279 Artículo 123 Constitución Política de 1991.
- 2280 Artículo 126 *ibid.*
- 2281 Artículo 127 *ibid.*
- 2282 Artículo 124 *ibid.*
- 2283 Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2014: “La carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: (i) realizar la función administrativa (art. 209 superior) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la Carta”.
- 2284 Artículo 130 Constitución Política.
- 2285 Artículo 125 *ibid.*
- 2286 Es necesario interpretar este principio en consonancia con el artículo 13 de la Carta Política, es decir, como la semejanza en el trato y oportunidades que debe ofrecer el Estado a sus administrados para acceder a cargos en las entidades públicas, y también como la obligación de abstenerse de realizar exclusiones o discriminaciones injustificadas que vulneren el acceso a tales cargos para ciudadanos en condiciones desiguales. Además, se debe superar el plano de la igualdad formal para lograr la igualdad material; cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-410 de 1994; C-339 de 1996; T-489 de 1999; C-319 de 2010, y C-288 de 2014.
- 2287 Ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como “la garantía de transparencia y publicidad en la toma de decisiones que afectan los derechos e intereses individuales” (Sts. T-238 de 1993 y C-319 de 1996). Este principio se aplica a cualquier persona que ejerza una función pública, así sea un particular. Si se quiere consultar más acerca de las manifestaciones de este principio, cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-561 de 1992; T-238 de 1993; C-046 de 1994; C-319 de 1996; C-988 de 2006, y C-288 de 2014.
- 2288 La eficacia se relaciona con el cumplimiento de las determinaciones de la administración, y la eficiencia con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. En virtud de esos principios se reconoce que la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores para cumplir con los fines del Estado. Para estudiar este principio se recomienda cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-205 de 1997; T-068 de 1998; T-525 de 1999; T-1701 de 2000, y C-288 de 2014.
- 2289 Significa desarrollar políticas, programas y proyectos mediante estrategias que reporten un ahorro de tiempo y dinero para la Administración Pública y para los ciudadanos, de manera que toda actuación del Estado debe hacerse en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de dinero de forma que se obtengan resultados eficaces; al respecto cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-221 de 1992; C-035 de 1999; C-649 de 2002; C-349 de 2005; T-010, T-011 y C-300 de 2012, y C-288 de 2014.
- 2290 No es solo un elemento esencial para preservar el derecho al debido proceso, sino también una herramienta idónea para salvaguardar la confianza en el Estado de Derecho en los procesos de ingreso a la función pública; cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-657 de 1998; C-365 de 2000; C-361 de 2001; C-095 de 2003, y C-288 de 2014.
- 2291 La administración está obligada a cumplir con agilidad las tareas a cargo de las entidades y los servidores públicos, y a eliminar los trámites innecesarios; al respecto cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-163 de 1994; T-731 de 1998, y C-288 de 2014.
- 2292 Se refiere a que las actuaciones de la administración, en general, pueden ser conocidas por cualquier persona, a excepción de aquellas que por disposición legal garantizan la reserva de manera expresa. Y tiene especial relevancia en los procedimientos de ingreso a la función pública; cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-038 de 1996; C-891 de 2002, y C-288 de 2014.
- 2293 Corte Constitucional. Sentencia C-288 del 20 de mayo de 2014, exp. D-9856.
- 2294 Se tiene que desde el artículo 29 de la Constitución de Cundinamarca de 1811 se habla de funcionarios y empleados públicos. Luego, en los artículos 48 y 49 de la Constitución de Cundinamarca de 1812 se habló de funcionarios y subalternos. En los numerales 18 y 157 del artículo 85 de la Constitución de 1830, se consignó como empleados políticos y públicos, y funcionario o empleado público. Y en los artículos 101 numeral 5 y 102 numeral 4 de la Constitución de la Nueva Granada se señala al agente político y al empleado; posteriormente, en los artículos 27 y 151 de la Constitución de 1886 se habló de funcionarios, agentes o altos funcionarios, y de empleados subalternos; cfr. JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ. *Derecho Administrativo Laboral*, t. 1, 11.ª ed., Bogotá, Legis, 2016, pp. 39-40.

- 2295 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-741 de 2012: “[...] la extensa labor hermenéutica de la doctrina y los operadores jurídicos en torno a ese concepto, que durante los años recientes ha procurado también precisar su significado a la luz de los nuevos preceptos superiores, ha generado algunos consensos al respecto, entre ellos: i) que los *empleados públicos* son un subconjunto de otro mayor, el de los denominados *servidores públicos*, que según se observa, es el término más genérico y comprensivo que el texto constitucional utiliza para referirse al conjunto de empleados y funcionarios del Estado en sus distintas ramas; ii) que ese grupo comprende cargos que, aunque desde distintos niveles, tienen en común el ejercicio de funciones típicamente administrativas, entre ellos los de los funcionarios elegidos para un período fijo, los de libre nombramiento y remoción y los de carrera administrativa, conformando así el grupo más numeroso de servidores públicos; iii) que frente a las otras especies de empleados oficiales de que hablan los artículos 123 y 125 del texto superior, los *empleados públicos* conforman una categoría residual, a la que pertenecerían todos aquellos funcionarios del Estado no encuadrables en ninguno de tales grupos”. Y Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1995: “El alcance legal de la noción ‘servidor público’, contenida en el aparte normativo acusado, no corresponde a una noción atributiva de una situación laboral dentro del régimen propio de la función pública, con respecto a quienes intervienen en la contratación, pues la intención del legislador fue la de vincular a las reglas propias de la contratación pública y al sistema de responsabilidad consecuente, a las personas sujetas a una relación laboral subordinada, como empleado público o trabajador oficial, y a quienes en calidad de representantes o de funcionarios de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, pertenecen a entidades en las cuales el Estado tiene participación económica mayoritaria, y desarrollan actividades que contribuyen a la realización de un cometido estatal”.
- 2296 Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad n.º 563 del 7 de octubre de 1998, exp. D-1989.
- 2297 Artículo 123 Constitución Política de 1991.
- 2298 JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA. *Derecho administrativo laboral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- 2299 Ídem.
- 2300 Ídem.
- 2301 JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ. *Derecho administrativo laboral*, t. I, 5.ª ed., Bogotá, Legis, 2003, pp. 334-335.
- 2302 JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA. *Derecho administrativo laboral*, cit.
- 2303 En cuanto a los requisitos de los cargos, en el Manual General de Requisitos adoptado por el Presidente de la República mediante decreto, se determinan legalmente los requisitos exigidos para la posesión y ejercicio de un empleo público. Sin embargo cada entidad debe adoptar mediante resolución un Manual Interno de Requisitos, para determinar de manera precisa y detallada los empleos públicos, sus requisitos y funciones, el cual debe estar sujeto a refrendación por el Departamento Administrativo de la Función Pública. Actualmente las normas de carácter general son los Decretos Ley 770 (ámbito nacional) y 785 (ámbito territorial) de 2005.
- 2304 JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA. *Derecho administrativo laboral*, cit.
- 2305 Ídem.
- 2306 Artículo 3.º Decreto 1042 de 1978.
- 2307 JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ. *Derecho administrativo laboral*, t. I, 5.ª ed., cit., p. 346.
- 2308 Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y la aplicación de tecnologías. Conformado principalmente por empleados de carrera administrativa; tomado de JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ. *Derecho Administrativo Laboral*, t. I, 5.ª ed., cit., p. 346.
- 2309 Ídem.
- 2310 JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ. *Derecho administrativo laboral*, t. I, 5.ª ed., cit., p. 347.
- 2311 Constitución Política, artículo 125 y Corte Constitucional. Sentencia C-406 de 1997, donde se dijo que el legislador puede fijar excepciones a la carrera administrativa, pero esta siempre es la regla general.
- 2312 Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 1992: “Se busca que la carrera administrativa permita al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho”.
- 2313 Corte Constitucional. Sentencia C-533 de 2010: “La exigencia de un concurso público de méritos permite, a partir de un procedimiento abierto y democrático, que los ciudadanos, sin distinción ni requisitos diferentes a las calidades profesionales que se exijan para el cargo correspondiente, pongan a consideración de las autoridades del Estado su intención de hacer parte de su estructura burocrática”.
- 2314 Corte Constitucional. Sentencia SU-539 de 2012: “En efecto, como ya se indicó, el artículo 125 superior prevé que el retiro de la carrera administrativa se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley. Desde esta perspectiva, se entiende que los trabajadores que cumplan sus funciones con apego al ordenamiento jurídico, adquieren el derecho de permanecer en el ejercicio de su cargo”; además, en la Sentencia C-479 de 1992 se dijo que la estabilidad en el empleo público constituye un derecho cierto e indiscutible para el empleado público, y también en la Sentencia C-552 de 1995 la Corte expuso que la estabilidad es una garantía constitucional derivada del sistema de carrera administrativa.
- 2315 Corte Constitucional. Sentencia C-533 de 2010.
- 2316 Corte Constitucional. Sentencia T-180 de 2015: “El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado”.

- 2317 Corte Constitucional. Sentencias SU-539 de 2012 y C-954 de 2001.
- 2318 *Ibíd.* Sentencia SU-539 de 2012.
- 2319 *Ibíd.* Sentencia C-560 de 2000.
- 2320 *Ibíd.* Sentencia C-757 de 2001.
- 2321 Artículo 279 Constitución Política.
- 2322 Ley 909 de 2004; Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1948 de 2009.
- 2323 Corte Constitucional. Sentencia T-317 de 2013.
- 2324 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2158 del 10 de diciembre de 2013.
- 2325 Decreto 274 de 2000.
- 2326 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1603 del 17 de septiembre de 2004.
- 2327 Decreto 770 de 2005, y Corte Constitucional. Sentencia C-471 de 2013.
- 2328 Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2015.
- 2329 Decreto 407 de 1994.
- 2330 Corte Constitucional. Sentencia C-895 de 2006.
- 2331 *Ibíd.* Sentencia C-285 de 2015: “La carrera administrativa en Colombia se organiza en tres grandes categorías o modalidades: (i) El sistema general de carrera, al que hace referencia el artículo 125 de la Constitución, regulado en la Ley 909 de 2004, ‘por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones’. Su campo de aplicación está definido en el artículo 3.º de dicha normativa y comprende una gran parte de los empleos en la administración pública en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado. (ii) Los sistemas especiales de origen constitucional, que por su naturaleza se encuentran sujetos a una regulación diferente por parte del Legislador, siempre con observancia de los principios constitucionales, entre los que se destacan los de igualdad, mérito y estabilidad. Al respecto la jurisprudencia ha identificado los regímenes de las universidades estatales (art. 69 CP), de las Fuerzas Militares (art. 217 CP), de la Policía Nacional (art. 218 CP), de la Fiscalía General de la Nación (art. 253 CP), de la Rama Judicial (art. 256-1 CP), de la Registraduría Nacional del Estado Civil (art. 266 CP), de la Contraloría General de la República (art. 268-10 CP) y de la Procuraduría General de la Nación (art. 279 CP). (iii) Los sistemas especiales de carrera de origen legal. Son aquellos que pesar de no tener referente normativo directo en la Carta Política, se conciben como una manifestación de la potestad del Legislador de someter el ejercicio de ciertas funciones institucionales a un régimen propio, cuando las particularidades de una entidad justifican la adopción de un estatuto singular, por supuesto dentro de los mandatos generales que la Constitución traza en el ámbito de la función pública”.
- 2332 Corte Constitucional. Sentencia T-180 de 2015: “La convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante”.
- 2333 *Ibíd.* Sentencia T-133 de 2016: “La elección de los miembros de la CNSC para periodos institucionales de 4 años, se adelanta mediante concurso público de méritos que realiza, de forma alterna, la Universidad Nacional de Colombia y la Escuela Superior de Administración Pública. Con base en los resultados del concurso se confecciona la lista de elegibles que tiene una vigencia de 4 años, la cual se publica en el *Diario Oficial* y en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y se remite al Presidente de la República que designará y posesionará a quien ocupe el primer lugar de la lista”.
- 2334 Artículo 44 numeral Ley 734 de 2002.
- 2335 La Corte Constitucional ha dicho que hay cinco manifestaciones del *ius puniendi*: i. Derecho penal; ii. Derecho administrativo sancionador; iii. Derecho disciplinario; iv. Derecho contravencional, y v. Pérdida de investidura.
- 2336 La tipicidad se relaciona con el principio de legalidad, tiene fundamento constitucional en artículos 6.º, 121 y 122 de la Constitución. El funcionario solo puede ser juzgado de acuerdo con las leyes preexistentes al acto que se le imputa, es decir que la conducta debe estar consagrada como falta disciplinaria y se deben cumplir todos los elementos de ese tipo, y por una ley previa a la comisión de la conducta.
- 2337 Esta reemplaza la antijuridicidad del derecho penal, y debe ser i. Formal, es decir que controvierta la norma jurídica, y ii. Material, es decir que exija un resultado a la lesión o amenaza efectiva al bien jurídico. En el derecho disciplinario hay diferentes ilicitudes sustanciales: unas se configuran con el incumplimiento de la legalidad y otras, como en algunas faltas gravísimas, exigen la producción de un resultado (antijuridicidad material); hay una zona intermedia, la ilicitud sustancial dentro de la organización (art. 5.º Ley 734 de 2002), que implica la alteración de la moralidad administrativa o buen funcionamiento de la administración.
- 2338 La culpabilidad tiene varios elementos: i. El cognitivo, es decir, la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta, y ii. El volitivo, es decir, la intencionalidad o grado de culpabilidad para realización de la conducta, en el cual se inscriben: a. El dolo, es decir que se desea esa conducta, y b. La culpa, o sea, actuar de manera imprudente, negligente o imperita sin intención de resultado. Además, está la responsabilidad objetiva, en la cual la conducta debe ser dolosa o gravemente culposa.
- 2339 La Evaluación de Desempeño es un instrumento de gestión que busca el mejoramiento y desarrollo de los empleados de carrera administrativa y, según artículos 30 y 31 de la Ley 443 de 1998, se debe tener en cuenta para: i. Adquirir los derechos de carrera; ii. Los ascensos; iii. La concesión de estímulos a los empleados; iv. Formular programas de capacitación; v. Otorgar becas y comisiones de estudio; vi. Evaluar procesos de selección, y vii. Determinar la permanencia en el servicio. Estas evaluaciones deben ser justas, objetivas y referidas a los hechos y circunstancias a los que se enfrenta un empleado público en el desarrollo de sus

funciones; al respecto cfr. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 8 de junio de 2000, exp. 17625, y JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ. *Derecho administrativo laboral*, t. 1, cit., capítulo XII.

- 2340 Por ejemplo, el derecho preferente a ser encargado y comisionado para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción (tres años prorrogables por el mismo tiempo), también derecho a becas educativas si las ofrece.
- 2341 Artículos 81 y 83 Decreto 1568 de 1998.
- 2342 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998: “[...] en nuestro país, en la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209. La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante en que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodea, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. La motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. Pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la CP. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático. La publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. Por eso el retiro debe motivarse, porque si ello no ocurre materialmente no hay publicidad y se viola por tanto el debido proceso”. Cfr. también Sentencia C-734 de 2000: “En lo que se refiere a la desvinculación de los servidores del Estado, es evidente que la situación en que se encuentran los de carrera administrativa no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pues en éstos últimos debe hallarse presente un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente, es razonable, pues consiste en asegurar la permanencia de esta confianza que supone el ejercicio del cargo, circunstancia que se encuentra avalada por la propia Constitución, que expresamente autoriza la existencia de esta clase de vinculación”.
- 2343 Ley 1821 del 30 de diciembre de 2016. “Artículo 1.º. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia [...]”.
- 2344 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 12 de julio de 2012, exp. 05001-23-31-000-1998-02319-01.
- 2345 Corte Constitucional. Sentencia C-769 de 1998: “Abandonar el cargo, o el servicio, implica la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor público. En consecuencia, dicho abandono se puede presentar, bien porque se renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo, o bien porque se deserta materialmente del cargo al ausentarse el servidor del sitio de trabajo y no regresar a él para cumplir con las labores asignadas, propias del cargo o del servicio. Corolario de lo anterior es que el abandono debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el servidor se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio desaparece la antijuridicidad del hecho y, por consiguiente, la falta disciplinaria”.
- 2346 Artículo 126 Decreto 1950 de 1973.
- 2347 Corte Constitucional. Sentencia C-1189 de 2005 y Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 11 de julio de 2013, exp. 54001-23-31-000-1997-13274-02.
- 2348 Artículo 7.º Ley 27 de 1992.
- 2349 Cfr. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia, exp. 20076350-05.
- 2350 Consultar JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA. *Derecho administrativo laboral*, cit.
- 2351 Artículos 1.º del Decreto 1173 de 1999 y 47 del Decreto 1568 de 1998.
- 2352 JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA. *Derecho administrativo laboral*, cit., p. 215.
- 2353 Artículo 22 Código Sustantivo del Trabajo.
- 2354 Corte Constitucional. Sentencia C-090 de 2002: “Los trabajadores y los empleados del Estado están subjetivamente en situaciones distintas, y corresponde al legislador definir, racional y proporcionalmente, cuándo un servidor público está cobijado por una u otra regulación. Aparentemente, bastarían las anteriores consideraciones para proferir una decisión al respecto. Sin embargo, como la demanda en parte también reprocha la diferencia entre los regímenes de los distintos tipos de servidores públicos, es necesario realizar algunas consideraciones al respecto, para dilucidar si existe una posible omisión legislativa de las normas demandadas, que amerite un fallo condicionado de la exequibilidad de las disposiciones”.
- 2355 JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ. *Derecho administrativo laboral*, t. 1, 5.ª ed., cit., capítulo 8.
- 2356 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 19 de agosto de 1976, donde se aclara que, para determinar la vinculación laboral con las entidades administrativas, en el ordenamiento colombiano prima el criterio orgánico y no el funcional.
- 2357 Se debe precisar que la participación del Estado en las sociedades de economía mixta debe ser menor al 90%, para que el régimen de los trabajadores particulares sea aplicable a los trabajadores oficiales.
- 2358 Esto es, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales.
- 2359 Se refiere a las secretarías del despacho, los establecimientos públicos y los departamentos administrativos.
- 2360 Artículo 3.º Código Sustantivo del Trabajo.

- 2361 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 29 de abril de 2010, exp. 0821-09: “[...] el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política. La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración por el trabajo cumplido. Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado [...]”.
- 2362 Artículo 32, numeral 3 Ley 80 de 1993.
- 2363 Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997: “El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”; cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección C. Auto del 13 de octubre de 2011, exp. 11001-03-26-000-2011-00039-00.
- 2364 Decreto 1510 de 2013 “Artículo 81. Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita. // Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales. // La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos”.
- 2365 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. 41719.
- 2366 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, rad. 24.715: “... Sobre el particular, sea lo primero destacar que el contrato de prestación de servicios nació del contrato de arrendamiento o *locatio*, que tenía como modalidades de ejecución las obras (*locatio operis*), el transporte (*locatio conductio*), o los servicios personales (*locatio operarum*). Figura esta última que se generalizó para dar paso a la concepción actual de este negocio jurídico, al cual el Estado moderno ha recurrido, para cumplir las múltiples y crecientes funciones a su cargo y ante precisos requerimientos de conocimiento profesional, técnico o científico o por insuficiencia del personal vinculado a su planta de personal a través de un acto condición (funcionarios) o mediante contrato de trabajo (trabajadores oficiales). De ahí que la necesidad de servicios para su funcionamiento o para el cumplimiento de actividades dirigidas a la sociedad, ha dado lugar a contratarlos con personas naturales o jurídicas externas, no vinculadas como servidores o funcionarios de la Administración, a través de contratos de prestación de servicios...”.
- 2367 Los contratos de prestación de servicios no constituyen instrumentos jurídicos para la asignación de funciones públicas administrativas a los particulares. Al respecto debemos recordar que en los términos del inciso 2.º, del artículo 210 constitucional, “... Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley...”. En consecuencia, es la ley y no el contrato la que determina las bases que permiten el ejercicio de funciones públicas administrativas por los particulares. A partir de su artículo 110 la Ley 489 de 1998 desarrolla el mandato constitucional en cuestión; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999.
- 2368 También sostuvo el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. 41719, que: “En realidad se trata de contratos a través de los cuales, de una u otra manera, se fortalece la gestión administrativa y el funcionamiento de las entidades públicas, dando el soporte o el acompañamiento necesario y requerido para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades cuando estas por sí solas, y a través de sus medios y mecanismos ordinarios, no los pueden satisfacer; o la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública son de características tan especiales, o de una complejidad tal, que reclaman conocimientos especializados que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley le concede a las entidades estatales”.
- 2369 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. 41719: “[...] serán entonces contratos de ‘prestación de servicios profesionales’ todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales [...]”.
- 2370 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. 41719: “En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado”.
- 2371 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. 41719: “[...] se entiende entonces por contratos de ‘apoyo a la gestión’ todos aquellos otros contratos de ‘prestación de servicios’ que, compartiendo la misma conceptualización anterior, esto es, el desempeño de actividades identificables e intangibles, el legislador permite que sean celebrados por las entidades estatales pero cuya ejecución no requiere, en manera alguna, de acuerdo con las necesidades de la administración (previamente definidas en los procesos de planeación de la Entidad), de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados, sean estas naturales o jurídicas”.
- 2372 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, rad. 24.715 y otros: Gestión “... se enmarcan dentro de la definición genérica prevista en el ordinal 3.º del artículo 32, por cuya virtud son contratos de este tipo ‘los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad’, los cuales, ‘sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados...’”.
- 2373 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. 41719: “[...] en esencia

son de prestación de servicios, pero de un contenido prestacional diferente porque corresponden a una modalidad tipificada de negocios cuyo objeto es de por sí especialísimo ya que tienen por objeto la generación de patrimonio artístico para la entidad estatal o bien beneficiarla de manifestaciones artísticas, para cuyo efecto se encarga a personas que por sus características, dotes, capacidades o aptitudes resultan ser únicas o especiales en el arte que manejan y que en virtud de esta circunstancia se individualizan en el medio nacional o internacional, mediante el reconocimiento como verdaderos y únicos en las técnicas o el arte que desarrollan”.

- 2374 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 2 de diciembre de 2013 exp. 41719: “En cuanto a la primera de las variables se refiere, se puede afirmar que el concepto que comprende el objeto de esta modalidad contractual es el de ‘trabajo artístico’, pero no en sí mismo, esto es como medio, sino como un resultado real y efectivo. Se contrata y este es el objeto, la realización de una obra artística y no simplemente una ejecución sin resultado. Es el trabajo final, el que pueda ser catalogado como una ‘obra de arte’, u ‘obra artística’ o pieza de la misma naturaleza, la determinante del objeto para los efectos legales que para la materia a la que se está haciendo referencia, en esto no puede haber confusión de ninguna naturaleza”.
- 2375 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 2 de diciembre de 2013: “Tratándose de la segunda de las variables, esto es, la que indica que los ‘trabajos artísticos’ [...] ‘... que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales...’ debe ser entendida en coherencia con lo anterior, en el sentido de que el contratista debe ser sustancialmente un artista, es decir, una persona reconocida como realizador o productor de arte, de obras de arte, ejecutor de trabajos artísticos, un ser humano que dada su sensibilidad en relación con el mundo tiene la aptitud, la capacidad, la disposición natural o adquirida; el talento y estilo o forma original de hacer las cosas; y la genialidad, naturalidad y el carácter que lo hace distinto a otros artistas, esto es, su capacidad de inventiva que lo hace influyente en el medio, un ser único y excepcional, todo esto, para producir obras artísticas, de aquí la razonabilidad de la expresión utilizada por la disposición en comentario según la cual, los trabajos artísticos sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales. En todo caso, destaca la Sala que la motivación para la celebración de este tipo de contratos debe surgir de la ponderada valoración de las necesidades de la entidad pública, reflejadas, siempre, en los procesos de planeación adelantados con antelación”.
- 2376 Corte Constitucional. Sentencia T426 de 2015: “La vinculación a través de estos contratos se diferencia del vínculo laboral porque: primero, implica la ejecución temporal de una labor de manera independiente, esto es, sin subordinación que se manifiesta a través de la sujeción a órdenes impartidas por un superior y horarios. En segundo lugar, a diferencia de la vinculación laboral, al contratista le corresponde afiliarse como independiente a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones y no a la entidad contratante, de conformidad con el artículo 282 de la Ley 100 de 1993. Puntualmente, la suscripción de contratos de prestación de servicios con la administración no genera el pago de salarios ni prestaciones sociales, por el contrario únicamente fija el reconocimiento de honorarios como contraprestación al desarrollo del objeto contractual previamente pactado”.
- 2377 Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997.
- 2378 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- 2379 Ídem.
- 2380 Ídem.
- 2381 Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 2015: “Para la Corte la vinculación a la administración pública puede efectuarse mediante (i) un vínculo reglamentario o contractual de los cuales surge una relación laboral que origina prestaciones sociales o (ii) mediante un contrato de prestación de servicios del cual no derivan derechos prestacionales ni beneficios de tipo laboral. Sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación es posible que *de facto* el contrato de prestación de servicios cambie su naturaleza hacia un vínculo de carácter laboral, cuando se acreditan materialmente la prestación personal, continuada, subordinada y remunerada de un servicio”.
- 2382 Corte Constitucional. Sentencia C-326 del 10 de julio de 1997, citada en JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “Tratado de Derecho Administrativo”, t. IV, cit.
- 2383 Corte Constitucional. Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, citada en JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “Tratado de Derecho Administrativo”, t. IV, cit.
- 2384 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 27 de agosto de 1997, exp. 951: “... al hacer el análisis comparativo entre el contrato de prestación de servicios que celebra el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas a la entidad oficial contratante, o cuando requiere de conocimientos especializados, y el contrato de trabajo, la Corte establece las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales; b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico constituye el elemento esencial de este contrato, y c. La vigencia del contrato es temporal y, por tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido...”.
- 2385 *Ibid.*: “... la Sala reitera que no es procedente la supresión de empleos de la administración, más aún si son de carrera, desempeñados por empleados públicos, para cubrir la realización de sus funciones por medio del contrato de prestación de servicios, pues de esta manera deja de ser un medio alternativo y excepcional para convertirse en sustituto de la función pública. La celebración y ejecución por el Estado de contratos de prestación de servicios sólo es viable dentro del marco jurídico expuesto...”.
- 2386 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, exp. IJ 0039.
- 2387 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “Tratado de Derecho Administrativo”, t. IV, cit.
- 2388 “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.
- 2389 *Ibid.*: “[...] 6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la *litis*, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen órdenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada. Y lo es, en primer término, porque por mandato legal tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores ‘relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad’; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con

personas naturales cuando se presente una de dos razones: a. Que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b. Que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 Ley 80 de 1993). Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren con ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales. Y es, finalmente, inaceptable que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del *sub lite* y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones. Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir ‘el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario: el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal’ (Sent. C-555 de 1994)”.

2390 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. “Tratado de Derecho Administrativo”, t. IV, cit.

2391 Corte Constitucional. Sentencia T-147 de 2013: “La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos ‘cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal’. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad. La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción. Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera. Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no les son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación”.

2392 JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ. “Derecho Administrativo Laboral” t. I, 5.ª ed., cit., p. 359.

2393 Corte Constitucional. Sentencia T-147 de 2013, cit.

2394 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia exp. 2002-408-01.

2395 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia exp. 2002-5093-01.

2396 Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998: “El cargo de Notario, sea de carrera, en propiedad o en interinidad, no está expresamente señalado dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción; y no puede estar porque la función notarial es eminentemente técnica y esta circunstancia es la antítesis del libre nombramiento y remoción. Además, el Notario, aún el interino, no puede quedar al vaivén de los intereses politizados o personales del nominador. El Notario designado, así sea en interinidad, goza de una expectativa, solo podrá ser desvinculado, si no cumple con sus deberes y cuando la designación se haga por concurso. Una de las razones que justifican la anterior afirmación, está contenida en la figura de la confianza legítima, íntimamente ligada al principio de la buena fe. Esa confianza legítima, derivada de la buena fe, es un mecanismo válido para evitar el abuso del derecho. Es decir, hay que enfatizar que solo por concurso o por incumplimiento del deber se altera la permanencia de un Notario que desempeñaba sus funciones en interinidad. Lo contrario, desvincularlo sin estas razones, iría en contra de la buena fe y de la confianza legítima. Pero, no se puede ir al otro extremo de considerar que automáticamente todos los Notarios son inamovibles”.

2397 JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA. *Derecho laboral administrativo. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 551.

2398 Ley 909 de 2004. “Artículo 24. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses. // El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente. // Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva”.

2399 Artículo 24 Ley 909 de 2004.

2400 Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 2004: “La seguridad social cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de servicio público, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho”.

2401 Corte Constitucional. Sentencia T-772 de 2007: “Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha sostenido que a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, se establece el derecho a la Seguridad Social de todos los habitantes como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado; actividades que deben ser realizadas con estricta observancia de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad. De igual forma, el legislador le otorgó a este derecho el carácter de servicio público esencial en lo relativo al Sistema General de Salud y en materia pensional,

solamente en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones. Circunstancia que otorga mayor responsabilidad al Estado, con lo cual está llamado a garantizar su prestación en forma permanente y continua, a fin de lograr el desarrollo de una vida plena y satisfactoria en sociedad”.

- 2402 ALFREDO PUYANA SILVA. *El sistema integral de seguridad social: parte general y el subsistema general de pensiones*, Serie de Investigaciones en Derecho Laboral, n.º 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 15.
- 2403 Ley 100 de 1993. “Artículo 39. Los requisitos para la pensión de vejez son: (i) 1.300 semanas cotizadas y (ii) edad de 57 años para mujeres y de 62 años para hombres”.
- 2404 El requisito principal es reunir el monto de capital constituido que exige la ley, sin importar la edad del cotizante.
- 2405 Artículo 15 numeral 1 Ley 100 de 1993.
- 2406 JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ. *Derecho Administrativo Laboral*, t. I, 5.ª ed., cit., p. 257.
- 2407 Ley 100 de 1993. “Artículo 38. Para los efectos del presente capítulo se considera *inválida* la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido *el 50% o más* de su capacidad laboral.
- 2408 Ley 100 de 1993. “Artículo 39. Tendrán derecho a la pensión de *invalidez*, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados *inválidos* y cumplan con alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez. // Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley”.
- 2409 Leyes 1751 y 1753 de 2015, y Decreto 2353 de 2015.
- 2410 Ley 100 de 1993. “Artículo 157. A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados. A) Afiliados al sistema de seguridad social. Existirán dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social en salud: 1. Los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente ley. 2. Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, *los discapacitados*, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago. B) Personas vinculadas al sistema. // Los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado. // Inciso derogado por el art. 113, Ley 715 de 2001. A partir del año 2000, todo colombiano deberá estar vinculado al sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el plan obligatorio de salud de que habla el artículo 162. // Parágrafo 1.º El Gobierno Nacional establecerá un régimen de estímulos, términos, controles y sanciones para garantizar la universalidad de la afiliación. // Parágrafo 2.º La afiliación podrá ser individual o colectiva, a través de las empresas, las agremiaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo a la reglamentación que para el efecto se expida. El carácter colectivo de la afiliación será voluntario, por lo cual el afiliado no perderá el derecho a elegir o trasladarse libremente entre entidades promotoras de salud. // Parágrafo 3.º Podrán establecerse alianzas o asociaciones de usuarios, las cuales serán promovidas y reglamentadas por el Gobierno Nacional con el fin de fortalecer la capacidad negociadora, la protección de los derechos y la participación comunitaria de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud. Estas agrupaciones de usuarios podrán tener como referencia empresas, sociedades mutuales, ramas de actividad social y económica, sindicatos, ordenamientos territoriales u otros tipos de asociación, y podrán cobrar una cuota de afiliación. // Parágrafo 4.º El Consejo Nacional de Seguridad Social definirá y reglamentará los grupos de afiliación prioritaria al subsidio”.
- 2411 Ley 1562 de 2012, y Decretos 1607 de 2002 y 1772 de 1994.

* Este capítulo fue elaborado con la colaboración de MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS, y los doctores ANDRÉS BRICEÑO CHÁVES y BERNARDO REINA PARRA.

- 2412 WOLFGANG ABENDROTH; ERNST FORSTHOFF y KARL DOEHRING. *El Estado social*, JOSÉ PUENTE EGIDO (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, título original del artículo “Verfassungsprobleme des Sozialstaats”, 1961, Colección Estudios Constitucionales; JOSÉ ASENSI SABATER. “Crisis teórica, transiciones constitucionales”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 28, enero-junio de 2012, pp. 9-35; RALF DAHRENDORF. *Oportunidades vitales. Notas para una teoría social y política*, RAMÓN GARCÍA COTARELO (trad.), Madrid, Espasa-Calpe, 1983; KARL DOEHRING. “Estado social, Estado de derecho y orden democrático”, en WOLFGANG ABENDROTH; ERNST FORSTHOFF y KARL DOEHRING. *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 107-207 JOSÉ PUENTE EGIDO (trad.); título original: “Sozialstaat Rechtsstaat und Freinheintlich-Demokratische Grundordnung”, en BRUNO HECK. *Die Politische Meinung*, Bonn, Eich-Holz Verlag, Colección Estudios Constitucionales, 1978; ERNST FORSTHOFF. *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973. C. AMMIRANTE (trad.); título original: “Rechtsstaat im Wandel”.
- 2413 “[...] la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera ‘constitución ecológica’, conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente. Igualmente la Corte ha precisado que esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación (CP art. 8). De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales (CP art. 79). Y, finalmente, de la Constitución Ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares (cfr., entre otras, las sentencias T-411 de 1992, C-058 de 1994, C-519 de 1994, C-495 de 1996 y C-535 de 1996). Es más, en varias oportunidades la Corte ha insistido en que la importancia del medio ambiente en la Constitución es tal que implica para el Estado, en materia ecológica, ‘unos deberes calificados de protección’ (ver, entre otras, las sentencias C-328 de 1995 y C-535 de 1996). Igualmente, y conforme a lo señalado por los actores, la Corte también ha precisado que la Carta constitucionaliza uno de los conceptos más importantes del pensamiento ecológico moderno, a saber, la idea según la cual el desarrollo debe ser sostenible”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 1998.
- 2414 ERNST FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*, cit.; Íd. *El Estado de la sociedad industrial*, LUIS LÓPEZ GUERRA y JAIME NICOLÁS MUÑOZ (trads.),

- Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975; título original: “Der Staat de Industriegesellschaft”; “Problemas constitucionales del Estado social”, en WOLFGANG ABENDROTH; ERNST FORSTHOFF y KARL DOEHRING. *El Estado social*, cit., pp. 43-67; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de derecho administrativo*, tt. I y II, 6.ª ed., Madrid, Civitas, 1993 (se consultó también la 8.ª ed., 2002); CARLOS MIGUEL HERRERA. “Estado social y derechos sociales fundamentales”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 340, abril de 2009, pp. 111-138; JUAN CARLOS UPEGUI. *Doce tesis en torno al concepto de Estado Social de Derecho: discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 83.
- 2415 ALEXANDRE CH. KISS. “El derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. Disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/908/6.pdf>], consultada el 29 de abril de 2013: “La inscripción del derecho al medio ambiente en una Constitución significa, precisamente, el reconocimiento del valor que debe otorgarse a la protección del medio ambiente. Desde el punto de vista de la creación del derecho, se trata de una etapa fundamental en la creación de este nuevo valor social que la colectividad estatal reconoce ya como tal y que proclama que debe ser protegido. Tal reconocimiento crea una obligación, por lo menos moral, para el legislador, el cual, en lo sucesivo, debe tomar medidas a fin de asegurar la realización del principio así proclamado. La inscripción del derecho al medio ambiente también permite asignar, si no la prioridad al menos la igualdad a la protección de la biosfera, en relación con otros intereses nacionales, y especialmente los económicos, cuando los órganos estatales deben arbitrar entre intereses concurrentes”; cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO, ANTONIO JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ y LUIS ORTEGA ÁLVAREZ. *Manual de derecho administrativo. Parte especial*, 4.ª ed., Barcelona, Ariel, 1998; LUCIANO PAREJO ALFONSO. “Realización del medio ambiente adecuado y procedimiento administrativo”. Disponible en [<http://www.ecoiuris.com/paginas/art15.htm>], consultada el 10 de junio de 2002.
- 2416 FRANCISCO AVELLA et ál. “Gestión del litoral en Colombia. Reto de un país con tres costas”. Disponible en [<http://hum117.uca.es/ibermar/Resultados%20y%20descargas/publicaciones/Colombia>], consultada el 29 de abril de 2013. En Colombia se identifican dos “políticas de gestión costera integrada”: la primera quedó contenida en el “Documento base para la elaboración de la Política Nacional de Ordenamiento Integrado de las Zonas Costeras Colombianas”, el cual recogió información base para la posterior formulación de una política de manejo de las zonas costeras en términos de usos de los recursos naturales de las áreas marítimas y costeras. Esta política fue aprobada en el año 2000, según las funciones que la Ley 99 de 1993 otorgaba al entonces Ministerio del Medio Ambiente –MMA– “[...] bajo el nombre de *Política Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible de los espacios Oceánicos y las Zonas costeras e Insulares de Colombia* [...] Esta política trata directamente sobre el manejo costero integrado y avala el nombre del instrumento operativo para este fin como PMIZC”. En tanto que la segunda fue formulada por la Comisión Colombiana del Océano, en el año 2002, y denominada “Lineamientos de Política Nacional del Océano y de los Espacios Costeros”; junto con la que se aprobó en 2008, la “*Política Nacional del Océano y de los Espacios Costeros* [...] Esta política resalta la labor a realizarse en términos de gestión de las zonas costeras colombianas, por parte de los PMZIC [...] se destaca la necesidad de incorporar en los POT del país los principios del MIZC”; cfr. JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ (dir.). *El deslinde del litoral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- 2417 ARTURO VALENCIA ZEA y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE. *Derecho civil. Derechos reales*, t. II, 11.ª ed., Bogotá, Temis, 2007, p. 34.
- 2418 *Ibid.*, posición reiterada en LUIS GUILLERMO VELÁSQUEZ JARAMILLO. *Bienes*, 11.ª ed., Librería Jurídica Comlibros, 2008, p. 105.
- 2419 *Ibid.*, p. 104.
- 2420 *Ídem.*
- 2421 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ et ál. *Tratado de derecho civil: Partes preliminar y general*, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 480.
- 2422 *Ibid.*, p. 480, reiterado en LUIS GUILLERMO VELÁSQUEZ JARAMILLO. *Bienes*, cit., pp. 105-106.
- 2423 Artículo 2448 Código Civil.
- 2424 ARTURO VALENCIA ZEA y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE. *Derecho civil. Derechos reales*, cit., p. 37.
- 2425 *Ibid.*, p. 38.
- 2426 Corte Constitucional. Sentencia T-537 de 1992.
- 2427 Cfr. JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN. “Notas históricas sobre la noción de dominio eminente”, *Revista Ius Publicum*, n.º 4, 2000, pp. 41-53, quien, además, recorre las ideas que sobre el particular esbozaron PUFENDORF, VAN BYNKERSHOEK y VATTEL, entre otros.
- 2428 Continúa GROCIO: “Así la potestad regia tiene debajo de sí ya a la potestad patria, ya a la señorial; así, es mayor el dominio del rey sobre las cosas de los particulares en orden al bien común que el de cada uno de los dueños; así, cada uno está más obligado a la República en orden a los usos públicos que al acreedor”; cfr. HUGO GROCIO. *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, t. I, Madrid, Editorial Reus, 1925, pp. 48-49.
- 2429 ANDRÉS BELLO. *Principios de Derecho Internacional*, 2.ª ed., Caracas, Almacén de J. M. de Rojas, 1847, p. 49
- 2430 *Ibid.*, p. 49.
- 2431 “Es el poder que tiene el Estado sobre la totalidad del territorio de su jurisdicción, con fundamento en su soberanía, el cual se traduce en la facultad de tomar medidas en relación con ese territorio, cuando las necesidades de la comunidad lo requieran, aun cuando aquel esté sometido a propiedad privada”: LIBARDO RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo. General y colombiano*, Bogotá, Temis, 17.ª ed., 2011, p. 252.
- 2432 JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN. “Notas históricas sobre la noción de dominio eminente”, cit., pp. 41-53
- 2433 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de noviembre de 1995, exp. 745; en idéntico sentido Concepto del 8 de agosto de 1997, exp. 977.
- 2434 Corte Constitucional. Sentencia C-255 de 2012, reiterada en la Sentencia T-293 de 2016.
- 2435 Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 1992, donde el Tribunal Constitucional cita como sustento la noción de dominio eminente desarrollada por MARIENHOFF.

En similar sentido la Sentencia C-595 de 1995 donde se dijo que aquel concepto “se encuentra íntimamente ligado al concepto de soberanía, en razón de que el Estado sólo ejerce sobre el territorio un poder supremo [...]”; posteriormente, en la Sentencia C-536 de 1997 la Corte volvió a ligar ese concepto con el de soberanía, así: “Técnica y jurídicamente el ‘dominio eminente’ es la expresión de la soberanía, que se manifiesta como un poder que maneja el Estado, entre otras cosas, para regular, orientar y vigilar el uso, aprovechamiento y disposición de la propiedad, tal como ocurre con las normas sobre la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo en armonía con sus aptitudes, la expropiación de bienes cuando la utilidad pública o el interés social lo requieran, la extinción del dominio sobre los bienes de origen ilícito o detentados al margen de su función social y ecológica, y, en fin, para dictar prescripciones en la esfera de la propiedad pública o privada cuando ello resulta necesario para asegurar el cumplimiento de los fines y cometidos del Estado Social de Derecho”.

2436 Para una visión crítica detallada sobre el particular, cfr. JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI. *Derecho administrativo de bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 240 y ss.

2437 Como también lo recoge el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, reconociendo el derecho de propiedad privada, admite que la ley puede subordinar su uso y goce al interés social, y habilita la expropiación de bienes por razones de utilidad pública o interés social, conforme lo disponga la ley, y mediante el pago de indemnización justa. En esta línea de pensamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia del 6 de mayo de 2008 sostuvo: “[...] 60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional. // 61. El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que *para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, practicarse según los casos y las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención.* // 62. A su vez, este Tribunal ha señalado que ‘la restricción de los derechos consagrados en la Convención debe ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio de [un] derecho [...]’” (cursiva fuera de texto).

2438 Cfr. JEAN BODIN. *Los seis libros de la República*, 3.^a ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 47.

2439 Cfr. CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Alianza, 1982, pp. 93-94.

2440 Ya DUGUIT en su momento presentó una sólida crítica a los fundamentos de derecho público que se apoyaban en la noción de soberanía al ver en ello un reflejo de percepciones individualistas desconocedoras de las necesidades solidarias de los grupos sociales, respondiendo a esto último el poder estatal, es por ello que DUGUIT postuló la noción de servicio público como sustitativa de la soberanía como fundamento del derecho público: “Existe, pues, una correspondencia íntima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios. Esta correspondencia, sentida siempre, resulta claramente comprendida y querida con fuerza por el hombre moderno. Esto basta para fundamentar la obligación jurídica de los gobernantes. No existe hoy, en el mundo civilizado, un solo espíritu que no se halle profundamente penetrado de la idea de que todos aquellos que tienen el poder por un título cualquiera [...] es, no para su provecho, sino para el de los gobernados, y la idea tiene tal fuerza, que todos los ejercientes del poder la repiten a porfía, aun cuando en realidad traten de sacar el mayor beneficio posible de su situación”; cfr. LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones generales del derecho público y privado*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 34. Sobre la crítica de DUGUIT al concepto de soberanía se ha sostenido en otro lugar: “En esta misma línea de reproche se rompe con los conceptos clásicos del poder, la soberanía y de contera el de Estado, que se fundaban en criterios metafísicos ligados íntimamente con la temática de los derechos subjetivos en consecuencia abstractos y salidos de toda lógica positiva. Como resultado de esta revisión del tema, la teoría realista abrió las puertas de la doctrina al concepto de servicio público como su sustituto realista y objetivo, tal como se expondrá a propósito del elemento solidarista de la doctrina”: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2010, p. 124.

2441 Corte Constitucional. Sentencia T-141 de 1996: “[...] 5. ¿Qué se entiende por territorio? ‘Artículo 101 CP: Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación. Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República. Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen. También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales”. CHARLES ROUSSEAU, caracteriza el territorio de la siguiente manera: “El territorio es un elemento que ofrece gran interés para la construcción jurídica del concepto del Estado, puesto que sobre él se halla instalada la comunidad nacional”. Mantener la integridad territorial es uno de los fines del Estado (art. 2.º CP). Las autoridades tienen que hacer respetar la integridad nacional y los colombianos deben apoyar el ejercicio de los actos que buscan mantener la integridad territorial de la Nación. Es inconcebible poner en entredicho la protección territorial efectuada por un barco de la Armada. Es que ese es uno de sus deberes. En la presente tutela se aduce la peregrina tesis de que los barcos oceanográficos de la Armada Nacional sólo tienen funciones investigativas. Ni más faltaba que la Armada renunciara a su principal función: DEFENDER LA SOBERANÍA, porque adicionalmente uno de sus buques efectuara investigaciones oceanográficas. Precisamente, el artículo 56 de la Convención del Mar, señala como uno de los derechos del Estado ribereño sobre su zona económica exclusiva el de efectuar “la investigación científica marina”. Luego, bajo ningún motivo se le puede objetar a los barcos de la Armada la protección a la integridad territorial de la Nación, cuando también realizan investigaciones científicas. Es más, la propia Constitución Política de Colombia, en el artículo 217 ordena de manera perentoria: “La Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea [...] Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”.

2442 Corte Constitucional. Sentencia T-141 de 1996: “[...] 6. *La zona económica exclusiva*. El artículo 101 de la CP al reconocer a la zona económica exclusiva como parte del territorio, no hace otra cosa que aceptar la actual posición del derecho internacional. El tratadista MARCO GERARDO MONROY CABRA investiga los antecedentes de esta figura novedosa del derecho internacional que conjuga manifestaciones de la zona de alta mar (p. ej. libertad de navegación) y del mar territorial (derechos soberanos con el fin de explorar y explotar recursos naturales). Dice: ‘Según lo expresa F. B. GARCÍA AMADOR, ‘los antecedentes más remotos de la zona económica exclusiva en lo referente a los recursos vivos son los siguientes: La reivindicación de las llamadas ‘pesquerías sedentarias’, la del derecho de propiedad y de protección sobre las focas del mar de Bering y de otros recursos, y la de una determinada área del Estuario de Moray’. Sin embargo, los antecedentes inmediatos de la zona económica exclusiva se encuentran en los actos unilaterales de los Estados latinoamericanos colindantes en el Océano Pacífico bajo la idea de compensación respecto a los recientes reclamos de extensas plataformas continentales de otros Estados. Luego, el reconocimiento y desarrollo de la zona económica siguió con el establecimiento de la Comisión *Ad Hoc* de los Fondos Marinos por la Asamblea General de la ONU (1967). El proceso de aceptación de esta zona continúa con las Declaraciones de Montevideo y Lima de 1970, Santo Domingo de 1972 y la opinión del Comité Jurídico Consultivo Afro-Asiático que tomó posición favorable a la nueva zona, proceso que llevó de Colombo a Yaoundé y Lagos de (1971 a 1972) y culminó con la Declaración de la

Organización de la Unidad Africana (Adis-Abeba, 1973). La zona económica implica una redistribución de los recursos vivos del mar y en la forma como está concebido en el Proyecto de Convención sobre el Derecho del Mar cubre el treinta y seis por ciento de los océanos y proporciona el noventa y cuatro por ciento de las pesquerías en explotación'. Otro tratadista colombiano: ENRIQUE GAVIRIA LIÉVANO, precisa qué es la zona económica exclusiva: 'La denominación de 'zona económica exclusiva' se logró después de acalorados debates en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Inicialmente se habló de 'mar patrimonial', 'zona exclusiva de pesca' o simplemente 'zona económica'. Hoy se acepta la denominación de zona económica exclusiva con una extensión de 200 millas, medidas desde donde se mide la anchura del mar territorial. El concepto mismo de 'zona económica' planteó acalorados debates sobre su régimen jurídico, pues no se sabía a ciencia cierta si se trataba de un mar territorial, de una zona contigua, o simplemente de alta mar. Hoy se sabe que la 'zona económica' no es ni alta mar, ni mar territorial, ni zona contigua, sino que tiene un sistema híbrido que trata de conciliar los derechos del Estado ribereño con el de los terceros, y su ejercicio está sujeto al respeto correlativo de los intereses en juego. A favor del Estado ribereño se reconoce no solo soberanía exclusiva sobre los recursos naturales que se encuentren en los fondos marinos, en el subsuelo y en las aguas suprayacentes, sino también jurisdicción respecto del uso y control de sus aguas (establecimiento de instalaciones, investigación científica, prevención del medio marino, etc.). A los terceros Estados se les reconoce derecho de sobrevuelo, libre navegación y tendido de cables submarinos sobre dichas aguas. Es decir, se les reconoce las tradicionales libertades de alta mar, excepción hecha de la pesca, que queda reservada al Estado ribereño o costero en la extensión señalada'. Como el propio artículo 101 de nuestra Constitución Política supedita el calificativo de TERRITORIO a la zona económica exclusiva 'de conformidad con el Derecho Internacional', hay que acudir a la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, en virtud del principio de aplicación del Derecho Internacional Consuetudinario aceptado por Colombia, no solo porque el artículo 9.º de la CP ordena que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan también en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, sino porque el artículo 101 de la Ley de Leyes incorporó en su texto el término 'zona económica exclusiva' que surgió en la Convención de las Naciones Unidas sobre el mar, en 1982. Allí se define la zona económica exclusiva en el artículo 55: 'un área situada más allá del mar territorial y adyacente a este, sujeta al régimen jurídico específico establecido en esta parte, de acuerdo con el cual los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño y los derechos y libertades de los demás Estados se rigen por las disposiciones pertinentes de esta convención'. La Convención también fija la extensión del mar territorial (hasta 12 millas marinas) y a sus aguas se las llama 'aguas interiores' (art. 3.º); indica que la zona contigua no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas (art. 33) y el artículo 56 relaciona los derechos, jurisdicción y deberes en la *zona económica exclusiva*: 'Artículo 56. *Derechos, jurisdicción y deberes del Estado ribereño en la zona económica exclusiva*. 1. En la zona económica exclusiva, el Estado ribereño tiene: a) derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; b) jurisdicción con arreglo a las disposiciones pertinentes de esta Convención, con respecto a: i) el establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras; ii) la investigación científica marina; iii) la protección y preservación del medio marino; c) otros derechos y deberes previstos en esta Convención. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes en la zona económica exclusiva en virtud de esta Convención, el Estado ribereño tendrá debidamente en cuenta los derechos y deberes de los demás Estados y actuará de manera compatible con las disposiciones de esta Convención. 3. Los derechos enunciados en este artículo con respecto al lecho del mar y su subsuelo se ejercerán de conformidad con la Parte VI'. Los anteriores derechos, jurisdicción y deberes, según la misma Convención del mar, son normativamente protegidos y pueden ser desarrollados, en efecto: 'Artículo 73. *Ejecución de leyes y reglamentos del Estado ribereño*. 1. El Estado ribereño, en el ejercicio de sus derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos vivos de la zona económica exclusiva, podrá tomar las medidas que puedan ser necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta Convención, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales. 2. Los buques apresados y sus tripulantes serán liberados con prontitud, previa constitución de una fianza razonable y otra garantía. 3. Las sanciones establecidas por el Estado ribereño por violaciones de las leyes y los reglamentos de pesca en la zona económica exclusiva no podrán incluir penas privativas de libertad, salvo acuerdo en contrario entre los Estados interesados, ni ninguna otra forma de castigo corporal. 4. En los casos de apresamiento o retención de buques extranjeros, el Estado ribereño notificará con prontitud al Estado del pabellón por los conductos apropiados, las medidas tomadas y cualesquiera sanciones impuestas subsiguientemente'. En Colombia ya se han expedido algunas normas: la Ley 13/90, Estatuto General de Pesca. Dice entre otras cosas que pertenecen al dominio público del Estado los recursos hidrobiológicos contenidos en el mar territorial, en la zona económica exclusiva y en las aguas, continentales (como se aprecia, esta ley, ya recogía la noción aceptada en 1982 en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar). El Decreto 2256/91. 'Por el cual se reglamenta la Ley 13 de 1990', en su artículo 15 dice que el INPA tiene jurisdicción en todo el territorio nacional (obviamente en zona económica exclusiva) y el artículo 170 establece: 'La Armada Nacional retendrá las embarcaciones pesqueras que sean sorprendidas pescando...'. El Decreto 2324/84, por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria señala en su artículo 2.º que la DIMAR ejerce su jurisdicción hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva y permite que buques de la armada visiten buques de bandera extranjera cuando se sospeche que han cometido infracción. 7. *La soberanía económica*. El artículo 73 de la Convención sobre el derecho del mar habla de DERECHO DE SOBERANÍA. Es obvio que no se trata de una soberanía plena la que el Estado ribereño puede ejercer sobre la zona económica exclusiva. ALONSO GÓMEZ ROBLEDO aclara este aspecto: 'Así pues, la zona económica exclusiva constituye una zona de soberanía económica, que forma parte de lo que se puede llamar la zona de jurisdicción nacional, la cual comprende a su vez una extensión de total soberanía, es decir, la de las aguas interiores y la de mar territorial. Esta zona de soberanía económica se refiere a la explotación de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, así como a la producción de la energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; pero no se aplica al espacio marítimo, en sí mismo, ya que éste permanece abierto a las libertades tradicionales de navegación y de comunicación'. Esta expresión de 'soberanía económica' es cercana a la naturaleza jurídica de la zona económica exclusiva y exige para su protección las medidas permitidas en el tantas veces citado artículo 73 de la Convención del mar. Pero, es importante aclarar: la existencia de esta soberanía especial y de la soberanía nacional no contradicen el espíritu de integración latinoamericana y del Caribe consagrada como orientadora de las relaciones internacionales en el artículo 9.º de la Constitución...'

2443 Cfr. [https://es.wikipedia.org/wiki/Geograf%C3%ADa_de_Colombia]: "... Los puntos extremos del territorio continental colombiano están al norte en Punta Gallinas, en la península de la Guajira, latitud 12.º 30' 46" Norte. Por el sur en la boca de la quebrada San Antonio, en inmediaciones del Trapecio amazónico y localizado en latitud 4.º 13' 30" Sur. Hacia el este tiene como punto de referencia la Isla de San José en el río Negro, frente a la Piedra del Cocuy, localizada en longitud 66.º 50' 54" Oeste. Por el oeste, el Cabo Manglares, en el departamento de Nariño localizado en longitud 79.º 01' 23" Oeste..." (información no oficial del Estado colombiano, se toma simplemente a título de mera referencia).

2444 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/venezuela>]: "... Colombia comparte con Venezuela una frontera de más de 2.219 kilómetros. De las negociaciones para definir los límites con los países vecinos, las llevadas a cabo con esta República fueron, indudablemente, las más complejas y dilatadas. La delimitación se acordó por una serie de instrumentos que incluyen el Laudo Español de 1891, el arbitramento del Consejo Federal Suizo de 1922 y, finalmente, el Tratado López de Mesa-Gil Borges de 1941, el cual puso fin a la larga negociación territorial. Siglo XIX. "Tratado sobre arbitramento 'Juris', entre los Estados Unidos de Colombia y los Estados Unidos de Venezuela", suscrito en Caracas (Venezuela), el 14 de septiembre de 1881, por los plenipotenciarios JUSTO AROSEMENA de Colombia y ANTONIO L. GUZMÁN de Venezuela. "Laudo en la cuestión de Límites entre la República de Colombia y los Estados Unidos de Venezuela", dado en el Real Palacio de Madrid (España), el 16 de marzo de 1891, por la Reina Regente Doña MARÍA CRISTINA. Siglo XX. "Laudo Arbitral del Consejo Federal Suizo", dado en Berna, Suiza, el 24 de marzo de 1922, y suscrito por los señores Presidente y Canciller de la Confederación Suiza. "Tratado sobre Demarcación de Fronteras y Navegación de los Ríos Comunes con Venezuela", suscrito en el Templo de la Villa del Rosario de Cúcuta el 5 de abril de 1941 por los Plenipotenciarios LUIS LÓPEZ DE MESA y ALBERTO PUMAREJO de Colombia y ESTEBAN GIL BORGES y JOSÉ SANTIAGO RODRIGUEZ de Venezuela..." (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).

2445 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/brasil>]. "Los instrumentos que fijan la frontera entre Colombia y Brasil son: "Tratado de Bogotá entre Colombia y el Brasil", suscrito en Bogotá, el 24 de abril de 1907 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, ALFREDO VÁSQUEZ COBO y el Ministro Residente en Misión Especial de Brasil ENEAS

MARTINS; “*Tratado de Límites y Navegación Fluvial entre Colombia y el Brasil*”, suscrito en Río de Janeiro (Brasil), el 15 de noviembre de 1928, entre el Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de Colombia en Brasil, LAUREANO GARCÍA ORTIZ, y el Ministro de Estado de las Relaciones Exteriores de Brasil, OCTAVIO MANGABEIRA...” (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).

- 2446 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/peru>]: “... La frontera entre las Repúblicas de Colombia y Perú tiene una longitud aproximada de 1.626 kilómetros. Las conversaciones para la suscripción de un Tratado de límites se iniciaron muy poco tiempo después de la liberación de España y se dieron durante un periodo muy largo, que concluyó únicamente en 1922. El Tratado, además de fijar el límite entre Colombia y Perú, contempla: que Colombia declara como peruanos los territorios comprendidos entre la margen derecha del río Putumayo hacia el oriente de la boca del río Cuhimbé, y la línea establecida y amojonada como frontera entre Colombia y Ecuador en las hoyas de los ríos Putumayo y Napo en virtud del Tratado de límites celebrado entre ambas Repúblicas en 1916; que los países se reconocen recíprocamente y a perpetuidad la libertad de tránsito terrestre y la libre navegación por los ríos comunes, sus afluentes y afluentes. Los instrumentos que fijan la frontera entre Colombia y Perú son: ‘*Tratado de Límites y Libre Navegación Fluvial entre la República de Colombia y la República del Perú*’, suscrito en Lima, Perú, el 24 de marzo de 1922 por los Plenipotenciarios FABIO LOZANO T. de Colombia y ALBERTO SALOMÓN del Perú; ‘*Acta Tripartita de Límites y Navegación entre Colombia, Perú y Brasil*’, firmada en Washington D.C., el 4 de marzo de 1925, por los Plenipotenciarios CHARLES E. HUGHES, conciliador por Estados Unidos, HERNÁN VELARDE, por Perú, ENRIQUE OLAYA HERRERA, por Colombia y SAMUEL DE SOUZA LEÃO GRACIE, por Brasil. ‘*Protocolo de Amistad y Cooperación entre la República de Colombia y la República del Perú*’, firmado en Río de Janeiro el 24 de mayo de 1934, junto con un ‘*Acta Adicional*’ firmada el mismo día...” (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).
- 2447 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/ecuador>]: “Los instrumentos que fijan la frontera entre Colombia y Ecuador son: ‘*Tratado de Límites entre la República de Colombia y la República del Ecuador*’, suscrito en Bogotá, Colombia, el 15 de julio de 1916 por los Plenipotenciarios MARCO FIDEL SUÁREZ de Colombia y ALBERTO MUÑOZ VERNAZA del Ecuador...” (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).
- 2448 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/panama>]: “... La frontera terrestre con la República de Panamá se extiende por 266 kilómetros, aproximadamente. La negociación con este país (1906-1924) se inició algún tiempo después de la separación del Departamento de Panamá en 1903, y el acuerdo definitivo se alcanzó en 1924, ‘*Tratado de Límites entre la República de Colombia y la República de Panamá*’, suscrito en Bogotá, el 20 de agosto de 1924 por los Plenipotenciarios JORGE VELÉZ de Colombia y NICOLÁS VICTORIA J. de Panamá...” (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).
- 2449 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/delimitacion-ecuador>]: “... En 1975 el *Convenio Liévano-Lucio* [...] sobre delimitación de áreas marinas y submarinas y cooperación marítima entre las Repúblicas de Colombia y del Ecuador, suscrito en Quito el 23 de agosto de 1975, por los Plenipotenciarios INDALECIO LIÉVANO AGUIRRE de Colombia y ANTONIO JOSÉ LUCIO PAREDES de Ecuador (aprobado mediante Ley 32 de 1975), y vigente para ambos Estados desde el 22 de diciembre de 1975. En este Tratado se estableció más allá de las 12 millas, una zona común (franja) de 10 millas náuticas de ancho a cada lado del paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países, para tránsito de embarcaciones dedicadas a la pesca artesanal. Colombia ratificó el tratado mediante la Ley 32 del 15 de noviembre del mismo año y fue promulgado por Decreto número 117 del 23 de enero del siguiente año...” (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).
- 2450 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/delimitacion-panama>]: “... el *Tratado Liévano-Boyd* [...] sobre delimitación de áreas marinas y submarinas y asuntos conexos entre la República de Colombia y la República de Panamá, suscrito en Cartagena el 20 de noviembre de 1976, por los Plenipotenciarios INDALECIO LIÉVANO AGUIRRE de Colombia y AQUILINO E. BOYD. Incluye la delimitación en el Mar Caribe y el Océano Pacífico (aprobado mediante Ley 4.ª de 1977), y vigente para ambos Estados desde el 30 de noviembre de 1977. Colombia ratificó este tratado por medio de la Ley 4.ª del 21 de enero de 1977 y se canjearon las ratificaciones en Panamá el 30 de noviembre del mismo año...” (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).
- 2451 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/delimitacion-costa-rica>]: “... el *Tratado Fernández-Facio* con la República de Costa Rica (en el Caribe) en el mar Caribe. Delimitación de áreas marinas y submarinas y cooperación marítima entre la República de Costa Rica y la República de Colombia, suscrito en San José el 17 de marzo 1977, por los Plenipotenciarios HERACLIO FERNÁNDEZ SANDOVAL de Colombia y GONZALO J. FACIO de Costa Rica (pendiente de ratificación por Costa Rica) (aprobado mediante Ley 8.ª de 1978). Colombia ratificó este tratado mediante la Ley 8.ª del 4 de agosto de 1978, y hasta la fecha no se han canjeado instrumentos en razón de que Costa Rica aún no lo ha ratificado. Pendiente de ratificación por Costa Rica. *Una vez revisado el archivo de la Coordinación del Grupo Interno de trabajo de Tratados, se constató que no se tiene constancia del Canje de Instrumentos, por lo cual el Tratado no se encuentra en vigor.* En 1984 el *Tratado Lloreda-Gutiérrez* con la República de Costa Rica en el Océano Pacífico. Tratado sobre delimitación de áreas marinas y submarinas y cooperación marítima entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, suscrito en Bogotá el 6 de abril de 1984, por los Plenipotenciarios RODRIGO LLOREDA CAICEDO de Colombia y CARLOS JOSÉ GUTIÉRREZ de Costa Rica (aprobado mediante la Ley 54 de 1985). Este tratado se encuentra vigente para ambos Estados desde el 20 de febrero de 2001 [...] fue ratificado por Colombia mediante la Ley 54 del 6 de junio de 1985 y depositados los instrumentos de ratificación el 20 de febrero de 2001...” (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).
- 2452 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/delimitacion-nicaragua>]: “... Tratado sobre cuestiones territoriales entre Colombia y Nicaragua, suscrito en Managua el 28 de marzo de 1928, por los Plenipotenciarios MANUEL ESGUERRA de Colombia y JOSÉ BÁRCENAS MENESES de Nicaragua (aprobado mediante Ley 93 de 1928) y Acta de Canje de Ratificaciones del Tratado de 1930. *Acta de Canje*: firmada en la ciudad de Managua, el día 5 de mayo de 1930...” (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).
- 2453 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/delimitacion-honduras>]: “... *Tratado Ramírez-López* [...] sobre delimitación marítima entre las Repúblicas de Colombia y Honduras, suscrito en San Andrés el 2 de agosto de 1986, por los Plenipotenciarios AUGUSTO RAMÍREZ OCAMPO de Colombia y CARLOS LÓPEZ CONTRERAS de Honduras (aprobado mediante la Ley 539 de 1999), y vigente para ambos Estados desde el 20 de diciembre de 1999. Colombia ratificó este tratado mediante la Ley 539 del 13 de diciembre de 1999, y los instrumentos de ratificación fueron depositados el 21 de diciembre del mismo año...” (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).
- 2454 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/delimitacion-jamaica>]: “... *Tratado Sanín-Robertson* [...] sobre la delimitación marítima entre la República de Colombia y Jamaica, suscrito en Kingston el 12 de noviembre de 1993, por los Plenipotenciarios NOEMÍ SANÍN DE RUBIO de Colombia y PAUL DOUGLAS ROBERTSON de Jamaica (aprobado mediante la Ley 90 de 1993), y vigente para ambos Estados desde el 14 de marzo de 1994. Paralelamente el país siguió avanzando en la ruta del mar expidiendo la Ley 10.ª de 1978 por medio de la cual se dictan normas sobre Mar Territorial, la Zona Económica Exclusiva y la Plataforma Continental, incorporando con ello a la legislación nacional material del nuevo derecho del mar. Así mismo, se emitió la Ley 1436 de 1984 que fijó las Líneas de Base Rectas, a partir de las cuales se miden las áreas marítimas consagradas en el Derecho del Mar. El tratado fue ratificado por Colombia mediante la Ley 90 del 10 de diciembre de 1993 y se canjearon los instrumentos de ratificación el 14 de marzo de 1994 en la ciudad de Bogotá. Posteriormente Colombia expidió el 10 de septiembre de 2013, el Decreto que regula la Zona Contigua Integral...” (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).
- 2455 Cfr. [<http://www.cancilleria.gov.co/politica/delimitacion-republica-dominicana>]: “... *Acuerdo Liévano-Jiménez* [...] sobre delimitación de fronteras marinas y submarinas y cooperación marítima entre la República de Colombia y la República Dominicana, suscrito en Santo Domingo el 13 enero de 1978, por los Plenipotenciarios INDALECIO LIÉVANO AGUIRRE, por Colombia, y RAMÓN EMILIO JIMÉNEZ, por la República Dominicana (aprobado mediante la Ley 38 de 1978), y vigente para ambos Estados desde el 15 de febrero de 1979. El tratado fue ratificado por Colombia mediante la Ley 38 del 12 de diciembre de 1978, los instrumentos de ratificación fueron canjeados en Bogotá el 15 de febrero de

1979 y promulgado por decreto número 33 del 28 de diciembre del mismo año...” (información obtenida de la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia el 26 de marzo de 2017).

- 2456 FRANCISCO AVELLA et ál. “Gestión del litoral en Colombia. Reto de un país con tres costas”. Disponible en [http://www.cco.gov.co/docs/ibermar/g_litoral.pdf], consultada el 29 de abril de 2013. Sin perjuicio de lo cual, existen once áreas protegidas en el litoral colombiano, siete de las cuales están situadas en la Región Caribe, distribuidas de la siguiente forma: a. Parque Natural Nacional Isla Salamanca; b. Parque Natural Nacional Los Katíos; c. Parque Natural Nacional Macuira; d. Parque Natural Nacional Sierra Nevada de Santa Marta; e. Parque Natural Nacional Tayrona, y f. Parque Natural Nacional Corales del Rosario; en tanto que, en la Región del Pacífico se destaca la Isla de Malpelo. Finalmente, existe también un “Área Marina Protegida –AMP–” en el Archipiélago. Además, existen reservas de biosfera de la UNESCO, como la Sierra Nevada de Santa Marta y el Seaflower en San Andrés y Providencia.
- 2457 JEAN-LUC MICHAUD. *La ordenación de las zonas litorales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.
- 2458 Constitución Política de Colombia. Artículo 101, Incisos 3 y 4: “... Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, y Santa Catalina, la Isla de Malpelo y demás islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen [...] También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales. Cfr. REYNALDO MUÑOZ CABRERA. *La protección del medio ambiente marino, insular y costero, y el caso de las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; MARTÍN BASSOLS COMA. “El medio ambiente y la ordenación del territorio”, *Documentación Administrativa (Ecología y Medio Ambiente)*, n.º 190, extraordinario, abril-junio de 1981, pp. 407-439.
- 2459 Ley 10.ª de 1978. “Artículo 1.º. El mar territorial de la nación colombiana sobre el cual ejerce plena soberanía, se extiende, más allá de su territorio continental e insular y de sus aguas interiores hasta una anchura de 12 millas náuticas o de 22 kilómetros 224 metros. // La soberanía nacional se extiende igualmente al espacio situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de este mar”.
- 2460 Ley 10.ª de 1978. “Artículo 3.º. El límite exterior del mar territorial está determinado por una línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentran a una distancia de 12 millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas de base a que se refiere el artículo siguiente. // Artículo 4.º. La línea de base normal para medir la anchura del mar territorial será la línea de bajamar a lo largo de la costa. En los lugares en que la costa tenga profundas aberturas o escotaduras, o en las que haya una franja de islas a lo largo de la costa situadas en su proximidad inmediata, la medición se hará a partir de las líneas base rectas que unan los puntos apropiados. Las aguas situadas entre las líneas de base y la costa serán consideradas como aguas interiores. // Artículo 5.º. En los golfos y bahías cuyos puntos naturales de entrada se encuentran a una distancia no mayor de 24 millas, el mar territorial se medirá desde una línea de demarcación que una los referidos puntos. // Las aguas que encierre dicha línea serán consideradas como interiores. // Si la boca del golfo o de la bahía excediere de 24 millas, se podrá trazar dentro de ella una línea de base recta de esa longitud, que encierre la mayor superficie de agua posible. // Artículo 6.º. En los ríos que desembocan directamente en el mar, la línea de base será una línea recta trazada a través de su desembocadura entre los puntos de la línea de bajamar en las orillas”.
- 2461 Ley 10.ª de 1978. “Artículo 7.º. Establécese, adyacente al mar territorial, una zona económica exclusiva cuyo límite exterior llegará a 200 millas náuticas medidas desde las líneas de base desde donde se mide la anchura del mar territorial. // Artículo 8.º. En la zona establecida por el artículo anterior, la nación colombiana ejercerá derechos de soberanía para efectos de la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales vivos y no vivos del lecho y del subsuelo y de las aguas suprayacentes; así mismo, ejercerá jurisdicción exclusiva para la investigación científica y para la preservación del medio marino”.
- 2462 Ley 10.ª de 1978. “Artículo 10.º. La soberanía de la nación se extiende a su plataforma continental para los efectos de exploración y explotación de los recursos naturales”.
- 2463 Debe tenerse en cuenta que las “áreas marinas han sido objeto de ordenamiento, mediante la Convención sobre la Plataforma Continental suscrita en Ginebra el 29 de abril de 1958, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Plataforma Continental. En Colombia este ordenamiento fue aceptado mediante la Ley 9.ª de 1961, la cual sirvió de base para la expedición de la Ley 10.ª de 1978, mediante la cual se dictan normas sobre mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental”. Disponible en [www.banrepcultural.org/blaavirtual/geografia/deter/6.htm], consultada el 29 de abril de 2013.
- 2464 De acuerdo con la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua contra Colombia: “[...] 26. Está bien establecido en el derecho internacional que las islas, por pequeñas que sean, son susceptibles de apropiación (ver, por ejemplo: *Cuestiones de delimitación marítima y territorial entre Qatar y Bahrein, Méritos, Sentencia, C.I.J. Recueil, 2001, p. 102 párr. 206*). Por contraste, elevaciones de bajamar no pueden ser apropiadas aunque ‘un Estado costero tiene soberanía sobre las elevaciones de bajamar que se encuentran en su mar territorial en tanto es soberano sobre su mar territorial’ [...] y las elevaciones de bajamar que se encuentren dentro del mar territorial pueden ser tenidas en cuenta para el propósito de medir el punto de arranque del mar territorial [...] Como la Corte ya lo indicó, hasta la isla más pequeña genera 12 millas náuticas de mar territorial (cfr. *Delimitación marítima y territorial...*, cit., pp. 101-102. *Párr. 205*); también *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (Nicaragua vs. Honduras) Sentencia C.I.J. Recueil 2007 (ii) p. 751. Párr. 302*”. De lo anterior se extrae que es posible que la decisión judicial de la Corte Internacional tenga incidencia en el contenido del artículo 1.º de la Ley 10.ª de 1978, según la cual: “El mar territorial de la Nación colombiana, sobre el cual ejerce plena soberanía, se extiende, más allá de su territorio continental e insular y de sus aguas interiores hasta una anchura de 12 millas náuticas o de 22 kilómetros 224 metros. La soberanía nacional se extiende igualmente al espacio situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de este mar”.
- 2465 Además de las normas citadas, las normas legales colombianas relacionadas con el litoral y su manejo integrado son las Leyes 12 de 1981 (aprobatoria del Convenio Marpol y de su protocolo de 1978); 45 de 1985 (aprobatoria del Convenio para la protección del Medio Marino y Zona Costera del Pacífico sudeste); 56 de 1987 (aprobatoria del Convenio para la protección y el desarrollo del Medio Marino en la Región del Mar Caribe); 1.ª de 1990 (Estatuto de Puertos); 13 de 1990 (Estatuto General de Pesca); 1.ª de 1991 (por medio de la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos), y 12 de 1992 (aprobatoria del Protocolo para la conservación y administración de las áreas marinas y costeras protegidas del Pacífico Sudeste); Decreto 838 de 1992 (por medio del cual se reglamenta el régimen de concesiones y licencias portuarias previstas en la Ley 1.ª de 1991); Leyes 99 de 1993; 101 de 1993 (Ley General del Desarrollo Agropecuario y Pesquero); 164 de 1994 (por medio de la cual se aprueba la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático de 1992); 165 de 1994 (por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre la Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992); 357 de 1997; 388 de 1997; 658 de 2001 (Ley de Practicaje Marítimo y Fluvial); 768 de 2002 (Ley de Distritos de Santa Marta, Barranquilla y Cartagena; creación de comités locales de manejo de Zonas Costeras); 830 de 2003, y 915 de 2004 (por la cual se dicta el Estatuto Fronterizo para el Desarrollo Económico y Social del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina); Decreto 2766 de 2005 (por medio del cual se adopta el Plan de Expansión Portuaria 2005-2006), y Ley 1152 de 2007.
- 2466 Decreto 2324 de 1984. “Artículo 2.º. *Jurisdicción*. La Dirección General Marítima y Portuaria ejerce su jurisdicción hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva, en las siguientes áreas: aguas interiores marítimas, incluyendo canales intercostales y de tráfico marítimo; y todos aquellos sistemas marinos y

fluvio-marinos; mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, lecho y subsuelo marinos, aguas suprayacentes, litorales, incluyendo playas y terrenos de bajamar, puertos del país situados en su jurisdicción; islas, islotes y cayos y, sobre los ríos que a continuación se relacionan, en las áreas indicadas”.

2467 Artículo 58 Constitución Política de Colombia.

2468 Artículo 333 ibíd.

2469 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1682 del 2 de noviembre de 2005. “En el artículo 20 del Decreto Ley 2324 de 1984, el legislador extraordinario estableció que la DIMAR ‘ejerce su jurisdicción hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva, en las siguientes áreas: aguas interiores marítimas, incluyendo canales intercostales y de tráfico marítimo; y todos aquellos sistemas marinos y fluvio-marinos; mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, lecho y subsuelo marinos, aguas suprayacentes, litorales, incluyendo playas y terrenos de bajamar, puertos del país situados en su jurisdicción; islas, islotes y cayos y, sobre los ríos’ que relaciona el mismo artículo 20. Observa la Sala que todos los bienes incluidos en el artículo en comento, desde la perspectiva del derecho interno corresponden a la categoría de bienes de uso público, que algunos de ellos como el mar territorial y la zona económica exclusiva están regulados por el derecho internacional, y todos están ontológicamente vinculados con la configuración del concepto constitucional y de derecho internacional de territorio, que por tanto, guardan una relación estrecha con la identidad del Estado colombiano y del ámbito espacial en el cual ejerce su soberanía. Estas condiciones, a su vez, sustentan la calificación de bienes de uso público que consagra el artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984”.

2470 “Artículo 7.º. El dominio que ejerce la Nación sobre las aguas de uso público, conforme al artículo 80 del Decreto-Ley 2811 de 1974, no implica su usufructo como bienes fiscales, sino por pertenecer a ellas al Estado, a éste incumbe el control o supervigilancia sobre el uso y goce que les corresponden a los particulares, de conformidad con las reglas del Decreto-Ley 2811 de 1974 y las contenidas en el presente decreto”.

2471 “Artículo 9.º. El dominio sobre las aguas de uso público no prescribe en ningún caso”.

2472 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1682 del 2 de noviembre de 2005. “[...] resalta entonces la Sala que un mismo bien, por ejemplo una playa, puede estar sometido a variadas regulaciones, pues en sí misma es un bien de uso público, pero también puede hacer parte del espacio público de una determinada ciudad, y además puede existir una zona de manglares que debe ser protegida en forma tal que garantice el ambiente sano, de suerte que bajo estas tres regulaciones puede haber tres autoridades administrativas que tengan a su cargo el ejercicio de unas funciones orientadas a ejecutar cada una de estas regulaciones, de allí la necesidad de haber aclarado estos conceptos para proceder al estudio de las competencias propias de la DIMAR y demás autoridades con las que se relaciona”.

2473 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de julio de 2003, exp. 8326. La Constitución Política establece en el artículo 63 que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables. En el Decreto 2324 de 1984, “por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria”, y para efectos de su competencia, se definen así los bienes de uso público: “Artículo 166. *Bienes de uso público*. Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo”. En relación con los bienes de uso público la Corte Suprema de Justicia expresó: “Luego, ha dicho la Corte, los puentes y caminos así como las demás obras (calzadas, canales, etc.), que se construyan por los particulares a sus expensas y en terrenos de su propiedad, no pasan al dominio de la Nación por el solo hecho de que sus dueños permitan que los habitantes de un territorio puedan libremente transitar, pasear, estacionarse o reunirse en esos sitios. Son éstos actos de mera facultad que de acuerdo con el artículo 2520 del C.C., no confieren posesión ni dan lugar a prescripción alguna. Dicho en otros términos, lo que da a un bien el carácter de bien de la Unión de uso público o de bien público del territorio –para emplear una cualquiera de las expresiones de que se vale el inciso 2.º del art. 674 del mismo C.C.–, no es solamente su afectación a un servicio público. Es necesario, además, que esa afectación o destinación, decretada por la autoridad, esté respaldada por un título de dominio sobre tal bien y a favor de la Nación misma. Lo contrario constituiría el más franco y absoluto desconocimiento del derecho de propiedad (GJ LXXIV, p. 797)”; cfr. Corte Suprema de Justicia, M. P.: JORGE CASTILLO RUGELES, 029-1999.

2474 Decreto 2324 de 1984: “Artículo 166. *Bienes de uso público*: Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes solo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente Decreto. En consecuencia tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo. Artículo 167. *Definiciones*: Para todos los efectos legales se entenderá por: 1. *Costa Nacional*: una zona de dos (2) kilómetros de ancho paralela a la línea de la más alta marea. 2. *Playa Marítima*: zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal. 3. *Bajamar*: La máxima depresión de las aguas o altura mínima. 4. *Terrenos de Bajamar*: Los que se encuentran cubiertos por la máxima marca y quedan descubiertos cuando ésta baja. 5. *Acantilado*: El área localizada en la zona de costa adyacente al mar, desprovista de vegetación y con pendientes fluctuantes entre los 45.º y 90.º con altura variable”.

2475 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 2 de septiembre de 2002, exp. 6306: “De la confrontación de los textos transcritos (arts. 83 literal d, del Decreto Ley 2811 de 1974; 14 del Decreto 1541 de 1978, y 719, 720 y 724 del Código Civil) se colige que, conforme lo anotó el Ministerio del Medio Ambiente al contestar la demanda, la modificación proviene directamente del artículo 83 literal d del Decreto Ley 2811 de 1974, que fue el que estableció la franja de hasta 30 metros, paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, que consideró como bienes inalienables e imprescriptibles del Estado, franja de la que no se ocuparon las citadas normas del Código Civil. De tal manera que lo que hace el acto acusado es desarrollar un texto legal, lo cual es materia propia del reglamento, y su alcance no es, como lo entendió la actora, extender el carácter de bien de uso público, más allá del cauce y la franja de terreno, pues su contenido es claro y coincide enteramente con el de la norma que reglamenta, en el sentido de precisar que hasta una franja de treinta metros de ancho de los suelos que forman los lechos o cauces de las riberas de los ríos, lagos o arroyos que permanentemente están al descubierto por desviación o desecamiento de las aguas, debido a causas naturales, no accederán a los predios ribereños. Cabe advertir que desde la expedición del Decreto Ley 2811 de 1974 se dejaron a salvo los derechos adquiridos, esto es, los terrenos que se hubieren formado por el fenómeno de aluvión, con anterioridad a tal expedición que accedieron a las heredades ribereñas, los que no se consideran bienes inalienables e imprescriptibles, lo cual significa que pueden ser de propiedad privada”.

2476 Constitución Política de Colombia: “Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación [...] Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables [...] Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas [...] Artículo 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común”.

- 2477 Corte Constitucional. Sentencia C-1172 de 2004: “Sin necesidad de realizar un prolijo recuento sobre el tratamiento jurídico de la propiedad, puede decirse que su noción ha evolucionado en tres etapas distintas que van desde la concepción individualista y absolutista pregonada en la época de la adopción del Código Civil, la de la *función social* introducida en la primera mitad del siglo XX por la doctrina solidarista de LEÓN DUGUIT, hasta llegar actualmente a la *función ecológica* inherente al dominio particular por mandato del artículo 58 Superior (puede verse: Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1999). Por lo que respecta a la función ecológica de la propiedad, puede afirmarse que su consagración constitucional constituye una novedosa respuesta del Constituyente a la problemática planteada por la explotación y uso indiscriminado de los bienes y derechos particulares en contra de la preservación del medio ambiente sano, considerado como un derecho y un bien de la colectividad en cuya protección debe estar comprometida la sociedad entera (CP, art. 79). Es decir, que con la introducción de la nueva función ecológica se ha incorporado una concepción del ambiente como límite a su ejercicio, propiciando de esta manera una suerte de ‘ecologización’ de la propiedad privada, ‘porque así como es dable la utilización de la propiedad en beneficio propio, no es razón o fundamento para que el dueño cause perjuicios a la comunidad como por ejemplo con la tala indiscriminada de bosques, la contaminación ambiental, que van en detrimento de otros derechos de los asociados como lo son el del gozar de un medio ambiente sano, que en últimas, se traducen en la protección a su propia vida’ (puede verse: Corte Constitucional. Sentencia T-537 de 1992)”.
- 2478 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2004, exp. 1750-01(AP). En la Constitución Política y en la legislación civil se pueden distinguir dos tipos de bienes sujetos a regímenes jurídicos diferentes: los colectivos o públicos, y los individuales o particulares. Los bienes de dominio privado, protegidos por el artículo 58 de la Carta Política y regulados por las leyes civiles, son aquellos que caen bajo el exclusivo dominio de sus propietarios, entendiendo por dominio el derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, sin ir en contra de la ley ni de un derecho ajeno (art. 669 Código Civil). Los bienes de dominio público por su parte, de los cuales toda la comunidad debe servirse según sus necesidades, constituyen el conjunto de bienes destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o aquellos que están afectados al uso común, tal como se dispone en los artículos 63, 82, 102 de la Constitución; por lo anterior, es claro que el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero a esta clase de bienes. Así mismo, los bienes de uso público figuran en la Constitución como aquellos bienes que reciben un tratamiento especial, ya que son considerados inalienables, inembargables e imprescriptibles.
- 2479 “Estos preceptos [citando los arts. 1.º y 13 de la Ley 20 de 1969] confirman el principio consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano desde la Constitución Política de 1886, según el cual el subsuelo pertenece a la República de Colombia. En efecto, el artículo 202 del régimen anterior disponía que los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados del régimen federal precedente, eran recobrados por la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados o a favor de éstos por la Nación, a título de indemnización. De manera específica disponía la pertenencia a la República de las minas de oro, plata, platino y piedras preciosas, que existieren en el territorio nacional, sin perjuicio, igualmente, de los derechos que por leyes anteriores hubieren adquirido ‘los descubridores’ y ‘explotadores’ sobre algunas de ellas”: Corte Constitucional. Sentencia C-424 de 1994.
- 2480 Ley 20 de 1969. “Artículo 1.º. Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, solo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos”.
- 2481 Y este encuentra perfecta articulación legislativa, entre otras, en el artículo 5.º de la Ley 685 de 2001 que pregona: “Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidad o grupos”.
- 2482 Constitución Política. “Artículo 58. Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social [...]”.
- 2483 “Posteriormente, con la expedición de la Constitución para la Confederación Granadina del 22 de mayo de 1858 la propiedad de las minas pasó a estar en cabeza de los Estados Federados, excepto las minas de esmeralda o las de sal gema. Desde este momento, casi todos los Estados cedieron la propiedad de las minas al dueño del suelo, aunque se reservaban la propiedad sobre las minas de oro, plata y platino”: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de octubre de 2015, exp. 48061.
- 2484 Para una revisión exhaustiva del régimen jurídico sobre el subsuelo y el régimen jurídico en materia petrolera cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 22 de octubre de 2015, exp. 48061 y 24 de agosto de 2016, exp. 41783.
- 2485 Ley 685 de 2001. “Artículo 14. *Título minero*. A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional”.
- 2486 Ley 685 de 2001. “Artículo 6.º. La propiedad estatal de los recursos naturales no renovables es inalienable e imprescriptible. El derecho a explorarlos y explotarlos sólo se adquiere mediante el otorgamiento de los títulos enumerados en el artículo 14 de este Código [...]”.
- 2487 Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016.
- 2488 Ley 685 de 2001. “Artículo 70. *Duración total*. El contrato de concesión se pactará por el término que solicite el proponente y hasta por un máximo de treinta (30) años. Dicha duración se contará desde la fecha de inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional”.
- 2489 Incorporado en el ordenamiento jurídico interno por medio de la Ley 12 del 23 de octubre de 1947.
- 2490 Cfr., sólo por citar algunos casos, los Convenios sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Convenio de Tokio) de 1963; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio de La Haya) 1970; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio de Montreal) de 1971; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presenten servicio de aviación civil internacional (Convenio de Montreal) 1988. En el mismo sentido cfr. los Convenios para la Unificación de algunas normas relativas al transporte aéreo internacional y Protocolo Adicional al artículo 2.º (Convenio de Varsovia) de 1929; el Protocolo que modifica ese Convenio (Protocolo de La Haya) de 1955, y el Convenio Complementario del Convenio de Varsovia (Convenio de Guadalajara) de 1961, así como el Protocolo de Guatemala de 1971 y los Protocolos Adicionales 1, 2, 3, y 4 de Montreal de 1975.
- 2491 Respecto del concepto de espacio ultraterrestre la doctrina suele reconocer que ninguno de los tratados internacionales sobre la materia, ni los documentos de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión sobre el Espacio Ultraterrestre de las Naciones Unidas ha establecido alguno. Las elaboraciones doctrinarias se dirigen a fundar una noción atendiendo bien criterios científicos (que fijan como límite del espacio aéreo el lugar donde acaba la atmósfera o hasta donde se extiende el campo gravitatorio terrestre) o funcionales (según el punto de la atmósfera hasta donde es posible realizar un vuelo de una aeronave o el punto mínimo o más bajo en el que se haya colocado en órbita un satélite artificial); al respecto cfr. MANUEL DÍEZ DE VELASCO. *Instituciones de Derecho Internacional Público*,

- 16.ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 587. En ese mismo sentido la jurisprudencia constitucional ha reconocido esta dificultad en los términos que siguen: “Sea como fuere, es claro que a partir de los instrumentos internacionales citados, el régimen jurídico del espacio ultraterrestre goza de un estatus diferente al del espacio aéreo de los Estados, en donde el principio fundamental es el de la soberanía exclusiva. // En segundo lugar, tal como se adelantó, ni la Resolución 1962 (XVIII) ni el Tratado sobre los Principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluidos la Luna y otros cuerpos celestes, consignan norma alguna relativa a la delimitación del espacio terrestre y ultraterrestre. La legislación posterior tampoco se aventura al respecto. La indecisión de las normas refleja un debate doctrinario profundo en torno a los criterios de separación de las dos órbitas espaciales que, incluso, se extiende hasta posiciones que sostienen la inconveniencia de fijar un límite cualquiera, dado el riesgo de frustrar futuros avances tecnológicos en la materia. // Los criterios de diferenciación van desde los científicos, que ubican el lindero de lo terrestre y ultraterrestre en el lugar donde acaba la atmósfera o donde comienza el campo gravitacional; los funcionales, que lo señalan en la zona donde puede volar una aeronave o suspenderse un objeto espacial, dependiendo de la fricción atmosférica producida por las masas gaseosas, hasta los zonales, que pretenden establecerlo a partir de la definición convencional de lo que se entiende por espacio aéreo”: Corte Constitucional. Sentencia C-278 de 2004; Cfr. Naciones Unidas. Asamblea General. “Informes de la Comisión sobre la utilización del Espacio Ultraterrestre con fines pacíficos”. 57.º y 58.º periodos de sesiones de 2014 y 2015, documentos A/69/20 y A/70/20.
- 2492 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-278 de 2004.
- 2493 Incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 873 de 2004
- 2494 Naciones Unidas. Aprobado por la Asamblea General en la Resolución n.º 2222 (XXI) del 19 de diciembre de 1966. En ese tratado internacional se formulan, entre otros, el que la exploración de esos lugares se hará en interés de toda la humanidad, su uso tendrá lugar sin discriminación, bajo el libre acceso y en desarrollo o en interés del mantenimiento de la paz, la seguridad internacional y el fomento y cooperación y comprensión internacional. Otros tratados sobre espacio ultraterrestre son: el Acuerdo sobre Salvamento y Devolución de Astronautas y la Restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre de 1968; el Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972; el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes de 1979, y el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre de 2010.
- 2495 Ibid.
- 2496 Puntualmente al acuerdo “por medio del cual se aprueban las enmiendas al acuerdo relativo a la organización internacional de telecomunicaciones por satélite ‘Intelsat’, hecho en Washington, el 20 agosto de 1971 y de la enmienda al acuerdo operativo, hecho en noviembre de 2000 y la trigésima primera reunión de signatarios realizada el 9 y 10 de noviembre de 2000, celebradas en Washington D.C. Estados Unidos de América” (Corte Constitucional. Sentencia C-278 de 2004), y el artículo 44 del Instrumento de Enmienda a la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra 1992), con las enmiendas adoptadas por la Conferencia de plenipotenciarios (Kyoto 1994), las enmiendas adoptadas por la Conferencia de Plenipotenciarios (Minneapolis 1998), firmada en Minneapolis el seis (6) de noviembre de 1998 (Corte Constitucional. Sentencia C-779 de 2004).
- 2497 Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 1993.
- 2498 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de febrero de 2012, exp. 38924.
- 2499 Ibid. “Según esta Corporación, el inciso 2.º del citado artículo 75 de la Constitución establece expresamente que en el acceso al uso de dicho bien público se garantizará el pluralismo informativo y la competencia mediante la intervención del Estado en aras de evitar las prácticas monopolísticas”.
- 2500 “[...] 1.ª. Toda persona tiene derecho a acceder en igualdad de oportunidades al uso del espectro electromagnético a través del servicio de televisión, en ejercicio de los derechos fundamentales de expresar, opinar, informar y fundar medios masivos de comunicación, consagrados en el Artículo 20 de la Carta; de esta manera, es posible el pluralismo informativo. 2.ª. El acceso a la operación o explotación del servicio público de televisión se encuentra restringido en relación a los derechos de libertad económica y libre iniciativa, en orden a evitar la concentración o conformación de monopolios, es decir, debe regir la apertura libre de la competencia. 3.ª. El alcance de la intervención estatal estará expresamente determinado por el legislador, en especial cuando se imponen limitaciones o restricciones. Por consiguiente, las autoridades públicas competentes solamente pueden regular el servicio público de televisión de conformidad con la ley”: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 5 de mayo de 1998, exp. S-719.
- 2501 “De lo señalado se deduce que al ser las telecomunicaciones un servicio público que requiere para su prestación del uso del espectro electromagnético, el Estado debe intervenir con el fin de facilitar el acceso equitativo y la utilización racional de ese bien natural, garantizar la disponibilidad y la protección contra toda interferencia perjudicial de las frecuencias designadas para fines de socorro y seguridad, contribuir a la prevención y resolución de casos de interferencia perjudicial para la prestación del servicio de telecomunicaciones y facilitar el funcionamiento efectivo de todos los servicios de telecomunicaciones”: Corte Constitucional. Sentencia T-151 de 2004.
- 2502 Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. “Observación General n.º 34”. Artículo 19. CCPR/C/GC/34, distribución general del 12 de septiembre de 2011, p. 9.
- 2503 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la libertad de expresión. “Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente”, 2010, p. 20.
- 2504 La doctrina suele citar como ejemplo un *dictum* del caso Lotus donde se dijo: “[...] no se deduce de ello que el derecho internacional prohíba a un Estado que ejerza jurisdicción, dentro de su propio territorio, en relación con cualquier caso referente a actos que hayan ocurrido en el extranjero, y para lo cual no puede basarse en alguna regla permisiva de derecho internacional [...]”; Corte Permanente de Justicia. Caso Lotus. Sentencia del 7 de septiembre de 1927. “Ahora bien, aunque es el territorio del Estado el que determina la base de ejercicio de las competencias territoriales, hay que recordar que las competencias del Estado pueden tener una base y alcance extraterritorial –aunque con un claro contenido personal–. Así, por ejemplo, el Estado ejerce su jurisdicción exclusiva sobre los buques y aeronaves que ostentan su pabellón, y que por tanto poseen su nacionalidad, cuando navegan o sobrevuelan por la alta mar. También el Estado puede dar a sus normas internas efectos extraterritoriales [...]”; cfr. MANUEL DIEZ DE VELASCO. *Instituciones de derecho internacional público*, 16.ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 412.
- 2505 Es el caso de las competencias que ejercen en territorios extranjeros las delegaciones diplomáticas debidamente acreditadas y reconocidas, oficinas estas que, aun cuando no pueden ser reconocidas como territorio del Estado al que pertenece la delegación diplomática, sí actúan al amparo de una protección jurídica especial otorgada por la costumbre internacional y, principalmente, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963. Así, el artículo 31 de esa Convención establece la inviolabilidad de los locales consulares, la exención fiscal de esos locales, la inviolabilidad de los archivos y documentos consulares y libertades de tránsito, la comunicación, entre otras prerrogativas especiales todas ellas dirigidas a la protección y garantía de las funciones políticas, económicas, culturales y jurídicas de las delegaciones diplomáticas.

- 2506 MAX SORENSEN. *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 352-370.
- 2507 WILFREDO ROBAYO GALVIS. “Corte Constitucional vs. Corte Internacional de Justicia: comentarios sobre la legitimidad de la delimitación territorial y marítima entre Nicaragua y Colombia”, *Serie de Documentos de Trabajo*, n.º39, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, 2015, pp. 1 a 20. Disponible en [<http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2365/wp-content/uploads/2015/09/DOC-DE-TRABAJO-391.pdf>], consultada el 27 de marzo de 2016.
- 2508 International Court of Justice. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, 13 de diciembre de 2007, objeciones preliminares, n.º 2007/30.
- 2509 Constitución Política de 1991. “Artículo 101. Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación. Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República. Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen. También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionario, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales”.
- 2510 Se extrae la reseña de la sentencia de RICARDO ABELLO GALVIS et ál. “El diferendo territorial marítimo entre Nicaragua y Colombia. Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el ‘Diferendo Territorial y Marítimo’ (Nicaragua c. Colombia). Decisión sobre el fondo”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 5, 2012, pp. 219-396.
- 2511 Corte Internacional de Justicia. Caso Rumania vs. Ucrania (Caso del mar negro), 3 de febrero de 2009. En esta primera sentencia la Corte Internacional de Justicia fijó las reglas siguientes: i. Establecer una línea provisional de delimitación, teniendo en cuenta que se ‘dibujará una línea equidistante a menos que operen razones imperiosas que esto sea inviable en el caso’, dotando a la equidistancia como punto de partida de la delimitación marítima, bajo una comprensión de derecho internacional público y de derecho del mar; ii. Considerar factores que impulsen el ajuste de la línea de delimitación para lograr un resultado equitativo; iii. Verificar, en todo caso, que se no opere un desproporcionalidad aplicando un test, y iv. La base escogida para la delimitación podía alterar las condiciones geográficas. En el caso de la Bahía de Bengala (2014) la Corte Permanente de Arbitraje tuvo en cuenta la denominada regla de la equidistancia equitativa, derivada del artículo 15 de la Convención Internacional del Mar, decidiendo “no basarse en los puntos de base localizados en las elevaciones de bajamar”. Finalmente, en el caso Perú vs. Chile (27 de enero de 2014), la Corte Internacional de Justicia tuvo en cuenta para la delimitación la metodología siguiente: i. Operaba la regla (empleada en los caso de Rumania vs. Ucrania y de la Bahía de Bengala) de la construcción de una línea equidistante provisional, salvo que existieran razones que lo impidieran; ii. Línea que podía ser ajustada para lograr un resultado equitativo, y iii. Se sometió al test de desproporcionalidad, para establecer que las longitudes de las costas no excedieran lo ponderado.
- 2512 Corte Internacional de Justicia. *Disputa marítima y territorial (Nicaragua vs. Colombia)*, 19 de noviembre de 2012, n.º 2012/33: “El derecho internacional define una isla por referencia a si es formada naturalmente y si se encuentra por encima del agua en mareas altas, no por su composición geológica. La evidencia fotográfica muestra que QS32 está compuesta de material sólido, adherida al sustrato y no residuos sueltos. El hecho de que la formación esté compuesta por corales es irrelevante. Incluso usando el modelo de mareas preferido por Nicaragua, QS32 se mantiene por encima del agua en mareas altas por unos 0.7 metros, la Corte recuerda que en el caso *Delimitación Marítima y territorial, Cuestiones entre Qatar y Bahrein (Qatar vs. Bahréin)*, Fondo, Sentencia. C.I.J. Recueil. 2001, p. 99 párr. 197) encontró que Qit’At Jaradah era una isla, sin importar que se encontraba solo a 0.4 metros por encima del agua cuando había mareas altas. El hecho de que QS32 es pequeño no hace ninguna diferencia, pues el derecho internacional no prescribe un mínimo de tamaño que una formación debe poseer para que sea considerado una isla. Por lo anterior, la Corte Concluye que QS32 es susceptible de apropiación. // 38. En relación a las otras formaciones marítimas de Quitasueño, la Corte Considera que la evidencia presentada por Colombia no puede ser considerada como suficiente para establecer que alguna de ellas constituye una isla, como son definidas por el derecho internacional. Aunque el reporte Smith, como el reporte previo por la Armada colombiana, implican la observación de Quitasueño por periodos especificados, un elemento esencial del Reporte Smith son sus cálculos sobre el periodo en que cada formación debe permanecer por encima del agua en presencia de HAT. Tales cálculos, basados como lo son en un modelo de mareas cuya exactitud es disputada cuando se trata de aguas poco profundas como las de Quitasueño, no son suficientes para probar que pequeñas formaciones están por encima del agua cuando hay marea alta. Por lo tanto concluye la Corte que, Colombia ha fallado en probar que cualquier formación marítima en Quitasueño, otra que QS32 califica como isla. La evidencia fotográfica contenida en el reporte Smith logra, aun así, mostrar que esas formaciones se encuentran por encima del agua en algún punto del ciclo de mareas y con ello, que constituyen elevaciones de bajamar. Además, habiendo revisado la información y análisis presentados por ambas Partes respecto a la variación de las mareas, la Corte concluye que todas las formaciones marítimas también serían elevaciones de bajamar en el modelo preferido por Nicaragua. El efecto que tal hallazgo tendrá en la apropiación marítima generada por QS32 será considerado en los párrafos 182 a 183, más adelante [...] 52. La Corte Observa que el Artículo I del Tratado de 1928 no especifica la composición del Archipiélago de San Andrés. Frente al Protocolo de 1930, este solo fija un límite al oeste del Archipiélago de San Andrés en el meridiano 82 y no brinda ninguna luz acerca del alcance del archipiélago al este de ese meridiano, en su Sentencia del 2007 de Excepciones Preliminares, la Corte afirmó: ‘está claro frente al texto del párrafo primero del Artículo I del Tratado de 1928 que sus términos no proveen la respuesta a la pregunta de cuáles formaciones marítimas, aparte de San Andrés, Providencia y Santa Catalina forman parte del Archipiélago de San Andrés sobre el cual Colombia tiene soberanía’ (*Diferendo Territorial y Marítimo (Nicaragua vs. Colombia)*, *Excepciones Preliminares. Sentencia*, C.I.J. Recueil 2007 (ii), p. 863, párr. 97). // 53. Aun así, el Artículo I del Tratado de 1928 sí menciona ‘las otras islas, islotes y arrecifes que formen parte del Archipiélago de San Andrés’. Esta disposición podría ser entendida como concluyente por lo menos respecto de las formaciones marítimas más cercanas específicamente mencionadas en el Artículo I. Según esto, los cayos de Alburquerque y los Cayos Este Sudeste, dada su localización geográfica (encontrándose a 20 y 16 millas náuticas, respectivamente, de la Isla de San Andrés) podrían ser entendidos como que forman parte del Archipiélago. En contraste, en vista de consideraciones de distancia, es menos probable que Serranilla y Bajo Nuevo pudieran formar. Siendo así, la cuestión acerca de la composición del Archipiélago no puede, en la opinión de la Corte, ser definitivamente resuelta basándose solamente en la localización geográfica de las formaciones marítimas en disputa o en los récords históricos relativos a la composición del Archipiélago de San Andrés que fueron entregadas por las Partes, pues este material no es suficiente para clarificar la materia. // 54. De acuerdo con el párrafo segundo del Artículo I del Tratado de 1928, este tratado no aplica a Roncador, Quitasueño y Serrana las cuales estaban en disputa entre Colombia y los Estados Unidos al momento. Sin embargo, la Corte no considera que la exclusión expresa de Roncador, Quitasueño y Serrana del ámbito del Tratado de 1928 sea por sí misma suficiente para determinar si estas eran consideradas por Nicaragua y Colombia como parte del Archipiélago de San Andrés. // 55. La Corte observa además que el material histórico aducido por las Partes para apoyar sus argumentos no es concluyente respecto de la composición del Archipiélago de San Andrés. En particular, los registros históricos no especifican cuáles se consideraron formaban parte del Archipiélago”.
- 2513 Corte Internacional de Justicia. *Disputa territorial y marítima (Nicaragua v. Colombia)*, 19 de noviembre de 2012, n.º 2012/33: “[...] 26. Está bien establecido en el derecho internacional que las islas, por pequeñas que sean, son susceptibles de apropiación (ver, por ejemplo: *Cuestiones de delimitación marítima y territorial entre Qatar y Bahrein, Méritos*, Sentencia, C.I.J. Recueil 2001, p. 102 párr. 206) Por contraste, elevaciones de bajamar no pueden ser apropiadas aunque ‘un Estado costero tiene soberanía sobre las elevaciones de bajamar que se encuentran en su mar territorial en tanto es soberano sobre su mar territorial’ (ibíd, p. 101, párr. 204) y las elevaciones de bajamar que se encuentren dentro del mar territorial pueden ser tenidas en cuenta para el propósito de medir el punto de arranque del mar territorial (párrafo 182)”.

- 2514 International Court of Justice. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua vs. Colombia)*, 19 november 2012, n.º 2012/33: “Sin Embargo, la Corte Considera que las conclusiones del Reporte deben ser tratadas con un cierto grado de precaución. Como la Corte ya lo indicó, hasta la isla más pequeña genera 12 millas náuticas de mar territorial (ver Delimitación Marítima y territorial, Cuestiones entre Qatar y Bahreín [Qatar vs. Bahreín], Fondo, Sentencia. C.I.J. Recueil. 2001, p. 101-102, párr. 205; también Disputa territorial y Marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe [Nicaragua vs. Honduras], Sentencia C.I.J. Recueil. 2007 (ii) p. 751, párr. 302)”.
- 2515 International Court of Justice. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, 19 november 2012, n.º 2012/33. “65. [...] A la luz de lo anterior, la Corte concluye que en el presente caso el principio del *uti possidetis juris* proporciona asistencia inadecuada en la determinación de soberanía sobre los elementos marítimos en disputa entre Nicaragua y Colombia porque nada indica claramente si estos elementos fueron atribuidos a las provincias coloniales de Nicaragua o Colombia antes de o al momento de la independencia. La Corte por consiguiente encuentra que ni Colombia o Nicaragua ha logrado establecer que posea un título sobre los elementos marítimos en disputa en virtud del *uti possidetis juris*”.
- 2516 International Court of Justice. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, 19 november 2012, n.º 2012/33. “[...] 80. La Corte recuerda que los hechos y actividades que se consideran como desarrolladas a título de soberanía son en particular, mas no se limitan a, legislación o actos administrativos de control, acciones relacionadas con la aplicación y cumplimiento de la legislación penal o civil, acciones regulatorias de la inmigración, acciones regulatorias de la pesquería y otras actividades económicas (Diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe [Nicaragua c. Honduras], decisión, C.I.J. Recueil 2007 (ii), pp. 713-722, párr. 176-208). Más aún recuerda que: la soberanía sobre pequeños elementos marítimos [...] puede determinarse en base a una muestra relativamente modesta de poderes de Estado en términos de calidad y cantidad” (ibíd, p. 712, párr. 174). Finalmente, un elemento significativo a ser tomado en cuenta es la extensión en la que actos a título de soberanía en relación con las islas en disputa se han llevado a cabo por otro Estado con reclamaciones de soberanía”.
- 2517 International Court of Justice. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, 19 november 2012, n.º 2012/33. “[...] 139. La Decisión en Qatar c. Bahreín no aborda de manera específica el párrafo 3 del Artículo 121. La Corte observa, sin embargo, que el derecho a derechos marítimos reconocidos a una isla por las disposiciones del párrafo 2 se encuentran limitados por la referencia a lo dispuesto en el párrafo 3. Al negar una zona económica exclusiva y plataforma continental a las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia, el párrafo 3 establece un vínculo esencial entre el principio hace mucho tiempo establecido de que ‘las islas generan los mismos derechos marítimos que cualquier otra porción de territorio’ (ibíd., p. 97, párr. 185) y los derechos marítimos más extensos reconocidos por CNUDM y que la Corte ha encontrado constituyen costumbre internacional. La Corte, por tanto, considera que el régimen jurídico de las islas establecido en el Artículo 121 de CNUDM es uno indivisible, el cual en su totalidad (como Colombia y Nicaragua reconocen) tiene el Estatuto de costumbre internacional”.
- 2518 International Court of Justice. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, 19 november 2012, n.º 2012/33. “[...] 150. La Corte recuerda que, para que una costa se considere relevante para los efectos de la delimitación, ‘debe generar proyecciones que se superpongan con las proyecciones de la costa de la otra Parte’ (Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania vs. Ucrania), Sentencia, C.I.J. Recueil 2009, párr. 97 a 99) y que, en consecuencia, ‘la extensión submarina de la costa de una de las Partes, que por cualquier razón no se superponga con la extensión de la costa de la otra, ha de excluirse de toda consideración’ (Plataforma Continental [Túnez/Jamahiriyáárabe Libia], Sentencia, C.I.J. Recueil 1982, p. 61, párr. 75)”.
- 2519 International Court of Justice. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, 19 november 2012, n.º 2012/33. “[...] 151. En vista de la decisión de la Corte respecto a la pretensión de Nicaragua sobre la plataforma continental basada en la prolongación natural (ver el párrafo 131 supra), la Corte solo debe pronunciarse en el presente caso sobre los derechos colombianos que se superponen con las 200 millas náuticas de la plataforma continental y la zona económica exclusiva de Nicaragua. Ya que la costa continental de Colombia no genera ningún derecho en esta zona, se deduce que no puede considerarse parte de la costa relevante para nuestro propósito. La costa colombiana relevante se limita a las costas de las islas bajo soberanía colombiana. Puesto que el área de superposición de derechos potenciales se extiende al este de las islas colombianas, la Corte considera que es toda la costa de estas islas, no solo las costas que miran hacia el oeste, las que deben tenerse en cuenta. Las islas más importantes son, evidentemente, San Andrés, Providencia y Santa Catalina. A los efectos del cálculo de las costas pertinentes de Providencia y Santa Catalina, se unieron con dos cortas líneas rectas, de modo que las partes de la costa de cada isla (en la noroeste de Providencia, en la zona de San Juan Point, y en el sur-este de Santa Catalina), que se enfrentan entre sí, no se incluyen en la costa relevante. La Corte no considera que los cayos más pequeños (que se enumeran en el párrafo 149 supra), que se encuentran inmediatamente adyacentes a esas islas, añaden longitud de la costa relevante. Siguiendo como en el caso de la costa nicaragüense la dirección general de la costa, la Corte considera que la longitud total de la costa pertinente de las tres islas es de 58 kilómetros”. Se advierte de la lectura del texto de la sentencia y del voto o posición disidente de la Juez OWADA que el Estado de Colombia no se percató del cambio suscitado en la pretensión de Nicaragua después de la Sentencia del 2007, lo que representa una profunda afectación al principio universal de la *reformatio in pejus* que se ha visto alterado profundamente con la decisión de la Corte Internacional de Justicia.
- 2520 Ley 9.ª de 1961. “Artículo 5.1. La exploración de la Plataforma Continental y la explotación de sus recursos naturales no deben causar un entorpecimiento injustificado de la navegación, la pesca o la conservación de los recursos vivos del mar, ni entorpecer las investigaciones científicas, que se realicen con intención de publicar los resultados. 2. A reserva de lo dispuesto en los párrafos 1 y 6 de este artículo, el Estado ribereño tiene derecho a construir, mantener y hacer funcionar en la Plataforma Continental las instalaciones y otros dispositivos necesarios para explorarla y para explotar sus recursos naturales, así como a establecer zonas de seguridad alrededor de tales instalaciones y dispositivos, y a adoptar en dichas zonas las disposiciones necesarias para proteger las referidas instalaciones y dispositivos. 3. Las zonas de seguridad mencionadas en el párrafo 2 del presente artículo podrán extenderse hasta una distancia de 500 metros alrededor de las instalaciones y otros dispositivos que se hayan construido, medidas desde cada uno de los puntos de su límite exterior. Los buques de todas las nacionalidades respetarán estas zonas de seguridad. 4. Aunque dichas instalaciones y dispositivos se hallen bajo jurisdicción del Estado ribereño no tendrán la condición jurídica de islas. No tendrán mar territorial propio y su presencia no afectará a la delimitación del mar territorial del Estado ribereño. 5. La construcción de cualquiera de dichas instalaciones será debidamente notificada y se mantendrán medios permanentes para señalar su presencia. Todas las instalaciones abandonadas o en desuso serán completamente suprimidas. 6. Las instalaciones o dispositivos y las zonas de seguridad circundantes no se establecerán en lugares donde puedan entorpecer la utilización de rutas marítimas ordinarias que sean indispensables para la navegación internacional. 7. El Estado ribereño está obligado a adoptar, en las zonas de seguridad, todas las medidas adecuadas para proteger los recursos vivos del mar contra agentes nocivos. 8. Para toda investigación que se relacione con la Plataforma Continental y que se realice allí, deberá obtenerse el consentimiento del Estado ribereño. Sin embargo, el Estado ribereño no negará normalmente su consentimiento cuando la petición sea presentada por una institución competente, en orden a efectuar investigaciones de naturaleza puramente científica referentes a las características físicas o biológicas de la Plataforma Continental, siempre que el Estado ribereño pueda, si lo desea, tomar parte en esas investigaciones o hacerse representar en ellas y que, de todos modos, se publiquen los resultados”.
- 2521 Ley 9.ª de 1961. “Artículo 6. 1. Cuando una misma Plataforma Continental sea adyacente al territorio de dos o más Estados cuyas costas estén situadas una frente a la otra, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación, ésta se determinará por la línea media cuyos puntos sean todos equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado. 2. Cuando una misma Plataforma Continental sea adyacente al territorio de dos o más Estados limítrofes, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación, ésta se efectuará aplicando el principio de la equidistancia de los puntos más próximos de las líneas de base desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado. 3. Al efectuar la delimitación

de la Plataforma Continental, todas las líneas que se tracen de conformidad con los principios establecidos en los párrafos 1 y 2 de este artículo se determinarán con arreglo a las cartas marinas y características geográficas existentes en determinada fecha, debiendo mencionarse, como referencia, puntos fijos permanentes e identificables de la tierra firme”.

- 2522 “Por medio de la cual se dictan normas sobre mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental, y se dictan otras disposiciones”.
- 2523 Ley 10.^a de 1978. “Artículo Primero. El mar territorial de la Nación colombiana, sobre el cual ejerce plena soberanía, se extiende, más allá de su territorio continental e insular y de sus aguas interiores hasta una anchura de 12 millas náuticas o de 22 kilómetros 224 metros”.
- 2524 *Ibíd.* “Artículo Primero [...] La soberanía nacional se extiende igualmente al espacio situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de este mar”.
- 2525 *Ibíd.* “Artículo Tercero. El límite exterior del mar territorial está determinado por una línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentren a una distancia de 12 millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas de base y la costa serán consideradas como aguas interiores”.
- 2526 *Ibíd.* “Artículo Cuarto. La línea base normal para medir la anchura del mar territorial será la línea de bajamar a lo largo de la costa. En los lugares en que la costa tenga profundas aberturas o escotaduras, o en las que haya una franja de islas a lo largo de la costa situadas en su proximidad inmediata, la medición se hará a partir de las líneas de base rectas que unan los puntos apropiados. Las aguas situadas entre las líneas de base y la costa serán consideradas como aguas interiores”.
- 2527 *Ibíd.* “Artículo Noveno. En desarrollo de la presente Ley, el gobierno procederá a señalar en su territorio continental, en el archipiélago de San Andrés y Providencia y demás territorios insulares, las líneas a que se refieren los artículos anteriores, las cuales serán publicadas en las cartas marítimas oficiales, de acuerdo con las normas internacionales sobre la materia”.
- 2528 Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. “Solicitud de Opinión Consultiva”. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf], consultada el 27 de marzo de 2017.
- 2529 Corte Constitucional. Sentencias C-225 del 18 de mayo de 1995, y T-1319 del 7 de diciembre de 2001. Se determina la jerarquía normativa de las obligaciones internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano.
- 2530 Corte Constitucional. Sentencias C-203 de 1995; C-915 de 2010, y C-788 de 2011.
- 2531 *Ibíd.* Sentencias C-202 de 2001; C-578 de 2002, C-823 de 2011, y C-316 de 2012.
- 2532 Decreto 1946 del 9 de septiembre de 2013. “Artículo 1. Los territorios insulares de Colombia en el mar Caribe occidental están conformados por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y demás islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen”. 2. El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina está integrado por las siguientes islas: a) San Andrés; b) Providencia; c) Santa Catalina; d) Cayos de Alburquerque; e) Cayos de East Southeast (Este Sudeste); f) Cayos de Roncador; g) Cayos de Serrana; h) Cayos de Quitasueño; i) Cayos de Serranilla; j) Cayos de Bajo Nuevo; k) Las demás islas, islotes, cayos, morros, bancos, elevaciones de bajamar, bajos y arrecifes adyacentes a cada una de estas islas, y que configuran el Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia”.
- 2533 Decreto 1946 del 9 de septiembre de 2013. “Artículo 1 [...] 3. La República de Colombia ejerce soberanía plena sobre sus territorios insulares y ejerce también jurisdicción y derechos soberanos sobre los espacios marítimos que ellos generan, en los términos prescritos por el derecho internacional, por la Constitución Política, por la Ley 10.^a de 1978 y por el presente decreto”.
- 2534 Decreto 1946 del 9 de septiembre de 2013. “Artículo 3.^o. *Trazado de las líneas de base en los territorios insulares en el mar Caribe occidental.* 1. En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 10.^a de 1978, el Gobierno señalará los puntos y las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, la zona contigua y los diversos espacios marítimos generados por las islas que conforman los territorios insulares de Colombia en el mar Caribe Occidental. 2. Este trazado se realizará de conformidad con los criterios reconocidos por el derecho internacional consuetudinario, incluyendo aquellos relacionados con las islas situadas en atolones o con islas bordeadas por arrecifes, en los que la línea de base para medir la anchura del mar territorial es la línea de bajamar del lado del arrecife que da al mar. 3. Se podrán usar líneas de base rectas en los eventos previstos en el artículo 4.^o de la Ley 10.^a de 1978. 4. Las aguas situadas entre las líneas de base y los territorios insulares se consideran como aguas interiores”.
- 2535 Decreto 1946 del 9 de septiembre de 2013. “Artículo 4.^o. *Mar territorial de los territorios insulares en el mar Caribe occidental.* 1. El mar territorial de los territorios insulares de Colombia en el mar Caribe occidental, sobre el cual la República de Colombia ejerce plena soberanía se extiende desde el territorio de cada una de las islas mencionadas en el artículo 1.^o y de sus aguas interiores, hasta la distancia establecida en el numeral 2 del presente artículo. 2. El límite exterior del mar territorial estará conformado por una línea en la que los puntos que la conforman están a una distancia igual a 12 millas náuticas contadas desde las líneas de base. 3. La soberanía nacional se ejerce igualmente en el espacio aéreo situado sobre el mar territorial, así como en el lecho y el subsuelo de este mar. 4. Los buques de cualquier Estado gozan del derecho de paso inocente a través del mar territorial, conforme a las normas del derecho internacional consuetudinario y demás usos pacíficos reconocidos en este. // El tránsito de buques de guerra, submarinos, buques de propulsión nuclear y cualquier artefacto naval que lleve sustancias nucleares, u otras sustancias nocivas o potencialmente peligrosas para el medio ambiente a través de su mar territorial, está sujeta a la autorización previa de las autoridades competentes de la República de Colombia. Parágrafo. Para los efectos del presente decreto y de conformidad con lo establecido en el artículo 1.^o de la Ley 10.^a de 1978, se entenderá que una milla náutica equivale a 1.852 kilómetros”.
- 2536 “Decreto 1946 del 9 de septiembre de 2013. Artículo 5.^o. *Zona contigua de los territorios insulares en el mar Caribe occidental.* 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 2 del presente artículo, la zona contigua de los territorios insulares de Colombia en el mar Caribe occidental se extiende hasta una distancia de 24 millas náuticas medidas desde las líneas de base a que se refiere el artículo 3.^o de este decreto. 2. Las zonas contiguas adyacentes al mar territorial de las islas que conforman los territorios insulares de Colombia en el mar Caribe occidental, salvo las de las islas de Serranilla y Bajo Nuevo, al intersectarse generan una zona contigua continua e ininterrumpida de todo el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, sobre la cual las autoridades nacionales competentes ejercerán las facultades reconocidas por el derecho internacional y las leyes colombianas, enunciadas en el numeral 3 del presente artículo. // Con el objeto de asegurar la debida administración y el manejo ordenado de todo el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de sus islas, cayos y demás formaciones y de sus áreas marítimas y recursos, así como de evitar la existencia de figuras o contornos irregulares que dificulten su aplicación práctica, las líneas que señalan los límites exteriores de las zonas contiguas se unirán entre sí por medio de líneas geodésicas. De la misma forma, estas se unirán a la zona contigua de la isla de Serranilla por medio de líneas geodésicas que conservan la dirección del paralelo 14.^o59'08" N hasta el meridiano 79.^o56'00" W, y de allí hacia el norte, formando así una Zona Contigua Integral del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”.
- 2537 Decreto 1946 del 9 de septiembre de 2013. “Artículo 7.^o. *Derechos de terceros Estados.* Nada de lo que aquí se establece se entenderá en el sentido de que afecta o

limita los derechos y obligaciones derivados del ‘Tratado sobre Delimitación Marítima entre la República de Colombia y Jamaica’ suscrito entre dichos Estados el 12 de noviembre de 1993, ni tampoco afecta o limita los derechos de otros Estados”.

2538 JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI. *Derecho administrativo de bienes*, cit.

2539 Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 1992. “[...] a. *Bienes de dominio privado*. El artículo 58 de la Constitución establece que se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. En primer término se define la propiedad como función social que implica obligaciones, a la cual le es inherente una función ecológica. Se adiciona por lo tanto la definición tradicional de propiedad que traía la Constitución desde 1936. Dentro del concepto de propiedad privada, se encuentra la propiedad individual (CP art. 58), la colectiva o comunitaria (CP art. 329, 58 inc. 3.º, 55 y 64 transitorios)...”.

2540 Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 1992: “[...] b. *Bienes del Estado*. Son del Estado el subsuelo y los recursos naturales no renovables de conformidad con el artículo 332 de la Constitución Política, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético (CP art. 102), así como los bienes que posee como propiedad privada, en iguales condiciones que los particulares (CP art. 58). El artículo 102 de la Constitución al referirse al territorio y a ‘los bienes públicos que de él forman parte’, para señalar que pertenecen a ‘la Nación’, consagra el llamado dominio eminente: el Estado no es titular del territorio en el sentido de ser ‘dueño’ de él, sino en el sentido de ejercer soberanía sobre él. MARIENHOFF distingue el ‘dominio eminente’ del ‘dominio público’, así: ‘El *dominio eminente* es un poder supremo sobre el territorio; vincúlase a la noción de soberanía. Se ejerce potencialmente sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrados [...] El *dominio público* es un conjunto o suma de bienes sometido a un régimen jurídico especial, distinto del que rige los bienes de dominio privado’. En el artículo 332 de la Constitución se consagra la propiedad del Estado del subsuelo y de los recursos naturales no renovables y de los demás muebles destinados a su transformación, sin perjuicio de los derechos adquiridos. Ese nuevo texto adopta una norma general al referirse al subsuelo y a los recursos naturales no renovables, como pertenecientes no ya a la República sino al Estado...”.

2541 JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI. *Derecho administrativo de bienes*, cit.

2542 Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 1992: “[...] c. *Bienes de dominio público*. Existe un tercer grupo de propiedad, normalmente estatal y excepcionalmente privada, que se distingue no por su titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1.º), relacionadas con la riqueza cultural nacional, el uso público y el espacio público. Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan no sólo por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público; además es necesario que concurra el elemento del *destino* o de la *afectación* del bien a una finalidad pública; es decir, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que, a su vez, determinan la clasificación de los bienes de dominio público. La teoría de la afectación de los bienes de dominio público fue introducida por el legislador colombiano en el artículo 148 del Decreto 222 de 1983. c.1. *Bienes afectados al fomento de la riqueza nacional*. Esta clase de bienes de dominio público está formada por los bienes que están afectos al fomento de la riqueza nacional. Por ejemplo: el patrimonio cultural, arqueológico e histórico. En este grupo se ubican los bienes de dominio privado o estatal destinados al uso público, como el caso de las fachadas de los inmuebles que poseen un valor histórico o arquitectónico, en los que el dominio es exclusivo de una persona, pero no pueden ser alterados por el valor que representan para la sociedad (art. 9.º de la Ley 9.ª de 1989). c.2. *Bienes afectados al uso público*. Esta categoría la integran en primer lugar, los bienes de dominio público por naturaleza, definidos en la ley como aquellos que reúnen determinadas condiciones físicas, como los ríos, torrentes, playas marítimas y fluviales, radas, entre otros, y también los que siendo obra del hombre, están afectados al uso público en forma directa como los caminos, canales, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado sean de competencia de las autoridades locales. La enumeración que antecede no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta, dado que en la Ley 9.ª de 1984 y en el Código Civil se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales. Los *bienes de uso público del Estado*, tienen como característica ser *inalienables, imprescriptibles e inembargables* (art. 63 de la Constitución Política). a) *Inalienables*: significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc. b) *Inembargables*: esta característica se desprende de la anterior, pues los bienes de las entidades administrativas no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios. c) *Imprescriptibles*: la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponerse por el transcurso del tiempo, se ha intentado encontrar, en todas las épocas, con la formulación del dogma de la imprescriptibilidad de tales bienes. Es contrario a la lógica que bienes que están destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados, es decir, que al lado del uso público pueda prosperar la propiedad particular de alguno o algunos de los asociados. c.3. *Bienes afectados al espacio público*. La definición de los bienes del Estado destinados al uso público se encuentra en el artículo 9.º de la Ley 9.ª de 1989 que determina que los bienes de uso público hacen parte del concepto general de *espacio público*. Pero este concepto no es exclusivo de estos bienes, sino que abarca además bienes particulares que por su naturaleza, su uso o afectación están destinados a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Luego el espacio público es el género y el uso público, la especie. Aquél concepto subsume a éste. El fundamento constitucional de la protección del espacio público lo encontramos en el artículo 82 de la Constitución, que establece: ‘Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. La entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común’. Establece así el citado artículo: ‘*Entiéndese por espacio público* el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento (sic) urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, naturales, religiosos, recreativos y artísticos como para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, *los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, a sí como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo*’ (cursiva fuera de texto). Este artículo reitera el concepto que ya se encontraba contenido en el artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984, que dice: ‘Bienes de uso público: *las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público*, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo’ (cursivas fuera de texto). Así, pues, tanto la playa como la franja de bajamar son bienes de uso público y por lo tanto forman parte del espacio público. La definición de esas zonas la trae el mismo Decreto Ley, así: ‘*Costa nacional*: una zona de dos (2) kilómetros de ancho paralela a la línea de la más alta marea. *Playa marítima*: zona de material no consolidado que se extiende desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal. *Bajamar*: la máxima depresión de las aguas o altura mínima...’.

2543 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 20 de noviembre de 2003, exp. 01503 (AP): “... De conformidad con el artículo 674 del Código Civil los ‘bienes de la Unión’ se clasifican, en bienes patrimoniales o fiscales y en bienes de uso público. Los primeros son los propiamente estatales, pertenecen a una persona jurídica de derecho público de cualquier naturaleza y generalmente, están destinados a la prestación de las funciones públicas o de los servicios públicos, cuyo dominio corresponde al Estado, pero su ‘uso no pertenece generalmente a los habitantes’, es decir, el Estado

lo posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. En tanto que los bienes de uso público universal o bienes públicos del territorio son aquellos cuyo dominio es igualmente del Estado, pero su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente (como las calles, plazas, parques, puentes, caminos, ejidos, etc.), lo que significa que, por su naturaleza, respecto a estos bienes ninguna entidad estatal tiene la titularidad de dominio equivalente a la de un particular, puesto que están destinados al servicio de todos los habitantes. Sobre ellos el Estado ejerce fundamentalmente derechos de administración y de policía, en orden a garantizar y proteger precisamente su uso y goce común, por motivos de interés general. Las características de los bienes de uso público, son: El titular del derecho de dominio es el Estado, representado por las respectivas entidades públicas que ejercen facultades especiales de administración, protección, control y de policía. Se encuentran determinados por la Constitución o por la ley. Son bienes de dominio público que se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, porque su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general. Están sujetos a un régimen jurídico en virtud del cual gozan de privilegios tales como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que los colocan por fuera del comercio...”.

2544 “Artículo 664. *Las cosas incorporales*. Las cosas incorporales son derechos reales o personales”.

2545 “Artículo 653 del C.C. *Concepto de bienes*. Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”.

2546 “Artículo 655. *Muebles*. Modificado por el art. 2, Ley 1774 de 2016. Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. // Exceptuense las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658”.

2547 “Artículo 656. *Inmuebles*. Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y veredas se llaman predios o fundos”.

2548 “Artículo 654. *Las cosas corporales*. Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles”.

2549 Corte Constitucional. Sentencia C-183 del 4 de marzo de 2003: “[...] el dominio privado puede ser: individual como lo establece el artículo 58 superior, en el cual se garantiza la propiedad privada, la cual concibe con una función social que implica obligaciones, ‘y los demás derechos adquiridos’ conforme a las leyes civiles, que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores; y, la colectiva, a la que hacen referencia los artículos 329 y 55 transitorio de la Carta, con las limitaciones que establecen los artículos citados en relación con su posibilidad de enajenación. Así, el artículo 329 superior, dispone que ‘[l]os resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable’, y el artículo 55 transitorio idem, se ocupa de los bienes baldíos de las zonas rurales ribereñas de las Cuencas del Pacífico, y dispone que la propiedad reconocida sobre ellos a las comunidades negras ‘sólo será enajenable en los términos que señale la ley’. Este dominio privado, se encuentra regulado por el régimen jurídico que rige las relaciones entre particulares”.

2550 Corte Constitucional. Sentencia C-183 de 2003: “... El dominio público, por el contrario, y sin entrar en las diferentes tesis que origina la formulación de un criterio para determinar lo que es el dominio público, asunto que ha sido esbozado en varias sentencias proferidas por esta Corporación, lo constituye ‘el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que lo utiliza para servir a la sociedad’ [...] Ahora, los bienes de uso público propiamente dicho, que pueden ser por naturaleza o por el destino jurídico, se caracterizan por pertenecer al Estado o a otros entes estatales, estar destinados al uso común de todos los habitantes, y por encontrarse fuera del comercio, ser imprescriptibles e inembargables. Están definidos en la ley como aquellos que ‘su uso pertenece a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o de uso público o bienes públicos del Territorio’ (art. 674 C.C.)...”.

2551 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2004, exp. 1750-01 (AP): “Los bienes de uso público son inalienables, es decir, no se pueden negociar por hallarse fuera del comercio en consideración a la utilidad que prestan en beneficio común, por lo que no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno. Esta característica tiene dos consecuencias principales: la de ser inajenables e imprescriptibles. La inajenabilidad (*sic*) significa que no se puede transferir el dominio de los bienes públicos a persona alguna; y la imprescriptibilidad, es entendida como el fenómeno en virtud del cual no se puede adquirir el dominio de los bienes de uso público por el transcurrir del tiempo, en el sentido que debe primar el interés colectivo y social, así, su finalidad es la conservación del dominio público en su integridad, toda vez que es contrario a la lógica, que bienes destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados. De esta forma, el Código de Procedimiento Civil en el artículo 407, numeral 4.º, modificado por el artículo 1.º, numeral 210 del decreto-ley 2282 de 1989, sustrae la posibilidad de adquirir por prescripción los bienes de propiedad de las entidades públicas. De otro lado, la misma Constitución Política define categóricamente el titular del derecho de dominio de los bienes públicos, dejando atrás la clásica discusión sobre la titularidad de los mismos, en la que unos afirmaban que el propietario de los bienes de uso público era el pueblo y otros el Estado”.

2552 Artículo 2519 C.C.

2553 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de noviembre de 1978, *Gaceta Judicial*, t. CLVII, n.º 2397, p. 263: “Bienes de uso público y bienes fiscales conforman el dominio público del Estado, como resulta de la declaración del artículo 674 del Código Civil. La distinción entre ‘bienes fiscales’ y ‘bienes de uso público’, ambos pertenecientes al patrimonio del Estado, esto es, a la hacienda pública, hecha por las leyes, no se funda pues en una distinta naturaleza sino en cuanto a su destinación y régimen. Los segundos están al servicio de los habitantes del país, de modo general, de acuerdo con la utilización que corresponda a sus calidades, y los primeros constituyen los instrumentos materiales para la operación de los servicios estatales o son reservas patrimoniales aplicables en el futuro a los mismos fines o a la satisfacción de otros intereses sociales. Es decir que, a la larga, unos y otros bienes del Estado tienen objetivos idénticos, en función del servicio público [...]. Esto es, que ambas clases de bienes estatales forman parte del mismo patrimonio y sólo tienen algunas diferencias de régimen legal, en razón del distinto modo de utilización. Pero, a la postre, por ser bienes de la hacienda pública, tienen un régimen de derecho público, aunque tengan modos especiales de administración. El Código Fiscal, Ley 110 de 1912, establece precisamente el régimen de derecho público para la administración de los bienes fiscales nacionales. Régimen especial, separado y autónomo de la reglamentación del dominio privado. No se ve, por eso, por qué están unos amparados con el privilegio estatal de la imprescriptibilidad y los otros no, siendo unos mismos su dueño e igual su destinación final, que es el del servicio de los habitantes del país. Su afectación, así no sea inmediata sino potencial, al servicio público, debe excluirlos de la acción de pertenencia, para hacer prevalecer el interés público o social sobre el particular. Refuerza estas consideraciones observar que la propia Constitución [de 1886] establece separadamente del privado, el dominio público de la Nación en su artículo 40., la enumeración de los principales elementos de ese dominio hecha en el artículo 202, y la exigencia especial de ley para su enajenación impuesta en el ordinal 11 del artículo 76. De donde se concluye que, al excluir los bienes fiscales de propiedad de las entidades de derecho público de la acción de pertenencia, como lo dispone la norma acusada, no se presenta infracción del artículo 30 de la Constitución, por desconocimiento de su función social, sino que ese tratamiento es el que corresponde al titular de su dominio, y a su naturaleza, de bienes del Estado y a su destinación final de servicio público. De otra parte, la Corte no encuentra violación de ningún otro precepto constitucional”.

2554 Corte Constitucional. Sentencia C-530 del 10 de octubre de 1996: “... La diferencia consiste en que en el primer caso (acción de pertenencia) la declaración se hace en favor del actor; en el segundo (proceso reivindicatorio), del demandado. La verdad, pues, es ésta: hoy día los bienes fiscales comunes o bienes estrictamente fiscales son imprescriptibles. No sobra advertir que lo relativo a los bienes públicos o de uso público no se modificó: siguen siendo imprescriptibles, al igual que los fiscales adjudicables que tampoco pueden adquirirse por prescripción [...] Uno de los fines esenciales del Estado es el de ‘servir a la comunidad’,

finalidad que se cumple cuando se prestan los servicios públicos. Y los bienes fiscales, en general, están destinados a garantizar la prestación de los servicios públicos. Tanto los bienes afectos a un servicio público, como aquellos que no lo están pero podrían estarlo en el futuro. Como, en últimas, esos bienes pertenecen a la comunidad, merecen un tratamiento especial que los proteja, en bien de toda la sociedad...”.

- 2555 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de noviembre de 2016, exp. 35.339.
- 2556 Corte Constitucional. Sentencia C-183 del 4 de marzo de 2003: “Los bienes fiscales o patrimoniales se encuentran destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza de forma inmediata, como por ejemplo los edificios en que funcionan las oficinas públicas. Dentro de esta clase de bienes, también se encuentra lo que se denomina bienes fiscales adjudicables, que son aquellos que la Nación puede traspasar a los particulares que cumplan con las exigencias establecidas en la ley, como es el caso de los bienes baldíos”.
- 2557 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1682 del 2 de noviembre de 2005: “Es clásica la distinción doctrinal y legal que ha permitido clasificar los bienes de la Nación en las categorías de bienes de uso público y de bienes fiscales; distinción que se hace remontar al derecho romano, consagrada en nuestro ordenamiento positivo en el Código Civil, la cual se aplicó en nuestro derecho positivo bajo la vigencia de la Constitución de 1886. A pesar de la claridad legal en la distinción, fueron muchas las críticas formuladas por la doctrina, como consecuencia de la influencia de los autores franceses que pusieron en entredicho la existencia y utilidad de estas instituciones. Con la expedición de la Carta del año 1991, se produjeron varios cambios normativos, entre ellos se regularon en la Carta algunas instituciones hasta ese entonces de creación legal, se alteró la distinción clásica de bienes de uso público y fiscales, se introdujo el concepto de Estado al lado del de Nación, y en fin, en actividades que antes eran típicamente estatales como los servicios públicos domiciliarios, se permitió la concurrencia de particulares, variando así la regulación de los bienes públicos afectados a estos servicios [...] Ante todo, y como acontecía en la anterior Constitución, la categoría general del artículo 674 del Código Civil de bienes de la Unión, léase bienes de la Nación, no tiene un equivalente en las normas de rango constitucional, puesto que cada uno de los cánones transcritos regula aspectos particulares de éstos, sin que haya una categoría de orden constitucional que los cobije a todos. Por esta razón, ha estimado la Sala que para referirse al conjunto de bienes de dominio de las entidades de derecho público, independientemente del régimen legal aplicable, es conveniente denominarlos bienes públicos, en vez de la expresión bienes de la Nación del Código Civil, puesto que el artículo 332 constitucional transcrito, define como propietario de los bienes fiscales allí enumerados al Estado, de suerte que puede pensarse que la locución bienes de la Nación los excluyera y por lo mismo carecería de valor interpretativo. Las normas transcritas indican que la división clásica entre bienes fiscales y de uso público ya no es suficiente para interpretar la totalidad de los bienes públicos considerados por la Carta, pues se regulan además los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación, los que no encajan cabalmente dentro de ninguna de aquellas clasificaciones. En criterio de la Sala una clasificación sencilla que pudiera abarcar el conjunto de estos bienes, debe estar centrada en la presencia o no de la posibilidad de disposición de los mismos, de manera que uno de los grupos está conformado por aquellos bienes cuyo dominio se ejerce por las entidades públicas de manera similar al de los particulares, y por lo mismo (bajo múltiples limitaciones) están en el comercio, son enajenables, y con ellos se conforma el patrimonio de las entidades dueñas, y el otro grupo o categoría está conformada por todos aquellos bienes que no están en el comercio y tienen los atributos fijados por la misma Constitución de ser inalienables, inembargables e imprescriptibles”.
- 2558 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de noviembre de 2016, exp. 35.339.
- 2559 En el marco de sus competencias la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la palabra “arbitrariamente” contenida en la definición del derecho de propiedad en el artículo 669 del Código Civil. Entre otras, la Corte expuso las siguientes razones: “La Corte ha afirmado, en múltiples ocasiones, que la propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, *contrario sensu*, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema”: Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1999.
- 2560 “Lo que ocurre en este caso es que el derecho de propiedad, en el contexto primero de un Estado social y luego de un Estado constitucional, impone obligaciones al propietario. Éste tiene una facultad de disposición sobre sus bienes. No obstante, esta facultad tiene límites impuestos por la Constitución misma, límites que se orientan a que tales bienes sean aprovechados económicamente no sólo en beneficio del propietario, sino también de la sociedad de la que hace parte y a que ese provecho se logre sin ignorar el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables. Ese es el sentido de la propiedad en cuanto función social y ecológica. De allí que *cuando el propietario, pese a haber adquirido justamente su derecho, se desentiende de la obligación que le asiste de proyectar sus bienes a la producción de riqueza social y del deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables, incumpla una carga legítima impuesta por el Estado y que éste, de manera justificada, opte por declarar la extinción de ese derecho*” (cursiva fuera de texto): Corte Constitucional. Sentencia C-740 de 2003.
- 2561 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 1988, exp. 3466; cfr. también la sentencia de la misma Sección del 7 de junio de 1993, exp. 5698.
- 2562 Específicamente del artículo 1.º de dicho Decreto, el cual excluía de los procedimientos de extinción de dominio de que trata la Ley 9.ª de 1989 a los bienes imprescriptibles “o de propiedad de las entidades de Derecho Público”.
- 2563 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 12 de febrero de 1996, exp. 3359.
- 2564 Cfr. ampliamente el desarrollo de este tema en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 38.109: “Recientemente esta Subsección ha hecho eco de esta línea jurisprudencial, al considerar, en un caso de expropiación de un predio urbano, que la misma se ajustaba a la legalidad, aunque recayera sobre un bien fiscal, todo ello por cuanto ‘la calidad del propietario, no constituía en el momento de los hechos un criterio que excluyera el ejercicio de la potestad de la autoridad administrativa, por lo cual aquellos bienes de naturaleza fiscal o patrimonial [...] que no son urbanizados dentro de los dos años siguientes a tal declaratoria podían ser afectados por la extinción de dominio’. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de julio de 2011, exp. 16131: “... En este orden de ideas, la Sala reconoce y toma nota de la existencia de un criterio jurisprudencial uniforme donde se ha sostenido que la figura de la extinción de dominio (agraria o urbana) procede aun en aquellos casos en los cuales se verifique que el fundo objeto de dicho procedimiento sea de carácter fiscal [...] Además de lo anterior, la Sala encuentra plenamente ajustado a la razonabilidad de las normas constitucionales tal parecer interpretativo pues una vez se tiene en cuenta la caracterización de los bienes de las entidades públicas como de uso público y fiscales (que a su vez se subdivide en fiscales adjudicables y propiamente fiscales), fácil es deducir que respecto de los llamados bienes fiscales la Entidad pública se comporta como si fuere un particular, pues los emplea para sí y no están puestos al servicio o uso general de los habitantes, de modo entonces que es en el marco del ejercicio de este derecho exclusivo y suyo que se puede juzgar si su uso y goce se ha ajustado a los criterios de la función social de la propiedad...”.
- 2565 GUSTAVO ESPINOSA JARAMILLO. *La Saga de los Ejidos. Crónica Legal. Siglos XIII-XX*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 1997, al comentar la sentencia de 1848 del Juez JUAN NEPOMUCENO NÚÑEZ CONTO a propósito de un conflicto de ejidos en la ciudad de Cali indicó: “... En la sentencia se distinguió con precisión entre terrenos ejidos, dehesas y propios. En la demarcación del año 1779, repetida en la providencia de 1848, los terrenos comunales se dividieron en cinco quintas partes, de las cuales una fue para ejidos, una y media para dehesas y dos y media para propios. Es decir, la mitad de los nuevos terrenos comunales fueron para el

Cabildo en la Colonia, para el Municipio en 1848. Sin embargo, los terratenientes que pidieron las aclaraciones a la sentencia sólo se refirieron a los ejidos. Y lo mismo el Juez en su providencia de respuesta. Nos preguntamos, ¿qué ocurrió?, ¿hubo una ligereza en el lenguaje?, ¿era de uso popular llamar ejidos a todos los terrenos comunales? O fue algo malévolo [...] Si fue un lenguaje calculado, que restringió de hecho el asunto a la mera quinta parte de los terrenos comunales, habría ocurrido desde entonces un engaño inmenso a las gentes pobres y al patrimonio municipal: a los primeros, porque les habrían birlado las tierras para dehesas y al Municipio, porque le habrían hurtado los terrenos de propios. Nos inclinamos por la hipótesis de que era una forma ligera de referirse a la totalidad de los terrenos comunales. Los llamaban ejidos, pero fusionaban en esa expresión todas las características de las especies de la tierra. Explicable por el uso común recogido en los memoriales de los terratenientes; pero, inexcusable en el Juez, porque implicó el uso inadecuado del lenguaje jurídico que en las dos sentencias estaba bien aplicado. Ese hecho, en la realidad, correspondió a lo que estaba ocurriendo desde hacía muchos años en el lenguaje y en el concepto que las gentes tenían sobre la tierra comunal. La distinción para ellos no tenía importancia; tal vez ni la conocían la mayoría de ellos. Además, porque nunca hubo cercas divisorias que separaran los ejidos de las dehesas y de los propios. Para ellos contaba el uso que podían hacer de esos terrenos, que correspondía a sus necesidades cotidianas: vivienda, pastos para sus animales, maderas, tierra para tejas y adobes, cultivos modestos para el diario vivir, recreo y solaz, caminos para transitar. La evolución en el lenguaje estaba creando una nueva noción del terreno comunal, un nuevo concepto del ejido, que ya no correspondía ni a la idea original hispánica, ni a la recreación de la legislación indiana. Esa dominancia de la expresión *ejido*, al final del siglo XIX, había borrado toda referencia a las dehesas y a los propios, en el lenguaje corriente y en las normas de las leyes. Y así se configuró lo que llamamos en el capítulo anterior de esta obra ‘*el ejido colombiano*’ una nueva propiedad que fusionó los viejos ejido y dehesa que, en la práctica es un híbrido jurídico entre bienes de uso público y bienes fiscales que seguimos llamando ejidos...”

2566 Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 30 de julio de 1940, *Gaceta Judicial*, t. XLIX, n.º 1953-1960, años 1940-1942, p. 806.

2567 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de mayo de 1961, *Gaceta Judicial*, t. XCV, n.º 2240, mayo de 1961, p. 900.

2568 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de julio de 1987, *Infolios*, Superintendencia de Notariado y Registro, n.º 4, segunda etapa, octubre-diciembre de 1987, pp. 57 y 58: “En la antigua legislación española, que se aplicó en América, el ejido fue un tipo de propiedad comunal para los vecinos de un pueblo que si bien en un principio no les permitió su adquisición y explotación, luego el núcleo social vecino del poblado pudo explotarlo, con las limitaciones y modalidades que la ley señalaba, como hacer del ejido un bien inalienable, intransmisible, inembargable, imprescriptible e indivisible [...] Según la doctrina y la jurisprudencia, los ejidos en antaño tuvieron su razón de ser como tales; hoy, por el creciente desarrollo de las ciudades, por la expansión de las mismas, por los adelantos urbanísticos, por la transformación y tecnificación de los servicios públicos, etc., constituyen más bien un obstáculo al progreso urbano. Por consiguiente, la real situación en que se desenvuelven las ciudades y poblados ha dado lugar para que se afirme, con sobrada razón, que su destinación primitiva ya no es practicable, en términos generales, de tal institución no se beneficia la clase social como fue su propósito inicial, lo que dio lugar para que se empezara a autorizar a los municipios para disponer a enajenar tales bienes...”. Naturaleza compartida por las autoridades administrativas de registro de instrumentos públicos. Cfr. al respecto División Legal de Registro de Instrumentos Públicos. Concepto del 28 de enero de 1981, *Infolios*, Superintendencia de Notariado y Registro, n.º 33-34. 1981, p. 116: “... Institución que viene desde la colonia cuando la metrópoli asignó áreas cercanas a las villas privilegiadas con cédula real para que en ellas ‘los vecinos tengan agua y brebaje y se surtan de la tierra entre todos sin que ninguno pueda decir que lo común sea suyo’. Estos ejidos fueron reduciendo su extensión al ser adjudicados de manera irregular por los gobiernos para pagar deudas de guerra como prendas y gracias a señores o por ocupación consuetudinaria. Hacia mediados del siglo XX, muy pocas ciudades habían logrado conservar sus ejidos, entre ellas: Cali, Cartago, Cúcuta, Mompox, Santafé de Antioquia, Tunja, Ibagué, Palmira, Mariquita y Bogotá...”

2569 LUIS GUILLERMO VELÁSQUEZ JARAMILLO. *Bienes*, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 1998, p. 49.

2570 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de julio de 1987, *Infolios*, Superintendencia de Notariado y Registro, n.º 4 segunda etapa, octubre-diciembre 1987, p. 58: “... En el año de 1948 se expidió la Ley 41 que ciertamente constituye el estatuto más completo sobre este linaje de bienes. En efecto, la mencionada ley procedió a regular lo atinente a los ejidos, estableciendo como reglas fundamentales, en términos generales, las siguientes: los ejidos situados en cualquier parte del país, son imprescriptibles; La administración de ellos corresponde al concejo municipal de su ubicación; Sus terrenos urbanos podrán ser destinados a resolver problemas de vivienda. Y, por tanto, podrán ser enajenados, sin el requisito de la subasta a personas pobres, con familia, que no tengan vivienda propia, quedando gravada la adquisición con patrimonio de familia; serán nulas las ventas que se hagan con omisión de determinados requisitos; los ejidos rurales serán destinados a fomentar la producción de víveres baratos y, por consiguiente, pueden ser aportados a cooperativas agrícolas; salvo los casos que determina la misma Ley 41, los ejidos rurales situados en tierras fértiles y cultivables no podrán ser vendidos por los municipios, a menos que el crecimiento urbano los absorba; los ejidos rurales formados en terrenos quebrados o no fértiles, pueden ser vendidos, menos los situados en las hoyas de determinados ríos; los tenedores de ejidos sin contrato de arrendamiento, deben ser desalojados mediante proceso de lanzamiento. Como quedó visto, los terrenos ejidos situados en cualquier municipio del país son imprescriptibles, por calificarlos la ley como bienes municipales de uso público o común (Ley 41 de 1948). Y para mantener esa característica de imprescriptibilidad de los bienes ejidales, que viene desde la colonia, establece el nuevo Código de régimen Político y Municipal (Decreto 1333 de 1986), en el artículo 169: ‘los terrenos ejidos situados en cualquier municipio del país no están sujetos a la prescripción, por tratarse de bienes municipales de uso público o común’. De suerte que desde la Colonia hasta el momento actual, sin solución de continuidad, los terrenos ejidos que existen en unos pocos municipios (como, por ejemplo, Cali, Cartago, Palmira, Cúcuta, Tunja, Mariquita etc.), no son susceptibles de adquirirse por prescripción. Empero, dichos terrenos sí pueden ser enajenados por los municipios, con sujeción a las exigencias legales. Y una vez enajenados por el respectivo municipio, dejan de formar parte del patrimonio ejidal del ente distrital y consecuentemente dejan de ser ejidos y, por ende, extinguiéndose o desapareciendo tal calidad, de allí en adelante entran a la esfera del derecho común y, por tanto, dichos terrenos a la postre pueden adquirirse por usucapión...” (cursiva fuera de texto).

2571 GUSTAVO ESPINOSA JARAMILLO. *La Saga de los Ejidos...*, cit., pp. 282 y 283: “... *Ejidos por Subrogación*. El ejido, como parte de la tierra comunal demarcada en la fundación de la ciudad, se perdió. Pero siempre existió el propósito de tener tierra comunal, de no dejarla desaparecer. Por eso, la demarcación de 1706; las recuperaciones parciales de 1710 y 1722; la queja del escribano LUIS MACEDA que originó la cédula real del 10 de noviembre de 1771; las demarcaciones de 1778 y 1779; el reclamo al Presidente SIMÓN BOLÍVAR en 1829; la queja al Presidente MOSQUERA y al Ministro MANUEL MARÍA MALLARINO en 1848; los conflictos populares por la tierra entre 1840 y 1850; la sentencia del juez JUAN NEPOMUCENO NUÑEZ CONTO en 1848; las cesiones de tierras que hicieron algunos terratenientes, y los numerosos procesos divisorios, reivindicatorios y de restitución de tenencia que han ocurrido hasta hoy (1997), para recuperar el nuevo ejido demarcado en la sentencia del 9 de diciembre de 1948. Este propósito de perpetuar la tierra comunal se expresó en varias oportunidades cuando ya estaba en marcha la política de venderla y transformarla en tierra privada. Se formuló como una sustitución, como una reposición, con la idea de comprar tierras con el producto de los arrendamientos y ventas y, a esa tierra comprada, administrarla y tratarla como ejido. En la práctica se hizo: tierras compradas recibieron el mismo tratamiento que las del verdadero patrimonio ejidal [...] Esa decisión de asimilar al ejido la tierra que se compraba, o sea, la de hacerlos semejantes y darles el mismo tratamiento, fue en realidad una nueva creación de tierra ejidal, una sustitución, ello por cuanto se quiso poner en el lugar del ejido la tierra que se compraba: una subrogación”.

2572 Así, por ejemplo, nuestra Corte Constitucional acogió esta clasificación tradicional y definió los bienes baldíos como bienes de la Nación catalogados dentro de la categoría de bienes fiscales adjudicables, en razón de que la Nación los conserva para adjudicarlos a quienes reúnan la totalidad de las exigencias establecidas en las leyes, o también como aquellos terrenos urbanos o rurales sin edificar o cultivar que forman parte de los bienes del Estado porque se encuentran dentro de

- límites territoriales y carecen de otro dueño; al respecto cfr., entre otros pronunciamientos, Sentencias T-566 de 1992; C-060 de 1993; C-595 de 1995 y C-536 de 1997.
- 2573 “Artículo 675. *Bienes baldíos*. Son bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño”.
- 2574 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de noviembre de 2016, exp. 35.339.
- 2575 *Ibid.* Sentencia del 5 de julio de 2012, exp. 22.873.
- 2576 Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1995: “... Los baldíos son bienes públicos de la Nación catalogados dentro de la categoría de bienes fiscales adjudicables, en razón de que la Nación los conserva para adjudicarlos a quienes reúnan la totalidad de las exigencias establecidas en la ley[...] Bien podía el legislador, con fundamento en este precepto, establecer la imprescriptibilidad de terrenos baldíos, como en efecto lo hizo. Si la prescripción adquisitiva o usucapión es un modo de adquirir el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio, al igual que los demás derechos reales, por haberse poseído durante el tiempo y con las condiciones señaladas por la ley, la imprescriptibilidad significa que no es posible adquirir la propiedad de tales bienes, así se hayan ocupado durante largo tiempo, que es precisamente lo que ocurre con las tierras baldías, cuyo régimen difiere del consagrado en el Código Civil [...] La función social de la propiedad se incorpora al contenido de ella para imponer al titular del dominio obligaciones en beneficio de la sociedad. En otros términos, el contenido social de las obligaciones limita internamente el contenido individual de facultades o poderes del propietario, según la concepción duguitiana de la propiedad función. En el caso de las tierras baldías rurales dicha función social se traduce en la obligación de explotarla económicamente y destinarla exclusivamente a actividades agrícolas, en no explotar el terreno si está destinado a la reserva o conservación de recursos naturales renovables, etc., en una palabra, la función social consiste en que el derecho de propiedad debe ser ejercido en forma tal que no perjudique sino que beneficie a la sociedad, dándole la destinación o uso acorde con las necesidades colectivas y respetando los derechos de los demás...”.
- 2577 JANITA VILLAVECES NIÑO y FABIO SÁNCHEZ. *Tendencias históricas y regionales de la adjudicación de baldíos en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Economía, Serie Documentos de Trabajo, n.º 179, febrero de 2015, pp. 11 y ss. Disponible en [<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10933/12538.pdf>].
- 2578 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 5 de julio de 2012, exp. 22.873.
- 2579 Según lo previsto en el referido artículo 407, la declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público. La constitucionalidad de esta norma fue declarada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-536 de 1996, la que a su vez, reiteró lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Sala Plena del 16 de noviembre de 1978, GJ, t. CLVII, n.º 2397, p. 263. En ese sentido cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2012, exp. 23.972. Sobre la imprescriptibilidad de los bienes baldíos cfr. también Corte Constitucional. Sentencias C-595 de 1995 y C-536 de 1997.
- 2580 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2005, exp. 15070; cfr. también la Sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 21133.
- 2581 Concepto del 15 de noviembre de 1979 de la Dirección Legal. Superintendencia de Notariado y Registro, *Infolios*, n.º 29, enero-marzo de 1980, p. 60: “... Los baldíos nacionales ubicados en el casco urbano de los municipios se rigen principalmente por la Ley 137 de 1959 y sus decretos reglamentarios 1943 de 1960 y 3313 de 1965. Normas que no se aplican para los terrenos ejidales. Así lo estableció el artículo 5.º del decreto 3313 de 1965, que reglamentó el artículo 7.º de la Ley 137, lo transcribimos: ‘artículo 5: este decreto *no se refiere* a los bienes ejidos municipales los cuales siguen sometidos a las normas especiales que los rigen’”.
- 2582 Cfr. CONPES 3718 del 31 de enero de 2012. Política Nacional sobre Espacio Público.
- 2583 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de noviembre de 2016, exp. 35.339.
- 2584 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1682 del 2 de noviembre de 2005: “La noción de espacio público fue incorporada en el artículo 82 a la normativa constitucional para consagrar como específico deber del Estado el de ‘velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular’. La norma constitucional también incluye como previsión adicional, que en el ámbito urbano ‘las entidades públicas’ regularán su utilización ‘en defensa del bien común’ y tendrán derecho a participar en la plusvalía que genere su actividad urbanística. Este concepto había sido introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 9.ª de 1989 y está definido en el artículo 50 como ‘el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes...’, agregando una relación enunciativa en la cual se incluyen ‘... los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales...’. Tanto la norma constitucional como la legal, permiten entender que el espacio público está compuesto por bienes públicos y algunos elementos de los inmuebles de propiedad privada, que, al estar organizados en la ciudad, componen este elemento urbano que goza de especial protección y regulación legal, recalcando que el centro de esta regulación está en proteger determinada forma de organización de los bienes que lo conforman. La integración y ordenación de este conjunto de bienes, la realiza en cada distrito o municipio el Plan de Ordenamiento Territorial, POT, que se expide siguiendo los lineamientos legales”.
- 2585 Corte Constitucional. Sentencia T-364 del 20 de mayo de 1999.
- 2586 Artículo 6.º Ley 9.ª de 1989.
- 2587 IICA. *Colombia tierra y paz. Experiencias y caminos para la reforma agraria. 1961-2001*, Bogotá, 2002, pp. 193 y ss.
- 2588 La Corte Constitucional de Colombia declaró la inexecutable (inconstitucionalidad) de la Ley 1152 de 2007 en la Sentencia C-175 de 2009, al encontrar que “los procedimientos de consulta previa realizados respecto del proyecto de ley que originó el EDR (Estatuto de Desarrollo Rural), no cumplieron con los requisitos fijados por el ordenamiento constitucional, en especial respecto a sus condiciones de oportunidad [...] En ese sentido, la Sala considera que el Gobierno Nacional incumplió con su deber constitucional de ofrecer a las autoridades representativas escenarios específicos de participación, previos a la radicación del proyecto de ley, en el cual fuera viable discutir el contenido de la iniciativa, con miras a lograr un consenso o una concertación sobre la misma”. La Ley 1152 de 2007 fue declarada inexecutable en su integridad, y como consecuencia el Decreto 4983 de 2007 quedó sin base legal ya que reglamentaba la mencionada ley, obteniendo de nueva vigencia las normas que habían sido derogadas por la misma Ley 160 de 1994.
- 2589 Ley 160 de 1994. “[...] 14. Ejercitar las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras

- baldíos, o incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fueron adjudicadas, y adelantar las diligencias y expedir las resoluciones sobre, extinción del derecho de dominio privado”.
- 2590 Ibid. “[...] 15. Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, con el objeto de identificar las que pertenecen al Estado y facilitar el saneamiento de la propiedad privada”.
- 2591 Ibid. “[...] 16. Delimitar las tierras de propiedad de la Nación, de las de los particulares. También podrá adelantar procedimientos de deslinde de las tierras de resguardo y las pertenecientes a las comunidades negras, para los fines previstos en el artículo 48 de la presente Ley”.
- 2592 Decreto 2364 de 2015. “Artículo 37. A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, todas las referencias normativas hechas al Incora o al Incoder, en relación con los temas de desarrollo agropecuario y rural deben entenderse referidas a la Agencia de Desarrollo Rural”.
- 2593 Artículo 2.14.19.2.1 Decreto 1071 de 2015.
- 2594 Decreto 2364 de 2015, cit.
- 2595 Artículo 2.14.19.2.2 Decreto 1071 de 2015.
- 2596 Ley 160 de 1994. “Artículo 48 [...] 1. Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, con el fin de determinar si han salido o no del dominio del Estado. // A partir de la vigencia de la presente Ley, para acreditar propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial, se requiere como prueba el título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, o los títulos debidamente inscritos otorgados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. // Lo dispuesto en el inciso anterior sobre prueba de la propiedad privada por medio de títulos debidamente inscritos con anterioridad a la presente ley, no es aplicable respecto de terrenos no adjudicables, o que estén reservados, o destinados para cualquier servicio o uso público”.
- 2597 Corte Constitucional. Sentencia C-536 de 1997: “Los baldíos, son bienes que pertenecen a la Nación, cuya adjudicación se puede hacer a los particulares o a las entidades públicas, bajo un criterio de utilidad y de beneficio social, económico y ecológico, según la filosofía que inspira la reforma agraria, la cual tiene pleno sustento en los arts. 60, 64, 65, 66 y 334 de la Constitución. Ello justifica las restricciones que ha establecido el legislador a su adjudicación, con el fin de que la explotación de los baldíos se integre al proceso de transformación agraria [...] En la Constitución de 1991 se mantuvo el sentido prescriptivo del artículo 76-21 de la Carta de 1886, en el sentido de que el legislador está autorizado para ‘dictar las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías’. En tal virtud, en desarrollo de dicha atribución le es dado regular lo relacionado con la forma como se adquiere la propiedad de los baldíos, las limitaciones a su adjudicación, las restricciones que reclaman su disposición o enajenación una vez adjudicados, los procedimientos administrativos a través de los cuales se hacen efectivas tales limitaciones o restricciones y, en general, las cargas a las cuales puede someterse su aprovechamiento económico, con el fin de lograr los objetivos sociales y económicos [...] La limitación introducida por la norma acusada sobre el tamaño transferible de la propiedad originada en una adjudicación de baldíos, no atenta contra el derecho de propiedad ni su libre enajenación. En efecto, ha sido la voluntad del legislador, amparada como se dijo en la previsión del artículo 150-18 y en la persecución de los fines constitucionales de lograr el acceso de los campesinos a la propiedad rural, el de limitar la adjudicación de baldíos, salvo las excepciones que establezca la Junta Directiva del Incora, a una unidad de explotación económica denominada UAF (Ley 160/94 art. 66). Por lo tanto, este límite a la adjudicación guarda congruencia con el precepto acusado, que prohíbe a toda persona adquirir la propiedad de terrenos inicialmente adjudicados como baldíos si la respectiva extensión excede de una UAF, precepto que consulta la función social de la propiedad que comporta el ejercicio de ésta conforme al interés público social y constituye una manifestación concreta del deber del Estado de ‘promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios [...] con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos’”.
- 2598 Ley 110 de 1912. “Artículo 45. Se reputan baldíos y por consiguiente de propiedad nacional: a) Las costas desiertas del territorio de la República no pertenecientes a particulares por título originario o traslativo de dominio. b) Las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado que no estén ocupadas por poblaciones organizadas o apropiadas por poblaciones organizadas o apropiadas por particulares en virtud de título traslativo de dominio. c) Las islas de los ríos y lagos navegables, por buques de más de 50 toneladas”.
- 2599 El que modificó el artículo 2.º de la Resolución 206 de 1962 en los siguientes términos: “... sustraer de la reserva territorial del Estado las Islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Continúan bajo el mismo régimen de reserva los Cayos: Sucre (Johnny), Acuario (Rose), Rocosco, Algodón, Albuquerque, del Este, Córdoba, Santander Hermanos, del Valle, Cangrejo y Serrana; los bancos de Roncador, Serranilla, Quitasueño, Bajonuevo y Alicia, y los demás islotes, cayos y bancos que hacen parte del Archipiélago de San Andrés y Providencia”. // INVEVAR. “Marco institucional y legal”. Disponible en [<http://www.invevar.org.co/redcostera1/invevar/docs/1008PoliticaZonasCosterasE.pdf>]. “En el proceso de clarificación de títulos realizado por el INCORA, se estableció con relación a los ocupantes del Archipiélago de las Islas del Rosario, que ninguna de las condiciones legales se cumplió siendo incapaces de demostrar la legitimidad de los asentamientos y de la existencia de un título originario válido, ni tradiciones anteriores a la Ley 11 de octubre de 1821 y al Código Fiscal de 1873, resolviendo en consecuencia declarar que las islas no habían salido del patrimonio nacional, por su característica especial de ser territorios insulares, indisponibles e imprescriptibles (INCORA, 1969)”. En el mismo orden la Ley 25 de 1908 dispuso en su artículo 2.º que “No podrá ser transferido el dominio de las islas marítimas...”.
- 2600 INVEVAR. “Marco institucional y legal”. Disponible en [<http://www.invevar.org.co/redcostera1/invevar/docs/1008PoliticaZonasCosterasE.pdf>].
- 2601 Ídem.
- 2602 Ídem.
- 2603 Acto Legislativo 1.º de 1936. “Artículo 3.3. Forman parte de Colombia, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen en los mares limítrofes”.
- 2604 Decreto 2324 de 1984. “Artículo 178. *Derechos de la Nación*: los capitanes de Puerto deben hacer respetar los derechos de la Nación en las zonas a que se refieren los artículos anteriores, impidiendo su ocupación de hecho. Estos mismos funcionarios deberán enviar a la Dirección General Marítima y Portuaria, un informe pormenorizado sobre las construcciones particulares que existan en tales terrenos con indicación de las personas que las ocupen y su alinderación, con el objeto de solicitar al respectivo Agente del Ministerio Público que se inicie la acción del caso para recuperar los bienes que han pasado al patrimonio del Estado en virtud del Artículo 682 del Código Civil”.
- 2605 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 13 de mayo de 2005, exp. 00606-01: “La acusación se formuló, en realidad, por expedición irregular del acto del Director General Marítimo, en cuanto ordenó la restitución del terreno pese a que no había sido decretada en la resolución del Capitán del Puerto de Coveñas. Para resolver este cargo, basta con señalar que el Decreto 2324 de 1984 no dispone que la restitución de los bienes

de uso público deba ser decretada en dos instancias: antes bien, en su artículo 11 faculta al Director General Marítimo para expedir todos los actos necesarios al cumplimiento de las funciones de la DIMAR (numeral 3) y para imponer por sí mismo multas y sanciones, o bien para conocer por vía de apelación de aquellas que impongan los capitanes de puerto. La norma reza como sigue: ‘Decreto 2324 de 1984. Artículo 11. *Funciones del Director General*. Son funciones del Director General: [...] 3. Expedir los actos y realizar las operaciones para el cumplimiento de las funciones de la Dirección General Marítima, conforme a las disposiciones legales y estatutarias. Luego era infundada la acusación. [...] 5. Imponer las multas o las sanciones contempladas por la Ley, los Decretos y conocer por vía de apelación de las que impongan los Capitanes de Puerto’”.

- 2606 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de agosto de 2004, exp. 0003-01 (AP): “Está demostrado que algunas construcciones realizadas en el Hotel Mar Azul se encuentran sobre bienes de uso público, y de ello son conscientes los dueños del hotel, por tal razón solicitaron la concesión de dichas áreas, según se infiere de la comunicación de la DIMAR del 10 de agosto de 2000. También está claro que a la entidad a la que le corresponde en este momento solicitar o continuar con los trámites de la solicitud de la concesión de las áreas correspondientes a bienes de uso público es a la Dirección Nacional de Estupefacientes, por tener en la actualidad la administración del hotel Mar Azul, por lo que no comparte la Sala la apreciación del *a quo* en el sentido de que esta entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, cuando es la llamada a legalizar tal situación. De conformidad con el numeral 21 del artículo 5.º del Decreto 2324 de 1984, que consagra como función de la Dirección General Marítima y Portuaria ‘Regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público en las áreas de su jurisdicción’, es claro que dicha entidad es la competente para requerir, como lo ha venido haciendo, a quien tiene bajo su dirección la administración del Hotel Mar Azul, esto es, a la Dirección Nacional de Estupefacientes, para que realice o continúe con el trámite de la solicitud de la concesión de las áreas correspondientes a bienes de uso público que se encuentran bajo su jurisdicción. Y en caso de que dicha solicitud no se formule o se encuentre que la misma no procede, será la propia Dimar con el concurso de las autoridades policivas, la encargada de recuperar los correspondientes bienes públicos”.
- 2607 Decreto 2324 de 1984: “Artículo 80. *Sanciones*. Las sanciones a que hubiere lugar por la violación o infracción a cualquiera de las normas citadas, pueden consistir en las medidas siguientes: a) Amonestación escrita o llamada de atención al infractor, en cuyo caso se dejará copia del informe de quien impuso la sanción o de la carta en su caso, en los archivos de la Dirección General Marítima y Portuaria y de las Capitanías de Puerto. b) Suspensión, que consiste en la pérdida temporal de los privilegios, concesiones, licencias, permisos, autorizaciones o certificados que haya expedido la Dirección General Marítima y Portuaria. c) Cancelación, que consiste en la pérdida permanente de los anteriores privilegios, concesiones, licencias, permisos, autorizaciones o certificados. d) Multas, las que podrán ser desde un salario mínimo hasta cien (100) salarios mínimos, si se trata de personas naturales y, de cinco (5) salarios mínimos hasta mil (1.000) salarios mínimos, si se trata de personas jurídicas. Por salario mínimo se entenderá el salario mínimo legal aplicable que rija el día en que se imponga la sanción o multa. La no cancelación de la multa una vez ejecutoriada la providencia mediante la cual se dispuso, dará lugar además a la acumulación de intereses legales y a que no se les expida o tramite solicitud alguna de renovación o prórroga de privilegios, concesiones, licencias, permisos, autorizaciones o certificaciones a los titulares”.
- 2608 Ley 1801 de 2017. “Artículo 172. Las medidas correctivas, son acciones impuestas por las autoridades de Policía a toda persona que incurra en comportamientos contrarios a la convivencia o el incumplimiento de los deberes específicos de convivencia. Las medidas correctivas tienen por objeto disuadir, prevenir, superar, resarcir, procurar, educar, proteger o restablecer la convivencia...”.
- 2609 Artículo 190 Ley 1801 de 2017.
- 2610 Artículo 203 ibid.
- 2611 Ley 1801 de 2017. “Artículo 79 [...] Parágrafo. En el procedimiento de perturbación por ocupación de hecho, se ordenará el desalojo del ocupante de hecho si fuere necesario o que las cosas vuelvan al estado que antes tenían. El desalojo se deberá efectuar dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la orden”.
- 2612 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. AP-182: “La acción popular puede ser preventiva, reparatoria e indemnizatoria según el caso concreto. La idea de que es únicamente, o al menos principalmente preventiva, es equivocada, pero se explica porque la Corte Constitucional, antes de la expedición de la Ley 472, sostuvo repetidamente que la acción popular era preventiva y que, con ella, jamás podría pretenderse la reparación de daños individuales o colectivos. Debe aclararse que, de las providencias referidas se deriva que la Corte expuso ese criterio para diferenciar estas acciones de las de grupo. Además, en ese entonces no había desarrollo legal. Posteriormente, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la mencionada ley. Tímidamente aclaró que la acción popular, además de preventiva, es restitutoria. Dada la claridad de los preceptos contenidos en los artículos 2.º y 34, la única interpretación válida de la Ley 472, en lo atinente a la naturaleza de la acción popular, será aquella que atienda absolutamente su tenor literal. En consecuencia, cualquier interpretación que condicione los alcances restitutorios de estas acciones, o cualquiera que niegue su naturaleza indemnizatoria pese a que se cumplan los requisitos previstos en la norma para que ella se concrete en un caso determinado, supondrá una separación grosera del querer del legislador en sacrificio del deber constitucional de procurar la eficacia de los derechos”.
- 2613 Corte Constitucional. Sentencia T-714 del 27 de septiembre de 1999: “Cabe anotar, que la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término ‘colectivos’. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley. [...] el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés. [...] otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. [...] La carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo. [...] debe reiterarse que las acciones populares aunque se encaminen a la protección y amparo judicial de los intereses y derechos colectivos, no pueden ejercerse como ya se indicó, con el objeto de perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos. Para estos últimos fines, el constituyente de 1991 creó las acciones de grupo o de clase, a la vez que conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual, la Acción de Tutela. Esas acciones, para su procedencia, exigen siempre que el daño afecte derechos subjetivos de origen constitucional o legal de un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidos con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios”.
- 2614 Ley 472 de 1998. “Artículo 10.º. *Agotamiento opcional de la vía gubernativa*. Cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular”.
- 2615 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 6 de julio de 2001, exp. AP-072: “Las acciones populares gozan de autonomía procesal dentro el conjunto ordinario y especializado de las competencias judiciales, luego no puede provocar conflicto alguno su ejercicio

independiente de la acción ordinaria o especializada, sea de derecho público, sea de derecho privado. Por consiguiente, en tratándose de un derecho colectivo, y lo es todo aquel que se halla en cabeza de un grupo social, que es de muchos pero de nadie en particular, expuesto al agravio o vulnerado por la acción u omisión de la autoridad, o de los particulares en casos excepcionales, el grupo o cualquiera de sus miembros en representación legal de todos, está legitimado para reclamar ante el juez administrativo la protección de los derechos afectados, sin perjuicio de que exista o se acuda a otro medio de defensa judicial. Esta segunda tesis, clara en su sentido y con autorizado origen, es la que acoge esta Sala, posición que le permite manifestar su desacuerdo con la primera instancia y hacer otra clase de consideraciones”.

2616 “El artículo 79 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen todas las personas a gozar de un medio ambiente sano. A su vez, el artículo 88 ibídem, dispone que la ley regulará las acciones populares [...] Surge entonces, de la Constitución, que el derecho al medio ambiente, no ostenta el carácter de fundamental, sino de alcance colectivo. Así las cosas, la acción de tutela, como lo ha sostenido esta Corporación, no es en principio, el mecanismo idóneo para solicitar y obtener el amparo de los derechos colectivos, como lo es el derecho a un medio ambiente sano. Con todo, la doctrina constitucional, también ha señalado que cuando la vulneración de derechos de alcance colectivo, violan o amenazan derechos de rango fundamental de una persona individualmente considerada, la tutela surge como el medio viable para la protección de esos derechos, siempre y cuando, exista un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos colectivos y los derechos fundamentales cuya protección se solicita. [...] considera la sala pertinente recordar, que cuando se trata de asuntos que atañen a varias personas, la acción procedente para reclamar su protección, no es precisamente la acción de tutela, sino las acciones de grupo o clase, en los términos establecidos por el artículo 88 de la Carta, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, como lo establece el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, que reglamentó esa clase de acciones. Únicamente [...] sería procedente la acción de tutela para resolver asuntos colectivos, como sucede con la protección del medio ambiente, cuando sea clara la vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad, como la vida y la salud”.

2617 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 24 de mayo de 2001 exp. AP-076: “La Ley 472 de 1998 no contempla como razón para su improcedencia, como sí sucede con el Decreto Ley 2591 de 1991 y la Ley 393 de 1997 frente a la acción de tutela y a la de cumplimiento, que la acción popular resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados. El hecho de que la mencionada actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que deba acudir necesariamente al ejercicio de las mismas pues, estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular”.

2618 JUAN CARLOS HENAO. “¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y en derecho francés?”, en *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 427 y ss.

2619 Corte Constitucional. Sentencia T-1451 del 26 de octubre de 2000: “Dentro de la dinámica de protección de los diversos derechos consagrados por el Constituyente de 1991, en el marco de la definición misma del Estado colombiano, como Social de Derecho, se encuentra en el texto constitucional la coexistencia de dos acciones que tienen por finalidad la protección y garantía de los distintos derechos individuales y colectivos consagrados en la Constitución. De una parte, la acción de tutela, definida en el artículo 86, como mecanismo de protección de derechos fundamentales y de otra, las acciones populares del artículo 88, como mecanismo de protección de derechos o intereses colectivos. Bajo esa enunciación, podría afirmarse que el criterio de diferenciación para el empleo de una u otra acción, está dado por la naturaleza del derecho que se pretende proteger. Así, ante la transgresión de un derecho de rango fundamental, no se pensaría en hacer uso de la acción popular, dado que la garantía diseñada para su protección no es otra que la acción de tutela. Sin embargo, esa línea divisoria que parecería tan clara entre una y otra acción, deja de ser diáfana, cuando el hecho generador de la vulneración, afecta derechos de una u otra clase, por ejemplo, cuando por la violación o amenaza del derecho al medio ambiente o a la salubridad pública, derechos éstos de carácter colectivo, resultan afectados derechos de rango fundamental, tales como la vida, la intimidad, la dignidad humana, entre otros. En estos casos, la jurisprudencia constitucional ha delineado unos criterios que han servido de parámetro para determinar los eventos en que se hace procedente la acción de tutela, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que han resultado lesionados o en amenaza de serlo, por la afectación de un derecho de carácter colectivo. [...] Primer criterio: la trascendencia que pueda tener un derecho colectivo en el ámbito de los derechos fundamentales, no lo hace perder su naturaleza de colectivo y su protección, por tanto, ha de lograrse a través de la acción diseñada para el efecto, y ésta no es otra que la acción popular. Sin embargo, si de la vulneración de un derecho de esa naturaleza, se desprenden graves consecuencias para derechos fundamentales, la acción de tutela como mecanismo de defensa para éstos, será la procedente [...] Segundo criterio: conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la vulneración del derecho fundamental. [...] Tercer criterio: la existencia de un daño o amenaza concreta de los derechos fundamentales de quien promueve la acción de tutela o de su núcleo familiar. Este es un problema de legitimidad, pues sólo aquel que ve afectado directamente en su derecho, puede reclamar su protección. Cuarto criterio: debe probarse fehacientemente la vulneración del derecho fundamental que se dice desconocido o amenazado. Para el efecto, el juez está obligado a analizar cada caso en concreto, para determinar la correspondiente vulneración. [...] Quinto criterio: la orden del juez debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado mas no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza”.

* Capítulo revisado por la Doctora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.

2620 Los conceptos de sociedad de la información, y de tecnologías de la información y de las comunicaciones fueron recientemente incorporados al ordenamiento jurídico colombiano en la Ley 1341 de 2009; en relación con sus características y alcances cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO. “El sistema de la organización institucional en la reciente regulación colombiana del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC– (Ley 1341 de 2009)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 445 y ss.; igualmente, TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO. “Reflexiones sobre el nuevo marco normativo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en Colombia”, cit., pp. 23 y ss.

2621 “Cuando se llega al estadio de una sociedad de la información se quiere decir: a) que un porcentaje muy importante del ingreso y la riqueza proviene del sector de la información (industria, productos, servicios, usos); b) que a partir del uso de la información se enfatiza el desarrollo como incremento de riqueza material, crecimiento personal y aumento de la calidad de vida, y c) que los niveles de educación se han cuidado y elevado, que la gente sabe leer, pero no sólo por estar alfabetizada, sino que usa información, la entiende y reflexiona sobre lo leído. Por lo tanto, la sociedad de la información de una cultura que usa la información para todas las acciones de la vida”: ESTELA MORALES CAMPOS. “¿Información o improvisación? Una sociedad diferente”, en MARTHA ALICIA AÑORVE GUILLÉN y ELSA M. RAMÍREZ LEYVA (coords.). *Memoria del XIX Coloquio Internacional de Investigación, Bibliotecnología y de Información. Los grandes problemas de la información en la sociedad contemporánea*, México, UNAM, 2002, p. 1.

2622 MANUEL CASTELLS. *La sociedad red*, Madrid, Alianza Editorial, 1996; Íd. *Comunicación y poder*, Madrid, Alianza Editorial, 2009; cfr. EDUARD AIBAR y FERRAN URGELL. *Estado, burocracia y red*, Barcelona, Ariel, 2007.

2623 MANUEL CASTELLS. *Comunicación y poder*, Alianza Editorial, 2009, pp. 45 y 50: “Una red es un conjunto de nodos interconectados [...] En la vida social las redes son estructuras comunicativas. Las redes de comunicación son las pautas de contacto creadas por el flujo de mensajes entre distintos comunicadores en el tiempo y en el espacio. Es decir, las redes procesan flujos. Los flujos son corrientes de información entre nodos que circulan por los canales que conectan los nodos. Una red está definida por el programa que asigna los objetivos y las reglas de funcionamiento de la propia red...”. En cuanto a la sociedad como red global

sostiene el autor: “Una sociedad red es aquella cuya estructura social está compuesta de redes activadas por tecnologías digitales de la comunicación y la información basadas en la microelectrónica [...] Las redes digitales son globales por su capacidad para autorreconfigurarse de acuerdo con las instrucciones de los programadores, trascendiendo los límites territoriales e institucionales a través de redes de ordenadores comunicados entre sí. Por tanto, una estructura social cuya infraestructura se basa en redes digitales tiene la posibilidad de ser global...”.

2624 MANUEL CASTELLS. *Comunicación y poder*, cit., pp. 24 y 25.

2625 *Ibid.*, pp. 23 a 25, 27 y 56. La revolución tecnológica posee un núcleo propio y especial conformado por las tecnologías del procesamiento de la información y de la comunicación. Las tecnologías de la información son a esta revolución lo que las fuentes de energía eléctrica fueron a las sucesivas revoluciones industriales. “Lo que caracteriza a la revolución tecnológica actual no es el carácter central del conocimiento y la información, sino la aplicación de ese conocimiento e información a aparatos de generación de conocimiento y procesamiento de la información/comunicación, en un círculo de retroalimentación acumulativo entre la innovación y sus usos [...] las nuevas tecnologías de la información no son sólo herramientas que aplicar, sino procesos que desarrollar. Los usuarios y creadores pueden convertirse en los mismos [...] Por primera vez en la historia, la mente humana es una fuerza productiva directa, no sólo un elemento decisivo del sistema de producción...” (p. 58).

2626 MANUEL CASTELLS. *Comunicación y poder*, cit., pp. 68 y 69.

2627 MANUEL CASTELLS. *La sociedad red*, cit., pp. 28, 29, 31, 33 y 57. En esa dirección sostiene CASTELLS que al final del siglo XX vivimos uno de esos raros intervalos de la historia. Un intervalo caracterizado por la transformación de nuestra “cultura material” por obra de un nuevo paradigma tecnológico organizado en torno a las tecnologías de la información, esto es, por el uso del conocimiento científico para especificar el modo de hacer cosas de una manera reproducible. Entre las tecnologías de la información se incluye el conjunto convergente de las tecnologías de la microelectrónica, la informática (máquinas y software), las telecomunicaciones, la televisión, la radio, la optoelectrónica, y la ingeniería genética con su conjunto de desarrollos y aplicaciones (pp. 55 y 56).

2628 MANUEL CASTELLS. *La sociedad red*, cit., pp. 87 a 92.

2629 MANUEL CASTELLS. *Comunicación y poder*, cit., pp. 23.

2630 DANIEL PEÑA VALENZUELA. “La sociedad de la información y la ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*, cit., pp. 197 y ss.; cfr. una posición crítica en relación con los fundamentos ideológicos y políticos de la Ley 1341 de 2009 en SERGIO ROBERTO MATÍAS CAMARGO. “Ley de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–”, *Revista Diálogo de Saberes*, julio-diciembre de 2009, pp. 49 a 72.

2631 En el ordenamiento jurídico colombiano se afirmó esta tendencia en los diferentes órdenes del poder, como, por ejemplo, en lo contenido en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, donde se exige el auxilio de la tecnología al servicio de la administración de justicia. Dicho aspecto ha sido resaltado en el precedente del Consejo de Estado. Sentencias del 19 de febrero de 2004, exp. 24648 y 14 de mayo de 2009, exp. 25901.

2632 EDUARD AIBAR y FERRAN URGELL. *Estado, burocracia y red*, cit., pp. 23 a 55.

2633 JULIÁN VALERO TORRIJOS. “Administración pública, ciudadanos y nuevas tecnologías”, en FRANCISCO SOSAWAGNAR. *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 2945 y ss.

2634 Ideas surgidas en discusión del tema con el profesor LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Jornadas de Derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, julio de 2011.

2635 KARL-PETER SOMMERMANN. “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de derecho”, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 11 y ss.

2636 Constitución Política de Colombia. “Artículo 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo [...] Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares [...] Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios [...] Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento [...] La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio [...] Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones [...] Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.*

2637 DANIEL PEÑA VALENZUELA. *La sociedad de la información...*, cit., pp. 213 y ss.

2638 *Ibid.*, pp. 221 y ss.

2639 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del Derecho administrativo como sistema*, cit., pp. 143 y ss.; LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983; ÍD. “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”, en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, JOSÉ LUIS GARCÍA DELGADO y LUIS GONZÁLEZ SEARA. *Las estructuras del bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Once-Civitas, 2002.

2640 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del Derecho administrativo como sistema*, cit., p. 152; cfr., igualmente, SABINO CASSESE. “El espacio jurídico global”, *Revista de Administración Pública*, n.º 157, enero-abril de 2002; JOSÉP OCHOA MONZÓ. “¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?”, en FRANCISCO SOSAWAGNAR. *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 151 y ss.

2641 Corte Constitucional. Sentencia C-1147 de 2001: “Los avances de la humanidad en los campos científico y tecnológico siempre han planteado retos al Derecho. El desarrollo de nuevas técnicas de producción y el desenvolvimiento de complejas formas de comunicación, por citar tan sólo dos ejemplos, tienen efectos directos

- en la estructura política y económica de la sociedad, que, de acuerdo con su grado de incidencia en el tráfico jurídico, en la distribución de bienes y servicios escasos y en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, demandan diferentes respuestas del ordenamiento jurídico [...] En este nuevo escenario tecnológico, en pleno desarrollo, los mandatos expresados en la Carta Política cobran un significado sustancial que demanda del juez constitucional la protección de los derechos reconocidos a todas las personas, pues se trata de garantías que también resultan aplicables en ese ámbito. En Internet, entonces, puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado ‘ciberespacio’ también debe velar el juez constitucional...”. Un reflejo específico se presenta con el derecho a la educación, en cuanto a que el precedente jurisprudencial constitucional señala: “El Estado tiene el deber de garantizar el fomento de la ciencia y la tecnología como un instrumento eficaz para consolidar y materializar el derecho a la educación, cuya función social (art. 67) incluye el crear condiciones que posibiliten a los individuos desenvolverse en un contexto social en el cual los principios de heterogeneidad y pluralismo que caracterizan a nuestra Constitución se orientan hacia la construcción de un orden social inclusivo”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-677 de 2004.
- 2642 Constitución Política de Colombia. “Artículo 2.º. *Son fines esenciales del Estado*: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo [...] Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.
- 2643 ÁNGEL SÁNCHEZ BLANCO. “La participación como coadyuvante del Estado Social y Democrático de Derecho”, cit.
- 2644 Constitución Política de Colombia. “Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales [...] Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político [...] Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley [...] Artículo 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará [...] El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”.
- 2645 MASSIMO SEVERO GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*, cit., pp. 84 y 85: “Las administraciones públicas son hoy el factor más importante de la vida en sociedad y, por tanto, de la vida individual de cada uno de nosotros. Nadie sabría vivir de forma civilizada en un mundo en el que las administraciones públicas no funcionasen y no proporcionaran de modo masivo bienes y servicios...”.
- 2646 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 19, 22 y 23: “Sea como fuere, la potestad de organización, situada en el contexto propio –la dialéctica entre organización y poder para establecerla–, no se agota en la perspectiva jurídica, razón por la que se la ha abordado desde siempre también –contemplando la dinámica de toda organización– como instrumento técnico y de gestión de procesos en tanto que medio al servicio del fin de hacer operativo al Estado...”.
- 2647 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Crisis y renovación en el derecho público*, Lima, Palestra, 2008, p. 181. Para el cumplimiento de sus propósitos la renovación de la administración implica entre otras cosas, la utilización “... de nuevas formas de acción no necesariamente independientes y sustitutivas de las tradicionales [...] ligadas más bien a la alteración de la lógica de funcionamiento de la administración inducida tanto por las tecnologías y los medios de trabajo más modernos, cuanto por la naturaleza misma de sus más novedosas tareas...”.
- 2648 RICARDO GARCÍA MACHO. “El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la administración, el ciudadano y el público”, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, cit., pp. 27 y ss.
- 2649 Ley 1341 de 2009. “Artículo 2.º. *Principios orientadores*. Inciso 2 [...] Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional...”.
- 2650 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., pp. 118 y ss.
- 2651 EDUARD AIBAR y FERRAN URGELL. *Estado, burocracia y red*, cit., pp. 26 y ss.
- 2652 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., pp. 118 y ss.
- 2653 JUAN CARLOS SÁNCHEZ FIGUEROA. *La administración pública en la sociedad de la información: antecedentes de la adopción de las iniciativas de gobierno electrónico por los ciudadanos*, Tesis Doctoral, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009.
- 2654 KARL-PETER SOMMERMANN. “La exigencia de una administración transparente...”, cit., pp. 12 y ss.
- 2655 KLAUS FREY. “Gobernanza electrónica urbana e inclusión digital: experiencias en ciudades europeas y brasileñas”, *Nueva Sociedad*, n.º 196, 2005.
- 2656 Cfr. PARTHA PRATIM SARQUER. *Gobernanza electrónica*, p. 1. Disponible en [http://www.vecam.org/edm/article.php?id_article=119], consultada el 27 de septiembre de 2005: “La evolución del término ‘gobernanza electrónica’ tiene que verse en la intersección de dos grandes movimientos –gobernanza y revolución de la información. Hace algún tiempo se viene hablando del tema de la ‘gobernanza’. Según el *Concise Oxford Dictionary* (9.ª ed.), la palabra ‘gobernanza’ proviene de la voz griega ‘*kuberná*’, que significa “dirigir”. Los primeros ensayos de las ciencias políticas clásicas sobre el tema hacían referencia al concepto de ‘governabilidad’ que convirtió al estado de derecho en la piedra angular del desarrollo (Johnson, 1997) [...] El término ‘gobernanza’ se introdujo en el discurso sobre el desarrollo alrededor del período de finales de los años ochenta. El Informe de Desarrollo Humano de 1991 acepta el hecho de que la libertad y la democracia, aunque no sean una condición necesaria, son completamente consecuentes con el crecimiento y el desarrollo. El ‘desarrollo internacional’ cambió su enfoque del ‘crecimiento económico’ de los años cincuenta (décadas de desarrollo de la ONU) al ‘desarrollo humano sostenible’, que incluye que las preocupaciones por las personas y la naturaleza sean aceptadas ampliamente por el Estado, el mercado y la sociedad civil. El movimiento medioambiental ha planteado que la ‘gobernanza’ es una urgencia para llevar a cabo las agendas de desarrollo de manera holística: incluye no sólo al sector en cuestión y las partes involucradas obvias, sino también a los demás afectados en otras áreas. Ha forzado una redefinición del interés público en la que se reconoce a la propia naturaleza como participante [CARINO]...”.
- 2657 Ley 1341 de 2009. “Artículo 4.º. *Intervención del Estado en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*. En desarrollo de los principios

de intervención contenidos en la Constitución Política, el Estado intervendrá en el sector las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lograr los siguientes fines: [...] 2. Promover el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, teniendo como fin último el servicio universal [...] 3. Promover el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la prestación de servicios que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la masificación del Gobierno en Línea”.

2658 RICARDO GARCÍA MACHO. “El derecho a la información...”, cit., pp. 28.

2659 JOSÉP OCHOA MONZÓ. “¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?”, pp. 151 y ss. Disponible en [<https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2262/servlet/articulo?codigo=568588>].

2660 EDUARD AIBAR y FERRAN URGELL. *Estado, burocracia y red*, cit., pp. 30 y 31.

2661 JOSÉP OCHOA MONZÓ. “¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?”, cit., p. 2: “Con la emergencia de las nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), la globalización tuvo un impacto profundo en el desarrollo de la idea de gobernanza electrónica. Por primera vez en los últimos dos siglos, las TIC reemplazaron dos elementos básicos de la producción, el ‘obrero’ y el ‘capital’, por ‘información’ y ‘conocimiento’ [2]. Internet significó un avance tan importante como el de la imprenta en el siglo XV. Ofrece la posibilidad de comunicar, compartir, distribuir, intercambiar, formalizar, usar y poner en red la información a una velocidad nunca antes experimentada. La Ley de Moore [3] señaló que el poder de procesamiento de los microchips se duplica cada 18 meses con una tendencia de 20-30% de declive en los precios de ajuste a la calidad de las computadoras. Esto significa que las computadoras son cada vez más baratas, potentes y ubicuas, lo que posibilita gobernar la red y la automatización de servicios. Por otro lado, el activismo político también está utilizando el espacio con un creciente número de grupos de interés público, organizaciones comunitarias o voluntarias que están propagando sus demandas y actividades en la red electrónica. Los principios weberianos [4] de gobernanza burocrática se están reemplazando por las tendencias de gobernanza horizontal, más sencilla, dinámica y en red. La reforma administrativa y el desarrollo experimentaron la gestión de la calidad total (TQM por sus siglas en inglés) [5] en los años ochenta, y la ‘reingeniería y reinención del gobierno’ en los años noventa. La gobernanza electrónica refleja este proceso de reinención y reingeniería en la gobernanza y ‘apunta a adaptar la administración al flujo cada vez más creciente de información: acelerando el proceso de toma de decisiones con una optimización de los recursos, y haciendo que el mecanismo de toma de decisiones se autorregule’ (BAEV, 2003). Esto ha llevado a que la ‘gobernanza’ se defina independientemente desde ‘la acción de gobernar’ hasta la práctica de obtener el consentimiento y la cooperación de los gobernados. El objetivo concreto de la gobernanza electrónica es apoyar y simplificar la gobernanza para todas las partes –gobierno, ciudadanos y empresas. En otras palabras, la gobernanza electrónica emplea los medios electrónicos para apoyar y estimular la buena gobernanza (BACKUS, 2001)...”.

2662 EDUARD AIBAR y FERRAN URGELL. *Estado, burocracia y red*, cit., pp. 30 y 31.

2663 PARTHA PRATIM SARQUER. *Gobernanza electrónica*, cit., 27 de septiembre de 2005. Disponible en [http://www.vecam.org/edm/article.php3?id_article=119]. “Esto ha llevado a que la ‘gobernanza’ se defina independientemente desde ‘la acción de gobernar’ hasta la práctica de obtener el consentimiento y la cooperación de los gobernados. El objetivo concreto de la gobernanza electrónica es apoyar y simplificar la gobernanza para todas las partes –gobierno, ciudadanos y empresas...”.

2664 MANUEL CASTELLS. *Comunicación y poder*, cit., pp. 68 y 69.

2665 JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ. “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, cit., p. 54: “La transparencia administrativa no se resuelve sin más en una mera y abstracta ‘administración de cristal’. La cuestión es mucho más compleja, matizada e interesante de lo que evoca esa simple imagen. De entrada, la transparencia guarda una estrecha relación con las reglas que disciplinan la información que la administración genera, obtiene y procesa. La información administrativa representa el átomo del sistema; es su verdadero presupuesto, y su finalidad inmediata reside en la comunicación. El intercambio de información –o comunicación– entre el ciudadano y la administración constituye, en efecto, la condición *sine qua non* de la transparencia...”.

2666 Ley 1341 de 2009. “Artículo 2.º. *Principios orientadores* [...] 6. *Neutralidad tecnológica*. El Estado garantizará la libre adopción de tecnologías, teniendo en cuenta recomendaciones, conceptos y normativas de los organismos internacionales competentes e idóneos en la materia, que permitan fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y garantizar la libre y leal competencia, y que su adopción sea armónica con el desarrollo ambiental sostenible”.

2667 Corte Constitucional. Sentencia C-1147 de 2001: “A nadie escapa el valor que tienen dentro de un sistema global de comunicaciones, como Internet, derechos y libertades tan importantes para la democracia como el derecho a la igualdad (art. 13 CP), la intimidad y el *habeas data* (art. 15 CP), la libertad de conciencia o de cultos (arts. 18 y 19 CP), la libertad de expresión (art. 20 CP), el libre ejercicio de una profesión u oficio (art. 26 CP), el secreto profesional (art. 74 CP) y el ejercicio de los derechos políticos que permiten a los particulares participar en las decisiones que los afectan (arts. 2.º y 40 CP), por citar tan sólo algunos ejemplos. Nadie podría sostener que, por tratarse de Internet, los usuarios sí pueden sufrir mengua en sus derechos constitucionales...”.

2668 Ley 1341 de 2009. “Artículo 2.º. *Principios orientadores* [...] 4. *Protección de los derechos de los usuarios*. El Estado velará por la adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del *habeas data*, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/u operadores directos deberán prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes o, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas maneras oportuna para que los usuarios tomen sus decisiones”.

2669 ERNESTO JINESTA LOBO. “Administraciones públicas electrónicas: retos y desafíos para su regulación”, *Ivstítia*, año 22, n.º 261-262.

2670 KARL-PETER SOMMERMANN. “La exigencia de una administración transparente...”, cit., pp. 12 y ss.

2671 KLAUS FREY. “Gobernanza electrónica urbana...”, cit.

2672 UNESCO. “Gobernabilidad electrónica. Fortalecimiento de capacidades de la gobernabilidad electrónica”. Disponible en [<http://portal.unesco.org/ci/en/files/14896/11412266495e-governance.pdf/e-governance.pdf>]. Por ejemplo, en materia de voto electrónico de los ciudadanos colombianos residentes en el exterior la Corte Constitucional señala: “De este modo una previsión legal orientada a establecer el mecanismo electrónico de inscripción y votación de manera que se facilite la participación de los colombianos residentes en el exterior tiene claro asiento constitucional, en la medida en que busca que el nuevo mecanismo electoral esté al alcance, atendiendo sus respectivas circunstancias, tanto de los colombianos residentes en el país, como de aquellos que se encuentren en el extranjero”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-307 de 2004.

- 2673 SALLY BURCH. "Sociedad de la información/sociedad del conocimiento", en ALAIN AMBROSI, VALÉRIE PEUGEOT y DANIEL PIMIENTA (coords.). *Palabras en juego: enfoques multiculturales sobre las sociedades de la información*, C & F Éditions, 2005. En Colombia la Ley 1341 define este concepto eminentemente socioeconómico de clara estirpe neoliberal: "Artículo 3.º. *Sociedad de la información y del conocimiento*. El Estado reconoce que el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el despliegue y uso eficiente de la infraestructura, el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la protección a los usuarios, la formación de talento humano en estas tecnologías y su carácter transversal, son pilares para la consolidación de las sociedades de la información y del conocimiento".
- 2674 CONSUELO OLIMPIA SANZ SALLA. "El derecho a la información administrativa en la era digital: una aproximación al derecho norteamericano", en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, cit., pp. 203 y ss.
- 2675 Ley 1341 de 2009. "Artículo 2.º. *Principios orientadores* [...] 8. *Masificación del Gobierno en Línea*. Con el fin de lograr la prestación de servicios eficientes a los ciudadanos, las entidades públicas deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el máximo aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el desarrollo de sus funciones. El Gobierno Nacional fijará los mecanismos y condiciones para garantizar el desarrollo de este principio. Y en la reglamentación correspondiente establecerá los plazos, términos y prescripciones, no solamente para la instalación de las infraestructuras indicadas y necesarias, sino también para mantener actualizadas y con la información completa los medios y los instrumentos tecnológicos".
- 2676 Ley 1437 de 2011. "Artículo 3.º [...] 9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, ésta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma [...] 13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas".
- 2677 Ley 1437 de 2011. "Artículo 5.º. *Derechos de las personas ante las autoridades* [...] 1. Presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y sin necesidad de apoderado, así como a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto. Las anteriores actuaciones podrán ser adelantadas o promovidas por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad, aún por fuera de las horas de atención al público [...] Artículo 7.º. *Deberes de las autoridades en la atención al público* [...] 6. Tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 5.º de este Código [...] 8. Adoptar medios tecnológicos para el trámite y resolución de peticiones, y permitir el uso de medios alternativos para quienes no dispongan de aquellos".
- 2678 Ley 1437 de 2011. "Artículo 15. *Presentación y radicación de peticiones*. Las peticiones podrán presentarse verbalmente o por escrito, y a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos. Los recursos se presentarán conforme a las normas especiales de este Código".
- 2679 Ley 1437 de 2011. "Artículo 35. *Trámite de la actuación y audiencias*. Los procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, o por medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en este Código o la ley. Cuando las autoridades procedan de oficio, los procedimientos administrativos únicamente podrán iniciarse mediante escrito, y por medio electrónico sólo cuando lo autoricen este Código o la ley, debiendo informar de la iniciación de la actuación al interesado para el ejercicio del derecho de defensa. Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones. De toda audiencia se dejará constancia de lo acontecido en ella".
- 2680 RAINER PITSCHAS. "El derecho administrativo a la información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico", en JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ (ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2007, pp. 234 y ss.
- 2681 *Ibid.*, cit., p. 235: "La cuestión previa, a nuestro propósito, consiste en determinar si, y en qué medida, el *Estado* ha de limitarse a regular el uso de las redes y su explotación, o cómo ha de ejercer su influencia para satisfacer las expectativas y necesidades sociales en la dirección de ese proceso entre el Estado, el ciudadano y la economía [...] En todo caso, ha de elaborarse en términos jurídicos la nueva distribución de responsabilidades entre el Estado y la sociedad...".
- 2682 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos...*, cit., p. 30. El tono performativo es por diferencia del constativo. No pretende describir ideas o realidades existentes: "... es el que por su sola enunciación hace advenir o existir lo que dice. El enunciado que contiene no puede por ello ser calificado de verdadero o falso, sino que es en sí mismo la realización de un acto".
- 2683 RAINER PITSCHAS. "El derecho administrativo a la información...", cit., p. 235. Comprende materias tales como la ordenación de la comunicación del Estado y de la administración con los actores sociales, entre las cuales se pueden ubicar las normas que regulan las tecnologías de la información y de la comunicación; las relativas al suministro de información a los ciudadanos en desarrollo de esta libertad constitucional; las que se ocupan de la actividad informativa del Estado desde la perspectiva de la coherencia democrática y de los derechos individuales; la protección de datos y el derecho a la información de los ciudadanos o de las empresas; la publicidad administrativa; el acceso a la información en poder del Estado, etc.
- 2684 ERNESTO JINESTA LOBO. "Administraciones públicas electrónicas:...", cit.
- 2685 Constitución Política de Colombia. "Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura [...] Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales [...] Artículo 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente [...] Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación [...] Artículo 71. La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades [...] Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable".
- 2686 ANDRÉS BOIX PALOP. "Libertad de expresión y pluralismo en la red", en REDC, n.º 65, mayo-agosto de 2002.

- 2687 “Artículo 19.1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.
- 2688 Este apartado del trabajo relacionado con la jurisprudencia de los tribunales internacionales y su incidencia en la ordenanza electrónica se elaboró con el apoyo de DANIEL CASTAÑO, joven profesor e investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.
- 2689 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión adoptada en el 108.º período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre del 2000.
- 2690 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene: “Es en nombre de una interpretación unilateral del derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que muy a menudo los medios de comunicación cometen violaciones del derecho al respeto de la vida privada, considerando que sus lectores tienen derecho a saber todo sobre las personas públicas”; cfr. asunto Von Hannover contra Alemania, del 24 de junio de 2004. Así mismo, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos se viene sosteniendo que la libertad de expresión “constituye un fundamento esencial de una sociedad democrática, no solamente válido cuando las informaciones o ideas son favorables o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también cuando éstas contrastan, chocan o inquietan a un Estado o a un sector de su población (Sent. Handyside de 1976). Formulaciones como ésta son frecuentes en las sentencias del Tribunal”. JEAN PAUL COSTA. “La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos de Estrasburgo”. Disponible en [http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14188/1/PD_44-1_10.pdf]; adicionalmente, “En perfecta sintonía con esta expansiva interpretación que de la libertad de expresión han hecho la Comisión y el Tribunal, se ha puesto de manifiesto que el artículo 10.1 reconoce a toda persona el derecho a la libertad de expresión, cualquiera que sea el medio técnico utilizado. Por ello mismo, tanto la creación de obras de arte como su exhibición han sido consideradas actividades protegidas como tales por el artículo 10.1 del Convenio”: FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. “La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 70, octubre-diciembre de 1990, p. 98.
- 2691 Corte Interamericana de Derechos Humanos. “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A n.º 5, párrs. 31 y ss.
- 2692 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C, n.º 195, párrs. 116 y ss.; Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C, n.º 73, párrs. 65 y ss.; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, n.º 107, párrs. 112 y ss.; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, n.º 111, párr. 82; Caso Kimel vs. Argentina, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C, n.º 177, párrs. 87 y ss., y Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo contencioso administrativo”) vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 5 de agosto de 2008, Serie C, n.º 182, párrs. 31 y ss. Se resalta el voto razonado en el Caso Kimel vs. Argentina. En la sentencia se recuerda “... que el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención no es un derecho absoluto (párr. 54). Ello se encuentra en la línea de la jurisprudencia constante de la Corte expresada en las sentencias dictadas en los casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica (párr. 120), Ricardo Canese vs. Paraguay (párr. 95) y Palamara Iribarne vs. Chile (párr. 79). Debe recordarse, también, que de acuerdo a lo establecido en la Carta Democrática Interamericana (art. 4.º), la libertad de expresión y de prensa es uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia. Siendo un derecho que corresponde a todos, no cabe homologar –ni restringir– el derecho a la libertad de expresión a los derechos de los periodistas o al ejercicio de la profesión periodística, pues tal derecho lo tienen todas las personas y no sólo los periodistas a través de los medios masivos de comunicación. 6. La Corte ha insistido a lo largo de su jurisprudencia constante que este derecho puede ser objeto de responsabilidades ulteriores y de restricciones, tal como se estipula en el artículo 13 de la Convención (nums. 2.º, 4.º y 5.º). En esa perspectiva, la Corte ha señalado que dichas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. 7. En efecto, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se encuentra limitado por otros derechos fundamentales. En ello, el derecho a la honra aparece como el referente jurídico esencial para efectuar tal ponderación. Este derecho se encuentra expresamente protegido por la Convención en el mismo artículo 13 cuando estipula que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe ‘asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás’ (art. 13.2). Así como el derecho a la libertad de expresión corresponde a todos y no sólo a los periodistas o a los medios masivos de comunicación, no sólo los periodistas se encuentran obligados por la Convención a asegurar a los derechos o a la reputación de los demás, respetando el derecho al honor, sino todos quienes ejerzan tal derecho a la libertad de expresión”. Voto razonado del Juez DIEGO GARCÍA SAYÁN del 2 de mayo de 2008, Caso Kimel vs. Argentina.
- 2693 ONU. Comité de Derechos Humanos. Asunto J. Ballantyne, E. Davidson y G. McIntyre vs. Canadá, (Comunicaciones CCPR/C/47/D/359/1989 y 385/1989).
- 2694 ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General n.º 10, HRI/gen/1/Rev.7 at 150, 1983.
- 2695 FRANK LA RUE (Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión). “Informe presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas”, A/hrc/14/23, 2010.
- 2696 Ídem.
- 2697 Cfr. “Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década”, Washington, 2 de febrero de 2010.
- 2698 Ley 1341 de 2009. “Artículo 2.º [...] 6. *Neutralidad tecnológica*”.
- 2699 *Ibid.*, “Artículo 6.º. *Definición de TIC*”.
- 2700 *Ibid.*, “Artículos 1.º. *Objeto*, y 2.º. *Principios orientadores* [...] 3. Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos”.
- 2701 *Ibid.*, “Artículo 3.º. *Sociedad de la información y del conocimiento*”.
- 2702 MANUEL CASTELLS. *Comunicación y poder*, cit., pp. 65.
- 2703 JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ. “Implicaciones jurídicas de la Internet”, *Revista Saberes*, Universidad Alfonso el Sabio, Villanueva de La Cañada, 2003. Cfr. en este autor una amplia remisión a la historia de la Internet, básicamente a los desarrollos del Arpanet; cfr. MANUEL CASTELLS. *La sociedad red*, cit., pp. 32 y 33. En sus inicios la Internet se fundó en un audaz plan de los “guerreros tecnológicos del servicio de proyectos de investigación avanzada del departamento de defensa de

- Estados Unidos (Advanced Research Projects Agency –DARPA–) tendiente a desarrollar un sistema que evitara la toma o destrucción soviética de las comunicaciones estadounidenses en caso de guerra nuclear [...] El resultado fue una arquitectura de red que, como querían sus inventores no podía ser controlada desde ningún centro, compuesta por miles de redes informáticas autónomas que tienen modos innumerables de conectarse, sorteando las barreras electrónicas...”. Cfr. PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASCENCIO. *Derecho privado de Internet*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 27 y 28. El origen de este instrumento se desprende al parecer de los trabajos del Departamento de Defensa de Estados Unidos, el cual, a través del proyecto Arpanet lo desarrolló en la década de los años sesenta del siglo pasado, a partir de la búsqueda de una red informática de comunicaciones que se esperaba tuviese la capacidad de redirigir de manera automática la información empacquetada de manera segura por vías adecuadas para alcanzar sus destinos sin quiebres, “... evitando partes de la red colapsadas...”.
- 2704 PABLO GARCÍA MEXÍA. *Derecho europeo de Internet. Hacia la autonomía académica y la globalidad geográfica*, La Coruña, Netbiblo, 2009, p. 11. La entendemos como un claro e inobjetable sistema de comunicaciones y de información en cuanto ámbito inagotable, incansable, permanente y coordinado de intercambios de información que se transmite, recepciona, enlaza, a través de redes interconectadas e interdependientes.
- 2705 PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASCENCIO. *Derecho privado de Internet*, cit., p. 28. Protocolos TCP/IP: “El protocolo TCP (Transmission Control Protocol) hace posible la división de la información en paquetes y la numeración de éstos para que puedan ser unidos en el orden correcto en el ordenador de destino, al tiempo que incorpora datos necesarios para la transmisión y la descodificación de los paquetes. El protocolo IP (Internet Protocol) se ocupa de que cada paquete sea etiquetado con las direcciones –o número IP– adecuadas [...] Los paquetes en que el protocolo TCP divide toda información para su transmisión circularán para llegar a su destino por una serie de ordenadores y un conjunto de dispositivos, llamados *routers* (direccionadores o enrutadores), que permiten las conexiones entre dos o más redes y seleccionan las rutas por las que envían los paquetes de información. No existe una sola ruta para transmitir información de un ordenador a otro. La ruta seguida en cada caso depende de elementos circunstanciales, como la densidad de tráfico o la existencia de averías en alguna red u ordenador intermediarios...”.
- 2706 PABLO GARCÍA MEXÍA. *Derecho europeo de Internet...*, cit., p. 11. Se retoma la expresión de la sentencia del 11 de junio de 1996 del Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Reno vs. ACLU*, sobre la Communications Decency Act.
- 2707 PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASCENCIO. *Derecho privado de Internet*, cit., p. 27. Desde esa perspectiva se toma el más importante de los instrumentos técnicos al interior de la sociedad globalizada, en razón a su alta capacidad de transmitir y recibir todo tipo de comunicación e información, y a la variedad de servicios electrónicos que puede prestar y facilitar conforme a parámetros de interactividad.
- 2708 PABLO GARCÍA MEXÍA. *Derecho europeo de Internet...*, cit., p. 12, destaca, siguiendo los trabajos del profesor MUÑOZ MACHADO, que realmente hablar de redes en materia de Internet resulta ante todo complejo, en cuanto que la misma no coincide con los esquemas actuales de este mecanismo de transporte de información. La definición de red para efectos de la Internet conlleva serios problemas en cuanto no lo es en sentido físico; en la mayoría de los casos se trata de un mero *compositum* que integra redes tradicionales con otras poco convencionales. Lo característico de este sistema es que integra “... redes tradicionales (el par de cobre telefónico), fibra óptica, cables marinos, conexiones de satélite o radioeléctricas, y hasta el cable sin hilos (Local Microwave Distribution System, LMDS –Sistema Local de Distribución de Microondas–, y Wireles Local Loop, WLL –Bucle de Abonado sin Cable...)”.
- 2709 PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASCENCIO. *Derecho privado de Internet*, cit., pp. 29 y ss. Desde el punto de vista técnico de las comunicaciones se destaca la utilización de la Internet para servicios como los de correo electrónico, entre usuarios emisor y receptor; listas de distribución y grupos de noticias, entre un emisor y múltiples receptores; charlas interactivas, diálogo en tiempo real entre dos o más interlocutores. Así mismo, se destacan otros servicios como los de utilización conjunta de información denominados Telnet y Transferencia de Ficheros –FTP– y la difusión y obtención de información –www–. Los simples servicios de comunicación como, por ejemplo, el de mensajes electrónicos no son interactivos, los de telnet y www por el contrario sí lo son.
- 2710 PABLO GARCÍA MEXÍA. *Derecho europeo de Internet...*, cit., p. 13.
- 2711 MANUEL CASTELLS. *Comunicación y poder*, cit., pp. 62.
- 2712 PABLO GARCÍA MEXÍA. *Derecho europeo de Internet...*, cit., pp. 9 y 10.
- 2713 JOSÉ ESTEVE PARDO. “Transparencia y legitimidad en las decisiones públicas adoptadas en torno de complejidad científica”, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, cit., pp. 248 y ss.
- 2714 JOSÉP OCHOA MONZÓ. “¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?”, cit., pp. 152 y ss.
- 2715 MANUEL CASTELLS. *Comunicación y poder*, cit., pp. 69 a 71.
- 2716 PABLO GARCÍA MEXÍA. *Derecho europeo de Internet...*, cit., pp. 4 y 5.
- 2717 DANIEL SARMIENTO. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2008, pp. 64 a 68. El concepto de *soft law* en su aplicación a las actividades y operaciones de quienes ejercen funciones públicas administrativas adquiere especial importancia y significación configurándose como un instrumento trascendente para la dinámica institucional, en especial cuando la ausencia de norma administrativa puede ocasionar algún tipo de conflicto. El asunto resulta de especial relevancia en la incorporación del aparato administrativo a los avatares y vicisitudes de la llamada revolución tecnológica, que a su vez desarrolla una serie de soportes, por fuera de los marcos de las fronteras y del mismo Estado-nación, que configuran la sociedad en red, que no proviene de la ley pero resultan ser parámetros de actuación tanto de autoridades como de cualquier operador. Así mismo, es palpable la situación de que al ritmo que avanza el conocimiento tecnológico se produce un rezago o déficit evidente en las respuestas interventoras del Estado frente a estos fenómenos, llevándolos a aceptar “... técnicas alternativas que salven la credibilidad del poder público. Entre esas técnicas, destaca llamativamente el papel del *soft law*...”. Cuando se acude a normas técnicas producidas por entidades u organismos privados e incluso del orden internacional en materia telecomunicaciones se da aplicación a técnicas de *soft law*. “Las normas técnicas no tiene carácter obligatorio, pero es evidente que se incardinan en el ordenamiento jurídico y dan sentido a otras normas que sí van a tener efectos en el mundo del derecho...”.
- 2718 Entre las principales instituciones coordinadoras de la red de carácter internacional se destacan las siguientes: Unión Internacional de Telecomunicaciones –UIT–, organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de la elaboración de estándares básicos en materia de telecomunicaciones; Internet Society –ISOC–, que se ocupa del diseño y arquitectura de la Internet, desarrollo de estándares y tecnologías de interconexión; Internet Engineering Task Force –IETF–, que más bien se configura como una comunidad abierta de discusión e investigación en asuntos técnicos de la Internet; Internet Activities Board –IAB–, que hace trabajos de perito o juez final en materia de asuntos técnicos; Internet Architecture Board, que se ocupa de la definición de los estándares de funcionamiento de la red; Internet Engineering Steering Group –IESG–, que se ocupa del trabajo detallado del proceso de elaboración de estándares; World Wide Web Consortium –W3C–,

que formula recomendaciones y especificaciones tendientes a la unificación y funcionamiento de la malla mundial de Internet; Internet Assigned Numbers Authority –IANA–, que se ocupa de la gestión de los nombres de dominio incluidas las direcciones, sustituida por la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers –ICNN–; sobre el contenido de las responsabilidades de cada uno de estos organismos cfr., entre otros, PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASCENCIO. *Derecho privado de Internet*, cit., pp. 32 y ss.; al igual que PABLO GARCÍA MEXÍA. *Derecho europeo de Internet...*, cit., pp. 25 y ss.

- 2719 Se conocen, entre otras, las Request for Comments –RFC– derivadas de los organismos técnicos privadas que han asumido universalmente competencias técnicas en materia de Internet; así mismo, existen las *Recommendations* de la W3C.
- 2720 Cfr. Anexo n.º 1.
- 2721 Cfr. Anexo n.º 2.
- 2722 Cfr. Anexo n.º 3.
- 2723 GUSTAVO QUINTERO NAVAS. *Procedimiento administrativo electrónico: aportes de la Ley 1437 de 2011*, Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- 2724 La Ley 527 de 1999 corresponde al desarrollo en el Derecho colombiano de las recomendaciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil –CNUDM–. La Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 51/162 de 1996 aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la CNUDM y recomendó su incorporación a los ordenamientos internos como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares.
- 2725 Corte Constitucional. Sentencia C-831 de 2001; cfr. también el alcance del acceso a la información por vía electrónica en el precedente: Sentencia T-686 del 31 agosto de 2007.
- 2726 Decreto 2150 de 1995. “Artículo 26. *Utilización de sistemas electrónicos de archivo y transmisión de datos*. Las entidades de la administración pública deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración. En ningún caso las entidades públicas podrán limitar el uso de tecnologías para el archivo documental por parte de los particulares, sin perjuicio de los estándares tecnológicos que las entidades públicas adopten para el cumplimiento de algunas de las obligaciones legales a cargo de los particulares”.
- 2727 De acuerdo con el precedente jurisprudencial constitucional, debe propenderse por la libertad informática, el intercambio electrónico de las informaciones, el acceso a la información. En dicho precedente se afirma, también, que los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel. Se debe, además, responder al principio de autenticidad de la información; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000; cfr. también la Sentencia SU-600 de 1999, en materia de valoración o valor del mensaje electrónico como medio de información. En el precedente contencioso administrativo cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 26 de octubre de 2006, exp. 6427.
- 2728 Norma que fue objeto de control de constitucionalidad; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-570 de 2010.
- 2729 Ley 1437 de 2011. “Artículo 35. *Trámite de la actuación y audiencias*. Los procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, o por medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en este Código o la ley. Cuando las autoridades procedan de oficio, los procedimientos administrativos únicamente podrán iniciarse mediante escrito, y por medio electrónico sólo cuando lo autoricen este Código o la ley, debiendo informar de la iniciación de la actuación al interesado para el ejercicio del derecho de defensa. Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones. De toda audiencia se dejará constancia de lo acontecido en ella”.
- 2730 Ley 1437 de 2011. “Artículo 53. *Procedimientos y trámites administrativos a través de medios electrónicos*. Los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos. Para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos. En cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos, se aplicarán las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que la sustituyan, adicionen o modifiquen”.
- 2731 Ley 1437 de 2011. “Artículo 64. Estándares y protocolos. Sin perjuicio de la vigencia dispuesta en este Código en relación con las anteriores disposiciones, el Gobierno Nacional establecerá los estándares y protocolos que deberán cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos”.
- 2732 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º [...] 13 [...] En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”.
- 2733 Cfr. Anexo n.º 3.
- 2734 Ídem.
- 2735 BARTOMEU COLOM PASTOR. *El derecho de petición*, cit., pp. 17 a 24. El derecho de petición se desarrolla prácticamente en el derecho inglés en donde se materializa en el mismo momento en que los súbditos tienen la posibilidad de dirigirse a los monarcas efectuando solicitudes especialmente de gracia, aspecto este que resulta común en la Europa de los siglos VI y VII. En la conformación del derecho influyó de manera decisiva la doctrina cristiana, en cuanto a la definición de la actitud del soberano absolutista de aceptar acercamientos de ese tipo. La concepción cristiana de piedad, condescendencia y misericordia es asumida por el detentador del poder para permitir el acceso de los súbditos a sus favores y benevolencia. Sostiene el autor que ya en la Carta Magna de manera indirecta se encuentran algunas referencias al derecho de petición en la cláusula 29: “*Nulli vendemus, nulli negabimus aut differemus, rectum vel iustitiam*”; de manera definitiva se reguló en el artículo 5.º del *Bill of Rights* en el sentido de que “es derecho de los súbditos dirigir peticiones al rey, y todo encarcelamiento y procesamiento basado en tal petición es ilegal”. En su dinámica inicial, sostiene COLOM PASTOR, se situaba en reclamaciones estrictamente estamentales: “los individuos, las corporaciones y los estamentos reclamaban ante el monarca el cumplimiento y respeto de sus derechos particulares”. El tema del derecho de petición en la Revolución Francesa no es muy claro, incluso no aparece en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aunque después en las constituciones revolucionarias se incorporó a partir de la de 1791.
- 2736 Corte Constitucional. Sentencia T-836 de 2000: “La amplia jurisprudencia de esta corporación ha insistido en señalar que la presentación de los recursos ante la administración es una forma de ejercitar el derecho de petición, pues, ‘a través de ellos, el administrado eleva ante la autoridad pública una petición respetuosa,

- que tiene como finalidad obtener la aclaración, la modificación o la revocación de un determinado acto'. Por lo tanto, si el derecho de petición se expresa en el derecho a obtener una respuesta de fondo, clara, oportuna y congruente con lo pedido, los recursos para agotar la vía gubernativa deben incluirse en el núcleo esencial del artículo 23 de la Carta. En este orden de ideas, una conclusión se impone: si la administración no tramita o no resuelve los recursos, dentro de los términos legalmente señalados, vulnera el derecho de petición del administrado y, por lo tanto, legitima al solicitante para presentar la acción de tutela. De ahí pues que el *a quo* se equivoca cuando afirma que la tutela no procede para exigir la resolución oportuna del recurso de reposición que la actora presentó desde 1997, por lo que la presente acción deberá concederse...".
- 2737 Corte Constitucional. Sentencia T-777 de 2000. "El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión".
- 2738 Ley 1437 de 2011. "Artículo 15. Presentación y radicación de peticiones. Las peticiones podrán presentarse verbalmente o por escrito, y a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos. Los recursos se presentarán conforme a las normas especiales de este Código...".
- 2739 Ley 1437 de 2011. "Artículo 5.º Derechos de las personas ante las autoridades [...] 1. Presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y sin necesidad de apoderado, así como a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto. Las anteriores actuaciones podrán ser adelantadas o promovidas por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad, aun por fuera de las horas de atención al público".
- 2740 Corte Constitucional. Sentencia T-165 de 1997: "Además de la manifiesta y reiterada tendencia de muchos servidores públicos y de no pocas instituciones privadas a no tramitar oportunamente las peticiones que se les formulan, en abierta transgresión del artículo 23 de la Carta Política, es protuberante el deseo que algunos empleados demuestran, en el sentido de obstruir el efectivo acceso de las personas a los servicios públicos –inclusive los apremiantes e indispensables de la salud y la seguridad social–, lo cual se manifiesta en el establecimiento administrativo de complicados trámites, requisitos y procedimientos no consagrados en la ley, que provocan, en muchos eventos, la capitulación del administrado por simple agotamiento físico o mental, con evidente sacrificio de sus derechos y expectativas. Se ve con frecuencia cómo las solicitudes formuladas respetuosamente, en interés general o particular, pasan de mano en mano –y así se van diluyendo también las responsabilidades–, sin que exista coordinación alguna entre los diferentes funcionarios que conocieron de ellas ni la más mínima conciencia institucional en torno a la situación de la persona que espera del Estado, o de los entes particulares autorizados por éste, respuestas precisas a sus inquietudes".
- 2741 Ley 1437 de 2011. "Artículo 7.º. *Deberes de las autoridades en la atención al público* [...] 6. Tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en el numeral 1.º del artículo 5.º de este Código [...] 8. Adoptar medios tecnológicos para el trámite y resolución de peticiones, y permitir el uso de medios alternativos para quienes no dispongan de aquellos".
- 2742 En el inciso 3.º del artículo 6.º de la Ley 962 de 2005, y en el parágrafo 1.º de la misma norma, se reguló la posibilidad de que toda persona podría presentar peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la administración pública y que para estos efectos tales entidades y organismos deben hacer públicos los medios tecnológicos o electrónicos de que dispongan, para permitir su utilización. Lo cual significa nada más y nada menos que, incluso antes de la vigencia de la Ley 1437 de 2011, ya se estaban privilegiando los medios electrónicos para estos propósitos.
- 2743 Corte Constitucional. Sentencias T-012 de 1992 y T-503 del 25 agosto de 1992.
- 2744 Corte Constitucional. Sentencia T-567 de 1992; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de junio de 1992: "... toda persona tiene derecho de pedirle al Estado que se aplique su poder social en su defensa, y el Estado tiene la obligación correlativa de resolver pronta y efectivamente su petición: ninguna razón es valedera para que una autoridad pública se sustraiga de este deber acreditado...".
- 2745 Ley 527 de 1999. "Artículo 1.º *Ámbito de aplicación*. La presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo en los siguientes casos: a. En las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales; b. En las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo".
- 2746 Ley 527 de 1999. "Artículo 2.º *Definiciones*. Para efectos de la presente Ley se entenderá por: a) *Mensaje de datos*. La información generada, enviada, recibida, almacenada comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos –EDI–, Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax; b) *Comercio electrónico*. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras, de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial, de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera; c) *Firma digital*. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación; d) *Entidad de certificación*. Es aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales; e) *Intercambio Electrónico de Datos –EDI–*. La transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto; f) *Sistema de información*. Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos".
- 2747 Artículo 2.º literales a, e y f de la Ley 527 de 1999.
- 2748 ERIK RINCÓN CÁRDENAS. *Manual de Derecho de comercio electrónico y de Internet*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, pp. 41 y ss.
- 2749 Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000: "El mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento...".
- 2750 Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000: "Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las entidades públicas y los tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse. Por otra parte, en el proyecto de ley se hace hincapié como condición de singular trascendencia, en la integridad de la información para su

originalidad y se establecen reglas que deberán tenerse en cuenta al apreciar esa integridad, en otras palabras que los mensajes no sean alterados, y esta condición la satisfacen los sistemas de protección de la información, como la Criptografía y las firmas digitales, al igual que la actividad de las entidades de certificación, encargadas de proteger la información en diversas etapas de la transacción, dentro del marco de la autonomía de la voluntad...”.

- 2751 ROBERTO LAGUADO GIRALDO. *Actos administrativos por medios electrónicos*, Universitas, 2003, pp. 89 y ss.
- 2752 ERIK RINCÓN CÁRDENAS. *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*, cit., pp. 361 y ss.
- 2753 Ley 1437 de 2011. “Artículo 55. *Documento público en medio electrónico*. Los documentos públicos autorizados o suscritos por medios electrónicos tienen la validez y fuerza probatoria que les confieren a los mismos las disposiciones del Código de Procedimiento Civil”.
- 2754 *Ibid.* “Artículo 57. *Acto administrativo electrónico*. Las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley”.
- 2755 Ley 527 de 1999. “Artículo 5.º. *Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos*. No 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”.
- 2756 *Ibid.* “Artículo 6.º. *Escrito*. 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. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”.
- 2757 *Ibid.* “Artículo 9.º. *Integridad del mensaje de datos*. Para efectos del artículo anterior, se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso”.
- 2758 *Ibid.* “Artículo 12. *Conservación de los mensajes de datos y documentos*. Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta. 2. Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y 3. Que se conserve, de haber alguna, toda información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento. No estará sujeta a la obligación de conservación, la información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción de los mensajes de datos. Los libros y papeles del comerciante podrán ser conservados en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta. Artículo 13. *Conservación de mensajes de datos y archivo de documentos a través de terceros*. El cumplimiento de la obligación de conservar documentos, registros o informaciones en mensajes de datos, se podrá realizar directamente o a través de terceros, siempre y cuando se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo anterior”.
- 2759 *Ibid.* “Artículo 15. *Reconocimiento de los mensajes de datos por las partes*. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos”.
- 2760 En el inciso 5.º del artículo 6.º de la Ley 962 de 2005 se retoma la misma línea conductora e interpretativa en relación con estos documentos al señalarse que “La utilización de medios electrónicos se regirá por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, en concordancia con las disposiciones del Capítulo 8.º del Título XIII, Sección Tercera. Libro Segundo, artículos 251 a 293, del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento...”.
- 2761 Ley 527 de 1999. “Artículo 11. *Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos*. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.
- 2762 Ley 1437 de 2011. “Artículo 55. *Documento público en medio electrónico*. Los documentos públicos autorizados o suscritos por medios electrónicos tienen la validez y fuerza probatoria que le confieren a los mismos las disposiciones del Código de Procedimiento Civil”.
- 2763 Ley 1437 de 2011. “Artículo 3.º. [...] 9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información, de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, ésta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma”.
- 2764 Ley 1437 de 2011. “Artículo 8.º. *Deber de información al público*. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos: 1. Las normas básicas que determinan su competencia. 2. Las funciones de sus distintas dependencias y los servicios que prestan. 3. Las regulaciones, procedimientos, trámites y términos a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad. 4. Los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos. 5. Los documentos que deben ser suministrados por las personas según la actuación de que se trate. 6. Las dependencias responsables según la actuación, su localización, los horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que toda persona pueda cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos. 7. La dependencia, y el cargo o nombre del servidor a quien debe dirigirse en caso de una queja o reclamo. 8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general. *Parágrafo*. Para obtener estas informaciones en ningún caso se requerirá la presencia del interesado”.
- 2765 Ley 962 de 2005. “Artículo 7.º *Publicidad electrónica de normas y actos generales emitidos por la administración pública*. La Administración Pública deberá poner a disposición del público, a través de medios electrónicos, las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el *Diario Oficial*. Las reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento. A partir de la vigencia de la presente ley y para efectos de adelantar cualquier trámite administrativo, no será obligatorio acreditar la existencia de normas de carácter general de orden nacional, ante ningún organismo de la Administración Pública”.

- 2766 Ley 1437 de 2011. “Artículo 56. *Notificación electrónica*. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación. Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título. La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración”.
- 2767 Ley 527 de 1999. “Artículo 7.º. *Firma*. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si: a. Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación, b. Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma”.
- 2768 Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000: “A través de la firma digital se pretende garantizar que un mensaje de datos determinado proceda de una persona determinada; que ese mensaje no hubiera sido modificado desde su creación y transmisión y que el receptor no pudiera modificar el mensaje recibido. Una de las formas para dar seguridad a la validez en la creación y verificación de una firma digital es la Criptografía, la cual es una rama de las matemáticas aplicadas que se ocupa de transformar, mediante un procedimiento sencillo, mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlas a su forma original. Mediante el uso de un equipo físico especial, los operadores crean un par de códigos matemáticos, a saber: una clave secreta o privada, conocida únicamente por su autor, y una clave pública, conocida como del público. La firma digital es el resultado de la combinación de un código matemático creado por el iniciador para garantizar la singularidad de un mensaje en particular, que separa el mensaje de la firma digital y la integridad del mismo con la identidad de su autor...”.
- 2769 Ley 527 de 1999: “Artículo 2.º lit. d. *Entidad de certificación*. Es aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales...”.
- 2770 Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000: “Uno de los aspectos importantes de este proyecto, es la posibilidad de que un ente público o privado con poderes de certificar, proporcione la seguridad jurídica a las relaciones comerciales por vía informática. Estos entes son las entidades de certificación, que una vez autorizadas, están facultadas para: emitir certificados en relación con claves criptográficas de todas las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales. La entidad de certificación expide actos denominados ‘certificados’, los cuales son manifestaciones hechas como resultado de la verificación que efectúa sobre la autenticidad, veracidad y legitimidad de las claves criptográficas y la integridad de un mensaje de datos. La naturaleza de la función de las entidades de certificación se considera como la prestación de un servicio público, para lo cual vale la pena detenerse un momento [...] En consecuencia, las entidades de certificación son las encargadas entre otras cosas, de facilitar y garantizar las transacciones comerciales por medios electrónicos o medios diferentes a los estipulados en papel e implican un alto grado de confiabilidad, lo que las hace importantes y merecedoras de un control ejercido por un ente público, control que redundará en beneficio de la seguridad jurídica del comercio electrónico...”.
- * Este capítulo fue revisado por MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.
- 2771 JÜRGEN HABERMAS. “La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho”, en ÍD. *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, 1.ª ed., 7.ª reimp., Barcelona, Paidós, 2010, p. 205: “[...] En la medida en que la formación de la opinión y de la voluntad política de los ciudadanos esté orientada por la idea de la realización de los derechos, ciertamente no debería ser *equiparada*, tal como proponen los comunitaristas, con una determinada autocomprensión ético-política”.
- 2772 JÜRGEN HABERMAS, “Inclusión: ¿incorporación o integración? Sobre la relación entre Nación, Estado de Derecho y Democracia”, en ÍD. *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, cit., p. 119: “[...] KANT adscribe a cada ser humano como tal el derecho a tener derechos en general y a regular la convivencia con otros en comunidad de modo tal que todos puedan disfrutar según las mismas leyes públicas obligatorias. Pero con ello no se ha fijado todavía quién puede hacer uso de hecho de este derecho, ni con quien (*sic*), ni dónde ni cuándo, para sumarse en común a una comunidad autodeterminada sobre la base de un contrato social. La pregunta por la *legítima composición* de la totalidad de base de los ciudadanos permanece abierta mientras la autodeterminación democrática únicamente concierna al tipo de organización de la convivencia de los miembros asociados de la comunidad jurídica”.
- 2773 JÜRGEN HABERMAS. “La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho”, cit., p. 189: “[...] Las constituciones modernas reposan sobre la idea del derecho racional según la cual los ciudadanos se asocian por su propia decisión para formar una comunidad de sujetos de derecho libres e iguales. La constitución otorga vigencia precisamente a los derechos que los ciudadanos deben concederse recíprocamente si quieren regular de modo legítimo su vida en común con los medios del derecho positivo. Con ello ya se están presuponiendo los conceptos de derecho subjetivo y de persona jurídica individual como portadora de derechos. Si bien es cierto que el derecho moderno establece una base para las condiciones de reconocimiento intersubjetivo sancionadas estatalmente, los derechos que de ahí se derivan garantizan la vulnerable integridad de cada uno de los sujetos jurídicos. Se trata, en última instancia, de la protección de esas personas jurídicas individuales aun cuando la integridad del individuo dependa –en el derecho no menos que en la moral– de la estructura intacta de las condiciones de reconocimiento recíproco. Una teoría de los derechos elaborada en términos *individualistas*, ¿puede hacer justicia de aquellas luchas por el reconocimiento en las que parece tratarse la articulación y afirmación de identidades *colectivas*? Una constitución puede entenderse como un proyecto histórico (PETER HÄBERLE) que los ciudadanos prosiguen de nuevo en cada generación. En el Estado democrático de derecho, el ejercicio del poder político está doblemente codificado: el tratamiento institucionalizado de los problemas planteados y la mediación regulada procedimentalmente de los correspondientes intereses deben poder entenderse al mismo tiempo como la realización de un sistema de derechos. En la escena política, sin embargo, se encuentran enfrentados los actores políticos que discuten sobre fines colectivos y sobre la distribución de los bienes colectivos. Sólo ante los tribunales y en el discurso jurídico se ponen directamente en juego los derechos individuales reclamables judicialmente. También el derecho vigente debe interpretarse de una manera nueva en los contextos cambiantes a la vista de las nuevas necesidades y constelaciones de intereses. Esta disputa sobre la interpretación y realización de las pretensiones no satisfechas históricamente es una lucha por derechos legítimos en la que de nuevo están involucrados actores colectivos que oponen resistencia al desprecio de su propia dignidad”.
- 2774 JÜRGEN HABERMAS. “Tres modelos normativos de democracia derecho”, en ÍD. *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, cit., p. 244: “[...] Con la teoría discursiva entra de nuevo en juego una idea distinta: los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como las más importantes esclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley”.
- 2775 Cfr. MARTÍN ALDAO. “Racionalidad, derecho y democracia”, en LAURA CLÉRICO y JAN SIECKMANN (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 359: “Uno de los muchos problemas que la democracia deliberativa plantea a los ordenamientos jurídicos contemporáneos es el del hiato entre la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales y las efectivas desigualdades que estos sistemas legales parecen preservar, por ejemplo, la colisión del derecho de propiedad y del deber público de garantizar condiciones mínimas de existencia para toda la ciudadanía”.

- (redistribución) o entre el orden público y la necesidad de ciertos grupos excluidos de los medios masivos de comunicación de expresar públicamente sus intereses (protesta)”.
- 2776 JOSÉPH RAZ. *Valor, respeto y apego*, MARTA BERGAS FERRIOL (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 16: “Los valores son el gran nexo, el enlace común a toda la humanidad”.
- 2777 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 101.
- 2778 *Ibid.*, p. 53: “[...] La cláusula del Estado democrático, aun no siendo una mera estructura formal, debe su existencia al respeto a las formas y a las reglas de procedimiento. Por ello, las decisiones de un Estado democrático son, al tiempo, expresiones inconfundibles de democracia”.
- 2779 En cuanto al dilema de administración democrática o autocrática en el contexto del Estado de derecho, puede consultarse la posición autocrática de HANS Kelsen. *A democracia*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 79 a 85, donde se compilan varios trabajos de este autor, entre ellos el de “Esencia y valor de la democracia”; cfr. la posición reivindicatoria de una administración altamente democrática, aunque con elementos autocráticos, en JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo* I, cit., p. 235.
- 2780 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., pp. 66 y ss.
- 2781 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2010, pp. 134-135.
- 2782 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencial del 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.
- 2783 Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007: “[...] La expresión, en sus diversas manifestaciones y elementos protegidos, cuenta con un status jurídico especial, y un grado de inmunidad significativo frente a regulaciones estatales, que es mayor que aquel que se provee a los bienes jurídicos tutelados por otros derechos y libertades, dado el especial aprecio que se presta en las constituciones modernas y en la normatividad internacional al libre proceso de comunicación interpersonal y social”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1037 del 14 de diciembre de 2010.
- 2784 Constitución Política. “Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. // Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.
- 2785 Artículo 13 del Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 2786 Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 2787 Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007: “[...] La principal justificación para conferir a la libertad de expresión una posición central dentro de los regímenes constitucionales contemporáneos es que, mediante su protección, se facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación. Este argumento subraya que la comunicación y el libre flujo de informaciones, opiniones e ideas en la sociedad es un elemento esencial del esquema de gobierno democrático y representativo, por lo cual la libertad de expresión, al permitir un debate abierto y vigoroso sobre los asuntos públicos, cumple una función política central [...] La Corte Constitucional ha subrayado que la libertad de expresión ocupa una posición preferente dentro de los regímenes como el que establece la Carta Política colombiana al ser ‘un elemento decisivo para crear condiciones democráticas en la sociedad y la realización misma de la democracia’, y ‘un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa’”.
- 2788 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Libertad de expresión e Internet”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF.11/13, 31 de diciembre de 2013; Informe Anual 2009. “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II. Doc 51, del 30 de diciembre de 2009, párrafo 8; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 70; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párrafo 85; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 112; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 82; caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 194; caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 116. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera la libertad de expresión como “l’une des conditions de base pour le progrès des sociétés démocratiques et pour le développement de chaque individu”: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Affair Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, párr. 49; cfr. también *Affaire Association Ekin c. France*, requête 39288/98, 2001, párr. 62.
- 2789 JAVIER PÉREZ ROYO. *Curso de derecho constitucional*, 12.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 328 y 329: “[...] En realidad, el problema de delimitación de la libertad de expresión se plantea respecto de la libertad de información, hasta el punto de que se ha llegado a mantener que ambas libertades integran un mismo derecho del que serían manifestaciones diferenciadas”.
- 2790 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007.
- 2791 Ídem.: “[...] (vii) contribuye a la formación de la opinión pública sobre asuntos políticos y a la consolidación de un electorado debidamente informado, dado que materializa el derecho de los ciudadanos a comprender los asuntos políticos y les permite, así, participar efectivamente en el funcionamiento de la democracia. (viii) haciendo efectivo el principio de autogobierno representativo por los ciudadanos mismos y (viii) [sic] y el de responsabilidad de los gobernantes ante el electorado, así como (ix) el principio de igualdad política”.
- 2792 La “libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad (democrática), una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”. Se trata de uno de los famosos asertos desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión en el Caso *Handyside c. Reino Unido* del 7 de diciembre de 1976, reiterado en posteriores decisiones. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acudido a este fundamento jurídico en sus fallos sobre la violación al derecho a la libertad de expresión. Al respecto el Comité de Derechos Humanos sostiene que “la libertad de información y la libertad de expresión son las piedras angulares de toda sociedad libre y democrática. Tales sociedades autorizan, por naturaleza, a los ciudadanos a informarse de las posibilidades de sustitución del sistema o de los partidos políticos en el poder y a criticar o evaluar abierta y públicamente a su gobierno sin temor a intervenciones o represiones de su parte, dentro de los límites fijados en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto”: Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicación n.º 1173 de 2003, caso *Benhadj c. Argelia*, aprobado en el 90.º Período de Sesiones del Comité en julio de 2007. Disponible en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/DER/G07/442/26/PDF/G0744226.pdf?OpenElement>], consultada el 22 de agosto de 2014; cfr. así mismo, Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007: “[...] La principal finalidad de la libertad de expresión es la de

profundizar la democracia; se trata, según lo ha indicado la Corte Constitucional, de “un derecho básico y central para el modelo de sociedad sobre la cual se construye una democracia constitucional”.

- 2793 “[E]s posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre”: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 5/85 del 13 de diciembre de 1985 o “Sobre la colegiatura obligatoria de periodistas”.
- 2794 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007: “[...] La importancia central del principio democrático como fundamento de la protección constitucional de la libertad de expresión no significa que este derecho únicamente cubra las expresiones de contenido político; no cabe duda de que expresiones cuyo contenido no es político –tales como las artes, las ciencias, el discurso religioso, emotivo o comercial– también forman parte de su ámbito de aplicación”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1037 del 14 de diciembre de 2010.
- 2795 Corte Constitucional. Sentencia C-650 del 5 de agosto de 2003: “[...] El derecho fundamental a la libertad de expresión en su acepción genérica abarca diferentes derechos fundamentales específicos, a saber: la libertad de manifestarse, la libertad de pensamiento, la libertad de opinión, la libertad de informar, la libertad de recibir información, la libertad de fundar medios de comunicación, la libertad de prensa. Si bien las anteriores libertades fundamentales se entienden comprendidas y son manifestaciones de la libertad genérica de expresión, así con frecuencia aparezcan entrelazadas, de todas formas es posible distinguir conceptual y analíticamente cada uno de los diferentes derechos fundamentales específicos garantizados en la Constitución [...] mientras que la titularidad de los mencionados derechos fundamentales son todas las personas, el objeto de cada uno de dichos derechos específicos se determina diferentemente”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-592 del 25 de julio de 2012: “[...] La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa. Por ello, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad, que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y de ser informado”.
- 2796 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007: “[...] (a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la exposición de convicciones y la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social. Cada uno de estos tipos de discurso corresponde al ejercicio de un derecho constitucional fundamental específico”.
- 2797 “El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos”: Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 1998.
- 2798 “Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.
- 2799 “Artículo 29 [...] 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a propósitos y principios de las Naciones Unidas”.
- 2800 “Artículo 19. [...] 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, son consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.
- 2801 “Artículo 20. [...] 1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.
- 2802 “Artículo 13. [...] 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.
- 2803 “Artículo 4. Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5.º de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley”.
- 2804 “Artículo III. C. La instigación directa y pública a cometer genocidio”.
- 2805 “Artículo 13.1.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. // 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. // 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la

- difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. // 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.º. // 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.
- 2806 “Artículo 14. [...] 1. Derecho de Rectificación o Respuesta. 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.
- 2807 “Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.
- 2808 Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2012: “[...] Este lugar privilegiado de la expresión dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, así como el grado reforzado de protección que se le otorga en cada uno de ellos, se justifica –principalmente– con cinco tipos de fundamentos: (1) consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad, (2) razones derivadas del funcionamiento de las democracias, (3) motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual, (4) consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad, y (5) motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera [...] El artículo 20 de la Carta Política consagra simultáneamente varios derechos y libertades fundamentales distintos, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Carta Política, se ha de interpretar a la luz de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia y que contienen disposiciones sobre el particular”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. En la jurisprudencia contencioso administrativa se sostiene: Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 20 de noviembre de 2014, exp. 2014-01241 AC: “[...] El derecho fundamental a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13), implica la libertad que tiene toda persona para expresar y difundir su pensamiento u opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, así como la de fundar medios masivos de comunicación, cuando a bien lo tenga”; cfr. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 30 de octubre de 2014, exp. 2014-03575.
- 2809 Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. “Artículo 9. [...] 1. Todo individuo tendrá el derecho a recibir información. 2. Todo individuo tendrá el derecho a expresar y diseminar sus opiniones dentro de la ley”.
- 2810 Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (1950). “Article 10. [...] 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary”.
- 2811 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 178 y 179.
- 2812 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007: “[...] Su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión; dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad [...] Cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública –en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole–, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa. En la misma medida en que existe una presunción de protección constitucional de toda expresión, existe una sospecha de inconstitucionalidad de las regulaciones estatales del ejercicio de esta libertad. En consecuencia, toda limitación de la libertad de expresión está sujeta a un control constitucional estricto, en el curso del cual se ha de determinar si están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada”.
- 2813 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 23 de octubre de 2014, exp. 2014-01380 AC: “[...] La libertad de expresión, a semejanza de los demás derechos, no es un derecho absoluto, en ninguna de sus manifestaciones específicas (libertad de expresión *stricto sensu*, libertad de información o libertad de prensa); puede eventualmente estar sujeta a limitaciones, adoptadas legalmente para preservar otros derechos, valores e intereses constitucionalmente protegidos con los cuales puede llegar a entrar en conflicto”; cfr. igualmente, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2004, exp. 2003-0103 AP: “[...] El carácter preferente de la libertad de expresión y de prensa no significa que esos derechos sean absolutos o que carezcan de límites legítimos, al contrario, pueden ser limitados, por ejemplo para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, así como también para proteger el derecho a la intimidad o al buen nombre”.
- 2814 Corte Constitucional. Sentencia C-592 del 25 de julio de 2012. Otros elementos normativos de la libertad de expresión que reconoce la jurisprudencia constitucional son: “[...] (g) el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. (h) La prohibición de la censura cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio”.
- 2815 Corte Constitucional. Sentencia T-1037 de 2010: “[...] En lo que específicamente se refiera al condicionamiento de la libertad de expresión con el fin de conservar la seguridad o el orden público, esto es, ‘las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad’, es pertinente puntualizar que ello no implica en sí mismo la restricción de los derechos, sino que supone el ejercicio razonable de las libertades civiles [...] la protección y garantía de la seguridad de las personas, necesariamente deben estar irradiadas en las políticas y determinaciones que las autoridades tengan en materia de seguridad, lo que se afina en la dignidad y derechos del ser humano; entendida así, la preservación del orden público no es una finalidad en sí misma, sino que constituye un valor subordinado al respeto de la dignidad humana por el Estado, que está al servicio de los ciudadanos, y no estos a la defensiva de la seguridad desmedida que pretenda imponer el Estado [...] En conclusión, la libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones cuando resulta indispensable para garantizar el orden público en un lugar específico del territorio. No obstante, en ningún evento es válida una restricción genérica, abstracta e indeterminada, soportada en la afectación del orden público o la seguridad, no solo por parte del legislador sino de cualquier otra autoridad, razón por la cual toda medida de limitación deberá contar con los siguientes elementos: (i) *adecuación*, puesto que debe constituir un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente imperioso; (ii) *necesidad*, en otras palabras, se analiza si la limitación es o no indispensable o si se puede

obtener un resultado similar con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto; y (iii) *proporcionalidad*, para identificar si la limitación no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los resguardados con el acto condicionante del derecho a la libertad de expresión y conexos”.

- 2816 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Cuando el Estado pretende adoptar límites está obligado a observar las siguientes cargas, siguiendo la jurisprudencia constitucional: “[...] *Carga definitoria*: Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación. *Carga argumentativa*: Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad [...] *Carga probatoria*: Finalmente, las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad”. Conseil de l’Europe. “La liberté d’expression en Europe. Jurisprudence relative à l’article 10 de la Convention européenne des Droits de l’Homme”, *Dossiers sur les droits de l’homme*, n.º 18, octubre de 2006, p. 7: “[...] En effet, le paragraphe 2 de l’article 10 dispose que, pour être admissible, toute restriction à la liberté d’expression doit poursuivre l’un des buts reconnus comme légitimes à savoir la sécurité nationale, l’intégrité territoriale ou la sûreté publique, la protection de la santé ou de la morale, la défense de l’ordre ou la prévention du crime, la protection de la réputation ou des droits d’autrui, la sauvegarde d’informations confidentielles, la garantie de l’autorité et de l’impartialité du pouvoir judiciaire”.
- 2817 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007.
- 2818 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 31 de mayo de 2007, exp. 2007-00044 AC. “[...] se advierte que la jurisprudencia no da prelación al derecho a la información o la libertad de prensa sobre todo de interés personal; la prevalencia es frente a los de carácter económico o pecuniario, dentro de los cuales, como quedó visto, no se encuentra el derecho a la intimidad dada su calidad de extrapatrimonial”.
- 2819 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Mémoli vs. Argentina*. Sentencia de fondo del 22 de agosto de 2013, párrafo 127: “[...] Tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, derechos ambos protegidos por la Convención, revisten suma importancia, por lo cual es necesario garantizar ambos derechos, de forma que coexistan de manera armoniosa. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. La solución del conflicto que se presenta entre ambos derechos requiere de una ponderación entre los mismos, a través de un juicio de proporcionalidad, para lo cual deberá examinarse cada caso, conforme a sus características y circunstancias, a fin de apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”
- 2820 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 31 de mayo de 2007, exp. 2007-00044 AC: “[...] Ahora bien, la propaganda es una manera de concretar las libertades de expresión, información o prensa y por lo tanto se encuentra igualmente limitada por el derecho a la intimidad. En el presente asunto la Administración mediante una campaña publicitaria exhortó a los miembros de grupos al margen de la ley para que abandonen voluntariamente las filas y las armas, utilizando las imágenes de los concejales caídos en manos de los violentos. Sin embargo, aunando (*sic*) para la Sala son plausibles dichas campañas de sensibilización, no comparte que las mismas se difundan y se apoyen en cuadros que sin lugar a duda agudizan el dolor de las familias víctimas de hechos violentos, quienes no deben ser sometidas al agravio de ver circular en forma masiva el volante con la fotografía que muestra la manera como yacía el cadáver del concejal PL, al momento en que un grupo subversivo atentó contra su vida junto con otros concejales. Dicho sentimiento doloroso forma parte del fuero interno de sus familiares. No existe razón legal para trasladar al plano público, mediante reproducción de propaganda escrita o de cualquier otro tipo, el dolor que padecen los familiares de los concejales asesinados ni las evidencias documentales causantes del mismo. Por lo anterior se puede colegir que con la publicación y distribución del aviso se afectó la intimidad de la familia del concejal”.
- 2821 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2004, exp. 2003-01003 AP. Caso del programa radial “El mañanero” de La Mega: “[...] En el caso *sub judice* en ningún momento se está vulnerando dicha libertad, toda vez que lo que se está protegiendo es el respeto por los principios y normas que regulan el servicio público de radiodifusión, por lo que con el actuar de los demandados se están violando los derechos de los usuarios, ya que los destinatarios deben recibir un servicio de calidad, al tener un contenido diverso a la función social que lo caracteriza. Igualmente, no se pretende imponer controles a los contenidos de las programaciones, lo cual constituye censura previa prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, sino busca la protección de los derechos colectivos relacionados con el acceso a una eficiente prestación de los servicios públicos y derechos de los usuarios, toda vez que con las emisiones radiales se está desconociendo la responsabilidad social que por ley se establece para este tipo de servicios, y esto impone particulares responsabilidades a los comunicadores, con el fin de no abusar de la libertad de expresión y afectar derechos constitucionales de otras personas. La Sala reitera que en el presente caso no existe censura, porque la censura es *per se* discriminatoria y, como se encuentra probado en el caso *sub judice*, no ha operado una conducta discriminatoria, sino un juicio técnico de conveniencia, como en reiteradas oportunidades lo ha dicho la Corte Constitucional, sería irrazonable argumentar que todo lo que se deniega en materia de difusión masiva equivale a censura. No se está prohibiendo la libertad de expresión ni el libre desarrollo de la personalidad de los ya referidos comunicadores, solamente se les están dando pautas para que el servicio de radiodifusión cumpla con todas y cada una de las finalidades que la rigen”.
- 2822 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007; Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 23 de octubre de 2014, exp. 2014-01380 AC.
- 2823 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 29 de noviembre de 2001, exp. 1999-0314 (7000): “[...] En efecto, en función de la *in dubio pro libertate* y del carácter preferente de la libertad de expresión, es obvio que toda limitación legal a ese derecho debe ser entendida en forma estricta, de suerte que entre dos interpretaciones posibles y razonables de una norma legal, debe siempre preferirse aquella que favorezca un ejercicio más amplio de la libertad de expresión”.
- 2824 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, cit., p. 180: “[...] El derecho a la libertad de expresión se caracteriza por ser un derecho de contenido complejo en la medida en que se proyecta en dos dimensiones, a saber: 1. Una dimensión individual, y 2. Una dimensión colectiva”.
- 2825 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007: “[...] El interés del receptor de un acto comunicativo también puede apreciarse desde la dimensión colectiva de la libertad de expresión, consistente en el derecho de toda persona a recibir o conocer informaciones, opiniones, ideas y pensamientos, dimensión que debe ser garantizada simultáneamente con la del individuo que se expresa. En una democracia, los intereses de los que reciben el influjo de distintas expresiones son primordiales, puesto que de ello depende la formación de sus preferencias como ciudadanos”. La jurisprudencia interamericana de derechos humanos afirma la dimensión individual y colectiva o social de esta libertad en los siguientes casos: “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de fondo del 5 de febrero de 2001, párrafo 64; Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de fondo del 31 de agosto de 2004; Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de fondo del 6 de febrero de 2001, párrafo 146; Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de fondo del 2 de julio de 2004, párrafo 107; López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de fondo del 1.º de febrero de 2006, párrafo 163; Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de fondo del 19 de septiembre de 2006, párrafo 151; Kimel vs. Argentina, Sentencia de fondo del 2 de mayo de 2008, párrafo 53; Mémoli vs. Argentina, Sentencia de fondo del 22 de agosto de 2013, párrafo 119.

- 2826 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007: “[...] El tema de la titularidad de la libertad de expresión desde la perspectiva del emisor del mensaje –de quien se expresa– plantea dos asuntos constitucionales significativos [...] (i) En primer lugar, la relevancia del tipo de emisor, para efectos de determinar el mayor grado de protección constitucional que ha de recibir su libertad de expresión. El tipo de emisor puede constituirse en factor relevante para efectos de determinar el mayor grado de protección constitucional que ha de recibir su libertad de expresión. Así, quien pretende contribuir a la discusión política está en una situación distinta a quien busca promover sus propios intereses económicos, personales u otros, sin que ello obste para que éste último sujeto también sea acreedor de protección constitucional, puesto que las expresiones proferidas con intereses económicos o particulares también caen bajo el campo de aplicación de esta libertad. (ii) Segundo, el tema de la posibilidad de que las personas jurídicas ejerzan el derecho a la libertad de expresión”.
- 2827 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Libertad de expresión e Internet”, cit.: “[...] 11. En la medida en que el entorno digital ofrece el espacio para promover el intercambio de información y opiniones, su configuración y arquitectura resultan relevantes. Internet se ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente *en línea* sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca sea como resultado del diálogo de todos los actores y mantenga las características básicas del entorno digital, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación”.
- 2828 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Libertad de expresión e Internet”, cit.: “[...] 15. [...] se deben tomar acciones para promover, de manera progresiva, el acceso universal no solo a la infraestructura, sino a la tecnología necesaria para su uso y a la mayor cantidad posible de información disponible en la red; eliminar las barreras arbitrarias de acceso a la infraestructura, la tecnología y la información en línea; y adoptar medidas de diferenciación positiva para permitir el goce efectivo de este derecho a personas o comunidades que así lo requieran por sus circunstancias de marginación o discriminación”; cfr. Naciones Unidas. Asamblea General. “Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”, FRANK LA RUE, A/HRC/17/27, del 16 de mayo de 2011.
- 2829 Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución aprobada el 18 de diciembre de 2013, 8/167. “El derecho a la privacidad en la era digital”. A/RES/68/164, del 21 de enero de 2014, párrafo 4.
- 2830 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia del 2 de mayo de 2008, párrafo 57: “[...] el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo”; cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, Sentencia del 29 de noviembre de 2011, párrafo 45.
- 2831 Conforme al criterio de la Corte Interamericana expuesto, entre otras, en la Sentencia del 5 de febrero de 2001 en el Caso La Última Tentación de Cristo c. Chile, en los siguientes términos: “[...] 65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”.
- 2832 SCOTT, J. SHAPIRO. *Legalidad*, DIEGO M. PAPAYANNIS y LORENA RAMÍREZ LUDEÑA (trads.), Madrid, 2014, Marcial Pons, p. 37: “[...] La diversidad ideológica del mundo moderno, en cambio, nos compele a distinguir entre diversos grupos y las exigencias contrapuestas que nos plantean”.
- 2833 Corte Constitucional. Sentencia C-650 del 5 de agosto de 2003: “[...] Por ejemplo, el derecho a la libertad de opinión es más amplio y carece de las orientaciones constitucionales explícitas que sí se imponen al derecho a informar, referido a la información veraz e imparcial. Ello porque el ámbito protegido en el derecho a opinar libremente es mucho mayor dada la protección constitucional brindada a los jueces de valor, no corroborables a partir de un referente objetivo, en una democracia pluralista, que el ámbito protegido en el derecho a informar hechos o circunstancias cuya verificación sí es posible por medio de referentes empíricos, sin que ello signifique que la Carta no proteja la divulgación de información que si bien no es exacta, sí se aproxima a la verdad, y fue publicada de buena fe, puesto que la circulación abierta y desinhibida de diversas versiones de la realidad es esencial para la existencia, el funcionamiento y la vitalidad de una democracia”.
- 2834 Corte Constitucional. Sentencia T-139 del 13 de marzo de 2014, caso del “Cristo resucitado a construir en el Ecoparque Cerro del Santísimo” en Floridablanca, Santander.
- 2835 Corte Constitucional. Sentencia C-592 del 25 de julio de 2012: “[...] La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa–, y el derecho a no ser molestado por ellas”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007: “[...] En términos del alcance y el contenido de la libertad de expresión *stricto sensu*, existen ocho rasgos del ámbito constitucionalmente protegido que la Corte considera indispensable resaltar con detalle [...] (1) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión; (2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión respecto de los cuales la presunción es derrotada, por consenso prácticamente universal plasmado en tratados internacionales que obligan al Estado colombiano; (3) existen diferentes grados de protección constitucional en los variados ámbitos de la expresión humana amparados por la libertad de expresión *stricto sensu*, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más reforzada que otros –lo cual tiene efectos directos sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones; (4) la expresión protegida por esta libertad puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional; (5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión; (6) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono; (7) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; y (8) impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares”.
- 2836 Corte Constitucional. Sentencia T-1319 del 7 de diciembre de 2001.
- 2837 Con anterioridad a la Carta Política de 1991 la jurisprudencia contencioso administrativa ya había abordado esta problemática en Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 25 de mayo de 1978: “[...] Estima la Sala que el prestigio o el buen nombre de una Administración no alcanza a deteriorarse ni a sufrir mengua alguna por la sola circunstancia de que una Asociación o Entidad Sindical exprese a través de un periódico, revista o manifiesto, sus propias y francas opiniones, así como las quejas que tengan contra la forma como se maneja o dirige un organismo del Estado. Es casi diaria y común la crítica constructiva o no que hacen los Sindicatos del país para que se solucionen los múltiples problemas que los aquejan, con la finalidad de obtener mejores y más justas conquistas

- salariales. Las protestas, como se ha dicho recientemente, con buen criterio, son el producto de la democracia que rige nuestras instituciones, pues dentro de éstas no es posible coartar la libertad de expresión de los gobernados, más aún cuando el propio señor Presidente de la República afirmó categóricamente desde el inicio de su gobierno que durante él no habría delitos de opinión, lo cual está indicando que la libertad de pensamiento y de palabra no pueden silenciarse mediante actos o providencias represivas que conduzcan a la destitución del funcionario”; cfr., así mismo, Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de septiembre de 2001, exp. 2001-0093 AC, Caso de congresista que emitió opinión en el periódico *El Espectador*, lo que constituyó una de las razones que se invocaron para su pérdida de investidura; además, Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de noviembre de 2000, exp. AC-12158.
- 2838 Corte Constitucional. Sentencia C-592 del 25 de julio de 2012: “[...] La libertad de expresión en su genuina naturaleza no proyecta efectos patrimoniales, ella es una proyección orgánica de las libertades de la persona, particularmente de la libertad de pensamiento, como también de la libertad de reunión y de asociación. El vínculo entre estos derechos es evidente: pensar libremente, expresar lo que se piensa y hacerlo grupalmente para compartir ideas políticas, religiosas o similares, las cuales en sus orígenes filosóficos no estuvieron relacionadas con actividades económicas ni con el ánimo de lucro”. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 2839 Corte Constitucional. Sentencia T-1037 del 14 de diciembre de 2010: “[...] El derecho a la información está compuesto por dos dimensiones diferentes pero complementarias: (i) *esencial o fundamental*, que se traduce en el ejercicio del derecho a la libertad de información, así como la posibilidad de difundirla sin que pueda ser censurada directa o indirectamente; y (ii) *estructural*, que supone la garantía de las condiciones operativas necesarias para que la información pueda llegar a todos los habitantes; este sentido tiene que ver mayoritariamente con el uso de un medio masivo para garantizar el acceso democrático e igualitario del uso del espectro electromagnético, en condiciones tales que aseguren la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación libres y con responsabilidad social”.
- 2840 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007: “[...] una de las funciones de esta libertad dentro de los regímenes democráticos consiste en que ‘permite buscar la verdad y desarrollar el conocimiento’. Cuando las diferentes opiniones y puntos de vista se enfrentan libremente en una sociedad, es más fácil para sus miembros decidir cuál de todas es la más cierta o la más adecuada, según el tipo de discusión que se esté dando. Este argumento, esbozado originalmente por JHON STUART MILL, señala, adicionalmente, que cuando una opinión se toma por cierta, los desafíos libres a ella aseguran que las ‘verdades’ sean corroboradas, corregidas, complementadas o superadas. Privar a una sociedad del principio de la libertad de expresión implica frenar el proceso colectivo de descubrimiento de la verdad y, en gran medida, impedir el desarrollo del conocimiento. Para que esta función pueda cumplirse a cabalidad no basta con el conflicto abierto entre interpretaciones de la realidad. Permitir una especie de intercambio libre de ideas es necesario pero no es una garantía suficiente, por sí sola, de que se llegará a la verdad puesto que una (*sic*) versiones o posiciones pueden ser tan dominantes que las otras no sean divulgadas o lo sean esporádica, aislada y débilmente. De ahí que esta función puede cumplir en condiciones de enfrentamiento equilibrado entre versiones antagónicas de la realidad”.
- 2841 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Mémoli vs. Argentina*, Sentencia de fondo del 22 de agosto de 2013, párrafo 120.
- 2842 *Ibid.* Caso *Mémoli vs. Argentina*, Sentencia de fondo del 22 de agosto de 2013, párrafo 122; cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Novaya Gazeta y Borodyansky vs. Rusia*, *Affaire 14087/08*, arrêt du 28 mars 2013: “[...] “[i]n this respect the Court reiterates that Article 10 does not guarantee wholly unrestricted freedom of expression to the press, even with respect to coverage of matters of serious public concern. While enjoying the protection afforded by the Convention, journalists must, when exercising their duties, abide by the principles of responsible journalism, namely to act in good faith, provide accurate and reliable information, objectively reflect the opinions of those involved in a public debate, and refrain from pure sensationalism”; cfr. también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Affaire Pedersen y Baadsgaard vs. Dinamarca*, 29017/99.
- 2843 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007. Cuyos rasgos particulares son: “[...] (1) su importancia medular para la democracia; (2) su trascendencia para el desarrollo de la personalidad individual; (3) el poder social de los medios de comunicación, con los riesgos implícitos y conflictos potenciales que conlleva; (4) el hecho de que el funcionamiento de los medios de comunicación involucra el ejercicio de derechos fundamentales por distintos sujetos, y tiene el potencial de lesionar derechos fundamentales ajenos; (5) la responsabilidad social adscrita, por lo mismo, al ejercicio de la libertad de prensa; (6) la previsión expresa de un margen para la regulación estatal de esta libertad en la Carta Política, y la posibilidad de establecer limitaciones puntuales con cumplimiento estricto de las condiciones constitucionales, y sujetas a un control estricto de constitucionalidad; (7) su potencial para entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, los cuales estarán sujetos a ponderación y armonización concreta sobre la base inicial de la primacía de la libertad de prensa; y (8) el carácter de servicio público que tiene el funcionamiento de algunos medios de comunicación, con sus efectos constitucionales”; cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Affaire Ligens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, párr. 41: “[...] la liberté de la presse fournit à l’opinion publique l’un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants”.
- 2844 Corte Constitucional. Sentencia C-650 del 5 de agosto de 2003: “[...] Un segundo ejemplo de una manifestación expresa de la libertad de expresión en su acepción genérica, es la libertad de fundar medios masivos de comunicación. Si bien la carga que implica fundar un medio masivo de comunicación es mayor que la relacionada con la expresión de una opinión ante otro ciudadano o la de informarlo de un hecho, la Constitución también reconoció este derecho a ‘toda persona’. Así, cualquiera que llene los requisitos legales razonables y proporcionados –que no pueden en ningún caso crear el riesgo de censura– puede fundar dicho medio [...] Los medios masivos de comunicación, en particular la prensa, gozan de especial protección dada su trascendental función en la democracia”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-592 del 25 de julio de 2012: “[...] Directamente ligado a la libertad de expresión, la Carta protege también de manera preferente la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación (CP art. 20), tradicionalmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado (CP art. 74), pues también es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. En efecto, sólo con una prensa libre, pluralista e independiente, puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes [...] (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación, (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento de dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social”; así mismo, cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007: “[...] La Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un derecho a la libertad de expresión en cabeza de los medios de comunicación y ha aceptado en numerosas oportunidades que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales según su naturaleza particular; en consecuencia, es claro que la libertad de expresión sí cobija a los medios de comunicación en tanto personas jurídicas, así como a quienes se expresan a través de ellos”.
- 2845 Corte Constitucional. Sentencia C-650 del 5 de agosto de 2003: “[...] En relación con el medio de comunicación, sobresalen dos tipos de control previo. El primero es el régimen de autorización previa o permiso. Este es contrario al artículo 20 de la Carta que garantiza la libertad de fundar medios de comunicación. Así, cualquier persona, aun un menor de edad, puede fundar, por ejemplo, un periódico puesto que ni siquiera la cédula de ciudadanía o cualquier tarjeta de identidad puede invocarse como requisito para ejercer una libertad reconocida a toda persona. El segundo es el régimen de registro constitutivo mediante el cual se exige que los medios de comunicación se inscriban en un registro oficial, no con fines de información y de definición de responsabilidades posteriores, sino con el objeto de que la autoridad administrativa que lleva el registro pueda negarlo y de esa manera impedir que el medio empiece a funcionar o continúe haciéndolo. Estos tipos de control previo se distinguen del llamado registro declarativo por medio del cual los fundadores del medio tan solo informan acerca de la identidad del mismo y de sus responsables sin que pueda la autoridad administrativa obstaculizar o prohibir que el mismo desarrolle libremente su actividad periodística. El registro declarativo no es considerado una forma de control previo, siempre que sus fines y su régimen no creen peligro alguno de censura”.
- 2846 Corte Constitucional. Sentencia C-650 del 5 de agosto de 2003: “[...] En relación con el contenido de la información, existen múltiples modalidades de controles

- previos, todas contrarias a la prohibición de la censura. La primera, por fortuna desterrada de las democracias, son las juntas o consejos de revisión previa de la información. Las segundas son las reglas de autorización para divulgar informaciones relativas a materias que han sido estimadas sensibles por determinado régimen. La violación de tales reglas es sancionada, inclusive, e inconstitucionalmente, con pena de prisión. La tercera es la prohibición de divulgar ciertos contenidos informativos, cuya transgresión también es sancionada con medidas administrativas de suspensión o cierre del medio o, inclusive, con sanciones penales. La cuarta es el establecimiento de controles administrativos o judiciales posteriores tan severos e invasivos de la libertad que tienen claramente el efecto de provocar la autocensura y la creación de mecanismos internos de revisión previa para evitar que tales controles externos sean dirigidos en contra del medio correspondiente. Es lo que se denomina el efecto de paralización de la información. La quinta es la exclusión de ciertos medios de comunicación del mercado como represalia por la posición que han adoptado en el pasado y probablemente continuarán tomando en el futuro. Este tipo de control al contenido de la información y la opinión, también inconstitucional, es de difícil prueba porque es necesario demostrar que una decisión legislativa o administrativa aparentemente neutral tiene en realidad un propósito o un impacto persecutorio o discriminatorio. Dentro de cada uno de estos tipos de control previo, hay modalidades sutiles e indirectas que no es necesario entrar a detallar”; cfr., así mismo, Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007.
- 2847 Corte Constitucional. Sentencia T-1319 del 7 de diciembre de 2001: “[...] los ciudadanos se encuentran en una situación de indefensión frente a los medios de comunicación, en razón del poder social que estos ejercen”.
- 2848 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007: “[...] La difusión masiva que alcanzan las informaciones transmitidas a través de ellos, su poder de penetración, el impacto profundo que pueden tener sobre la audiencia y, en general, el poder social de los medios de comunicación, lleva implícitos ciertos riesgos y puede eventualmente entrar en conflicto con otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos. No obstante, cada medio masivo tiene unos rasgos distintivos, lo cual conduce a que su poder social sea también diferente. Esta Corporación ha indicado que ciertos medios de comunicación tienen un mayor impacto que otros en la audiencia, habida cuenta de su penetración, de la forma y el momento en que le llegan a su audiencia o al permitir, por ejemplo, un espacio fugaz para la reflexión personal y generar así ‘audiencias cautivas’, por lo cual están sujetos a una mayor responsabilidad y a regulaciones específicas a las características del medio”.
- 2849 CHRISTA ELLIOT. “Terror in the Press: How the U.K.’s threatened criminalization of the Guardian under the Terrorism Act 2000 would violate article 10 of the European Convention on Human Rights”, *American University International Law Review*, vol. 30, n.º 1, 2015, p. 111: “[...] The modern idea of democratic government, by the people for the people, depends on an informed citizenry to ensure appropriate government functionality, and it is through journalistic activity that citizens become and remain informed”.
- 2850 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007: “[...] Como manifestación de la libertad de expresión, la libertad de prensa también es fundamental para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, dado que para que una persona pueda definir y seguir la orientación que desea dar a su existencia, es necesario que tenga la posibilidad de conocer distintas formas de concebir la vida y de comunicar su propia opción vital, lo cual es difícil sin el pluralismo expresado a través de diversos medios masivos de comunicación”.
- 2851 Corte Constitucional. Sentencias C-1153 del 11 de noviembre de 2005, y T-1319 del 7 de diciembre de 2001: “[...] El derecho a una información veraz e imparcial únicamente opera como restricción *a posteriori*. Frente a los medios de comunicación, con el exclusivo objeto de ejercer el derecho a la rectificación y ante otras entidades, como el Estado o algunos particulares, con el objeto de que se suministre información real”; cfr. también Corte Constitucional. Sentencia T-627 del 10 de agosto de 2012. El respeto del derecho a la información veraz e imparcial exige que se diferencie entre opinión e información.
- 2852 CHRISTA ELLIOT, “Terror in the Press...”, cit., p. 119. “[...] The ECtHR has emphasized the fundamental role of freedom of expression within democratic societies in which the press imparts ideas and general information of public interest”.
- 2853 Corte Constitucional. Sentencia T-391 del 22 de mayo de 2007.
- 2854 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 1.º de junio de 1995, exp. 3102; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Affaire Informationsverein et autres c. Autriche*, arrêt du 24 novembre 1993, párr. 32. “[...] préciser que les États peuvent réglementer, par un système de licences, l’organisation de la radiodiffusion sur leur territoire, en particulier ses aspects techniques [...] Pour importants que soient ces derniers, d’autres considérations peuvent, elles aussi, conditionner l’octroi ou le refus d’une autorisation, dont celles qui concernent la nature et les objectifs d’une future station, ses possibilités d’insertion au niveau national, régional ou local, les droits et besoins d’un public donné, ainsi que les obligations issues d’instruments juridiques internationaux. Il peut en résulter des ingérences dont le but, légitime au regard de la troisième phrase du paragraphe 1, ne coïncide pourtant pas avec l’une des fins que vise le paragraphe 2. Leur conformité à la Convention doit néanmoins s’apprécier à la lumière des autres exigences de celui-ci”.
- 2855 Corte Constitucional. Sentencia T-1319 del 7 de diciembre de 2001: “[...] En el contexto del periodismo, este aspecto funcional pone de presente la fuerte necesidad de armonizar derechos constitucionales, como los que ocupa esta decisión, y explica de la responsabilidad social que la Carta le endilga a dicha actividad. De ésta se deriva, en el contexto de la libertad de opinión, que la persona señalada por el medio de comunicación ha de tener la oportunidad de confrontar, de manera razonable y sin que ello pueda implicar un derecho a acceder al micrófono cuando lo considere pertinente, las opiniones en su contra. Se trata de garantizar un equilibrio entre las opiniones, pues únicamente de esta manera se realiza la función constitucional de los medios de comunicación en materia de opinión: coadyuvar a la conformación de la opinión pública [...] El control débil se activa cuando, existiendo un genuino interés en generar opinión, no se ofrece oportunidad alguna de contradicción, en cuyo caso es necesario garantizar un equilibrio entre las opiniones, necesario para el proceso deliberativo (equilibrio informativo/opinión). El control estricto, por su parte, se aplicará en el evento en que el propósito de la opinión es la persecución individual y con fines personales del comunicador y, finalmente, el control extremo, por conducto del aparato penal, cuando el comunicador únicamente busca el insulto”.
- 2856 Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 31 de agosto de 2000, exp. 5185.
- 2857 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Affaire Von Hannover c. Deutschland*, arrêt du 24 juin 2004: “[...] Es en nombre de una interpretación unilateral del derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que muy a menudo los medios de comunicación cometen violaciones del derecho al respeto a la vida privada, considerando que sus lectores tienen derecho a saber todo sobre las personas públicas”.
- 2858 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 288: “[...] La información es elemento de la economía y forma parte de los bienes del saber. Amplía las posibilidades de acción y las esferas de libertad; pero hace surgir también nuevos peligros. La ‘sociedad de la información’ no puede alcanzarse sin un derecho de la información desarrollado de forma sistemática, que regule tanto el derecho a disponer sobre la información y a recibir información como la protección del secreto y los problemas de responsabilidad”.
- 2859 Corte Constitucional. Sentencia C-650 del 5 de agosto de 2003: “[...] El segundo tipo de control previo al acceso, tiene que ver con la información denominada reservada. La Constitución prohíbe que la autoridad administrativa determine qué es información reservada porque ello equivaldría a aceptar una forma de control previo (art. 74 CP). Solo la ley puede hacerlo de manera precisa, no de manera vaga e indeterminada”.

- 2860 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de fondo del 19 de septiembre de 2006, párrafo 86: “[...] El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”.
- 2861 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., pp. 292 y 293: “[...] 11. La responsabilidad estatal respecto de la información se manifiesta más en la creación de un marco para una comunicación libre y en la organización de mecanismos de equilibrio que en los instrumentos clásicos de dirección. Se trata de organizar nada menos que la estructuración jurídica de una nueva ordenación del conocimiento y la adecuada determinación de las necesarias contribuciones administrativas para su propia constitución”.
- 2862 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 151; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., p. 288: “[...] las nuevas técnicas de información han conducido a un cambio del modelo conductual y de las estructuras de decisión”.
- 2863 “Cuando se llega al estadio de una sociedad de la información se quiere decir: a) que un porcentaje muy importante del ingreso y la riqueza proviene del sector de la información (industria, productos, servicios, usos); b) que a partir del uso de la información se enfatiza el desarrollo como incremento de riqueza material, crecimiento personal y aumento de la calidad de vida, y c) que los niveles de educación se han cuidado y elevado, que la gente sabe leer, pero no sólo por estar alfabetizado, sino que usa información, la entiende y reflexiona sobre lo leído. Por lo tanto, la sociedad de la información implica la formación de una cultura que usa la información para todas las acciones de la vida”: ESTELA MORALES CAMPOS. “¿Información o improvisación? Una sociedad diferente”, en MARTHA ALICIA AÑORVE GUILLEN y ELSA M. RAMÍREZ LEYVA (coords.). *Memoria del XIX Coloquio Internacional de Investigación, Bibliotecología y de Información. Los grandes problemas de la información en la sociedad contemporánea*, México, UNAM, 2002, p. 1.
- 2864 Los conceptos de sociedad de la información y el de las tecnologías de la información y de las comunicaciones fueron recientemente incorporados al ordenamiento jurídico colombiano en la Ley 1341 de 2009; en relación con sus características y alcances cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO. “El sistema de la organización institucional en la reciente regulación colombiana del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, en *Comentarios a la Ley de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC– (Ley 1341 de 2009)*, cit., pp. 445 y ss.; cfr., igualmente, TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO. *Reflexiones sobre el nuevo marco normativo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en Colombia*, cit., pp. 23 y ss.
- 2865 MANUEL CASTELLS. *La sociedad red*, cit.; ÍD. *Comunicación y poder*, cit.; cfr. así mismo, EDUARD AIBAR y FERRAN URGELL. *Estado, burocracia y red*, cit.
- 2866 MANUEL CASTELLS. *Comunicación y poder*, cit., pp. 45 y 50: “... Una red es un conjunto de nodos interconectados [...] En la vida social las redes son estructuras comunicativas. Las redes de comunicación son las pautas de contacto creadas por el flujo de mensajes entre distintos comunicadores en el tiempo y en el espacio. Es decir las redes procesan flujos. Los flujos son corrientes de información entre nodos que circulan por los canales que conectan los nodos. Una red está definida por el programa que asigna los objetivos y las reglas de funcionamiento de la propia red...”. En cuanto se relaciona con la sociedad como red global sostiene CASTELLS: “... Una sociedad red es aquella cuya estructura social esta compuesta de redes activadas por tecnologías digitales de la comunicación y la información basadas en la microelectrónica [...] Las redes digitales son globales por su capacidad para autorreconfigurarse de acuerdo con las instrucciones de los programadores, trascendiendo los límites territoriales e institucionales a través de redes de ordenadores comunicados entre sí. Por tanto, una estructura social cuya infraestructura se basa en redes digitales tiene la posibilidad de ser global...”.
- 2867 MANUEL CASTELLS. *Comunicación y poder*, cit., pp. 24 y 25.
- 2868 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, cit., p. 152.
- 2869 MANUEL CASTELLS. *La sociedad red*, cit., pp. 23 a 25, 27 y 56, esp. p. 58.
- 2870 MANUEL CASTELLS. *Comunicación y poder*, cit., pp. 68 y 69.
- 2871 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Procedimientos administrativos y tecnología*, cit., p. 153.
- 2872 *Ibid.*, pp. 153 y 154: “Se trata en definitiva de un nuevo sistema de comunicación que se caracteriza por poseer un lenguaje digital universal ‘... las redes informáticas interactivas crecen de modo exponencial, creando nuevas formas y canales de comunicación, y dando forma a la vida a la vez que ésta le da forma a ellas...’, generando en consecuencia fuerzas de penetración en todos los ámbitos de la actividad humana, ‘... no como una fuente exógena de impacto, sino como el paño con el que está tejida esa actividad. En otras palabras, se orientan hacia el proceso, además de inducir nuevos productos...’. En suma podemos sostener siguiendo los trabajos del profesor CASTELLS que la gran ‘revolución tecnológica’ que embarga a la humanidad en todos sus aspectos parte y se soporta en una serie de paradigmas fundamentales que soportan las tecnologías de la información y del conocimiento y por lo tanto a la sociedad de la información y por qué no decirlo a la misma sociedad red, son estos los siguientes: a) La información es la materia prima del nuevo sistema. Las tecnologías lo son para actuar sobre la información, no son solo información para actuar sobre la tecnología; b) Las tecnologías son instrumentos con alta capacidad de penetración de la información; c) La conformación de la red. La interconexión de todos los sistemas o del conjunto de relaciones configura la lógica que utilizan las nuevas tecnologías de la información; d) La interacción y la flexibilidad de los procesos en la red se pueden modificar, reordenarse, alterarse; e) La convergencia creciente de tecnologías específicas en un sistema altamente integrado”.
- 2873 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, cit., p. 155.
- 2874 Corte Constitucional. Sentencia C-650 del 5 de agosto de 2003: “[...] presume que la información que reposa en las oficinas públicas es también pública dentro de una tradición colombiana de acceso a la documentación pública ya casi centenaria. La Corte Constitucional ha sostenido, en aplicación del principio *pro informatione* que cuando la autoridad no responde oportunamente a la información pedida opera una especie de silencio administrativo positivo de tal manera que la autoridad negligente no puede luego alegar, lo que no invocó en la oportunidad debida (*v.gr.*, que la información era reservada) para negarse a divulgarla”; cfr. Naciones Unidas. “Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”, cit.: “[...] El Comité de Derechos Humanos ha enfatizado la importancia del derecho de los ciudadanos a estar informados de las actividades de los funcionarios públicos y tener acceso a información que les permita participar en los asuntos políticos. En la democracia, el derecho a acceder a la información pública es un derecho fundamental para el ejercicio de la transparencia. Los procedimientos democráticos implican que las personas tengan acceso a la información pública, entendiéndose ésta como la relacionada con toda la actividad del Estado. Esto permite tomar las decisiones y ejercer el derecho político a elegir y ser electo, o a cuestionar o incidir en políticas públicas así como a mantener la calidad del gasto público y promover la rendición de cuentas, todo lo cual facilita establecer un control sobre el abuso de poder [...] Los Estados deben tomar las medidas legislativas y administrativas necesarias para facilitar a las personas el acceso a la información pública. Existen características legislativas y procesales que deben estar implícitas en todo régimen de acceso a la información, incluido el principio de la máxima divulgación, la presunción de carácter público con respecto a las reuniones y los documentos fundamentales, amplias definiciones del tipo de información a la que puede tener

acceso, tarifas y plazos razonables, un examen independiente de las denegaciones de acceso y sanciones por incumplimiento”; cfr. también Naciones Unidas. “Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década, cit.

- 2875 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, cit., p. 157: “[...] En esta dirección es verdad incontrovertible que cualquier ordenamiento, en relación con las tecnologías de las comunicaciones, que pretenda hacer uso útil y democrático de las mismas, no puede alejarse de los anteriores propósitos vistos siempre en la perspectiva de los fundamentos constitucionales, con mayor razón cuando el actor central de la nueva sociedad en red lo es la misma administración que las utiliza y acude a ellas para el cumplimiento de las finalidades y propósitos de todo orden, y adicionalmente cuando, por esta razón, se encuentra de por medio el usuario, la persona final que aspira a interrelacionarse con el aparato administrativo. Esto es, el ordenamiento jurídico de la administración en red u ordenanza electrónica se sujeta a parámetros constitucionales y estándares protectores y garantísticos de los derechos constitucionales”; cfr. también, Naciones Unidas. “Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”, cit.: “[...] En la actualidad el acceso a la comunicación y en particular a la comunicación electrónica, representa una necesidad para alcanzar el desarrollo y por consiguiente, debe ser entendido también como un derecho económico social. Los Estados deben asumir la responsabilidad de facilitar y subsidiar el acceso a medios de comunicación electrónica para garantizar el ejercicio equitativo de este derecho, combatir la pobreza y alcanzar sus metas de desarrollo”.
- 2876 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, cit., p. 245: “[...] La gobernanza electrónica es una realidad que debe imponer al Estado, a la administración pública cuyas bases y principios están íntimamente ligados a los derechos a la libertad de expresión, acceso a la información y la garantía de una eficiente administración pública, cuyos procedimientos deben permitir no un acceso ilusorio, sino una redefinición de las relaciones administración pública-administrado, y creando un mayor sustento a partir de la primacía de la transparencia”.
- 2877 CONSUELO OLIMPIA SANZ SALLA. “El derecho a la información administrativa en la era digital: una aproximación al Derecho norteamericano”, en RICARDO GARCÍA MACHO (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, cit., pp. 203 y ss.
- 2878 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Procedimientos administrativos y tecnología*, cit., pp. 173 y 174.
- 2879 Corte Constitucional. Sentencias C-592 del 25 de julio de 2012, y T-391 del 22 de mayo de 2007.
- 2880 Corte Constitucional. Sentencia C-650 del 5 de agosto de 2003: “[...] La censura es el más aberrante de los controles previos a la libertad de la prensa y de los demás medios de comunicación porque representa el mayor grado de invasión del núcleo esencial de dicha libertad. Sin embargo, no es la única modalidad de control previo. Existen muchos tipos de controles previos y a lo largo de la historia de occidente la creatividad de quienes inventan formas abiertas o sutiles, directas o indirectas, generales o específicas, de control previo parece no tener límites”; Corte Constitucional. Sentencia C-592 del 25 de julio de 2012: “[...] La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión”.
- 2881 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 2011-00034 AC: “[...] No escapa al Consejo de Estado, que las comunicaciones desde los centros carcelarios, ofrecen promesas y peligros. Así, para quien se ve comprometido en un proceso penal y limitada su libertad, la comunicación con el exterior, la familia y su propio abogado, tiene efectos indudablemente benignos, en tanto hacen más llevadera la privación de la libertad y ayudan a un clima carcelario mejor. No obstante, el mal uso de las comunicaciones con el exterior, puede poner en peligro las pruebas del proceso, las víctimas y aun a terceros, pues la delincuencia desde los penales es un hecho notorio. No obstante lo anterior, para evitar el abuso del derecho a comunicarse con el exterior hay otros remedios y controles. Puestas así las cosas, la mala prestación del servicio de comunicaciones en los recintos carcelarios, no puede ser usada como una política de control para evitar males mayores”.
- 2882 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 2011-00034 AC: “[...] En verdad, nada explica que por la ineficacia del proceso de contratación con terceros, para administrar el sistema de comunicaciones de la población carcelaria con el exterior, pueda llevar a menguar sensiblemente el derecho de los detenidos a comunicarse [...] A este propósito, la Convención de los Derechos del niño, reconoce el derecho de los niños a mantener comunicación con sus padres, aunque estos se hallen privados de la libertad, comunicación que sin duda comprende el contacto telefónico. Además, las recomendaciones del Informe Global de Recinto Penales de *Human Rights Watch* (Nueva York, 1993), citadas por el Manual de Buena Práctica Penitenciaria – Instituto Interamericano de Derechos Humanos– San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, señalan que ‘en aquellos lugares donde las visitas a la (*sic*) mujeres están severamente limitadas debido a que los familiares deben recorrer largas distancias, las autoridades deben hacer esfuerzos para compensar (mediante un subsidio de viaje para los parientes o a través de algún otro sistema); [...] y se deben hacer esfuerzos para *facilitar los contactos de las madres con sus hijos* y su derecho a dirigir su crianza’, todo o (*sic*) cual indica que el Juez constitucional debe hacer los esfuerzos necesarios para mantener los lazos afectivos, aun para la familia en crisis, lo cual se facilita con la posibilidad de comunicación telefónica”.
- 2883 Bajo lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política, el derecho a la información está protegido internacionalmente en los siguientes instrumentos: Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968). “Artículo 19 [...] 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y *difundir informaciones* e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”; Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica” (Ley 16 de 1972). “Artículo 13 [...] 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y *difundir informaciones* e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”; Declaración Universal de los Derechos Humanos. “Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, *el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*”.
- 2884 Cfr., entre otras, Corte Constitucional. Sentencias T-512 de 1992; T-259 de 1994; T-1225 de 2003, y T-209 de 2009; cfr. también Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ivche Bronstein vs. Perú, 6 de febrero de 2001; Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004; Caso Kimel vs. Argentina, 2 de mayo de 2008; caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 20 de noviembre de 2009.
- 2885 Cfr. Sentencias T-259 de 1994; T-1198 de 2004 y T-259 de 2009.
- 2886 Ídem. El artículo 95 numeral 1 de la C.N. establece: “Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.
- 2887 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004; Caso Ivche Bronstein vs. Perú, 6 de febrero de 2001.
- 2888 Cfr., entre otras, Sentencias T-080 de 1993; T-066 de 1998; T-1000 de 2000; C-650 de 2003, y T-1225 de 2003.
- 2889 La Corte Europea también ha reconocido este criterio al sostener que la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática, y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no solo debe garantizarse en lo que respecta a la

difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población; cfr. Caso Ivche Bronstein vs. Perú, 6 de febrero de 2001.

- 2890 En la Sentencia T-259 de 1994 se expuso: “[...] Así acontece, por ejemplo, cuando se divulgan elementos propios de la vida íntima de las personas, afectando el derecho plasmado en el artículo 15 de la Constitución, o cuando un determinado contexto informativo, pese a estar basado en hechos ciertos, induce a que los receptores de la noticia, por razón de la forma en que ella es presentada, lleguen a conclusiones que implican daño a la honra, la fama o el buen nombre de los involucrados en aquéllas, o comporta simultáneamente una concepción inexacta de los hechos y el quebranto directo del derecho a la intimidad de una persona o atenta contra su dignidad humana [...]”.
- 2891 Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2010.
- 2892 En la misma sentencia se sostiene: “[...] En el caso que nos ocupa, la Sala no encuentra ningún reparo en la forma como el noticiero obtuvo y manejó la información, por cuanto se observa que el medio de comunicación está amparado por la cláusula del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, norma básica para la protección del ejercicio del derecho a la libertad de información y de prensa que tiene todo medio de esta naturaleza, y todo periodista, según los postulados del Estado Democrático de Derecho”.
- 2893 La reserva debe existir siempre que se aplique estrictamente. Es una realidad que en nuestro tiempo las investigaciones fracasan por la imprudencia de los organismos de investigación que dan a conocer los resultados a los medios de comunicación. La opinión pública emite juicios de valor con base en la información que aparece en los medios de comunicación masivos; cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1992.
- 2894 Se agrega en la sentencia: “[...] Con fundamento en lo anterior, se observa claramente que se encuentra acreditada la falla en el servicio por el indebido manejo de la información por parte de las entidades demandadas que permite imputar fáctica y jurídicamente la responsabilidad por el daño antijurídico ocasionado a los demandantes, por cuanto las mismas no cumplieron con sus deberes contenidos en las disposiciones legales y reglamentarias, vulneraron las normas constitucionales y supraconstitucionales de protección de los derechos al buen nombre y a la honra de los demandantes, máxime si se trata del ejercicio de investigar la presencia de personas en la comisión de actividades reprochables para el sistema penal colombiano. Dicha falla en el servicio, se agrega, se concreta en el incumplimiento e indebido manejo de la información, ya que las entidades demandadas debían atender a los deberes positivos en los que se consagraban las condiciones mínimas de la recolección, evaluación, análisis y divulgación de la información, como es la identificación plena de los sujetos activos, sus datos personales, sus actividades, antecedentes, etc., lo que no se dio eficazmente en el presente caso, dado que si se maneja indebidamente la información y se difunde, o se dan a conocer al público a través de un medio de comunicación, noticias incompletas, parcializadas, inciertas, etc., se genera un menoscabo en los derechos personalísimos de quienes por un desacierto en la información, son sindicados por la opinión pública”.
- 2895 Respecto de la importancia de fundar medios para una sociedad democrática la Corte Constitucional ha sostenido que “... la Carta protege también de manera preferente la posibilidad de fundar medios masivos de comunicación, tradicionalmente conocida como libertad de prensa, la cual goza también de una especial protección del Estado, pues también es una condición estructural de funcionamiento de la democracia y del Estado de derecho. *En efecto, sólo con una prensa libre, pluralista e independiente, puede desarrollarse un debate democrático vigoroso y pueden los ciudadanos controlar los eventuales abusos de los gobernantes*” (cursiva fuera de texto); cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000.
- 2896 De acuerdo con el artículo 75 de la Constitución Política, “El espectro electromagnético es un bien público inenajenable (*sic*) e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. // Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”; al respecto, la Corte Constitucional ha precisado: “Corresponde, entonces, al legislador y a la Comisión Nacional de Televisión administrar de tal manera el uso de un bien público, con calidad de escaso, que asegure verdaderamente –al Estado como a los particulares– la posibilidad de acceder a su utilización, en condiciones que garanticen los principios de competencia y pluralismo consagrados expresamente por el Constituyente”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-445 de 1997.
- 2897 Este ha sido uno de los puntos abordados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General n.º 34 respecto del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; al respecto ha dicho el Comité que “Los Estados partes no deben imponer regímenes de licencia y derechos onerosos a los medios de la radiodifusión y la televisión, incluidas las emisoras comunitarias y comerciales. Los criterios para la aplicación de esos regímenes o el cobro de esas licencias deben ser razonables y objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios, y cumplir por todos los demás conceptos lo dispuesto en el Pacto”; cfr. Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General n.º 34, cit., p. 9.
- 2898 “El Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo”; cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel c. Argentina, Sentencia del 2 de mayo de 2008.
- 2899 “El Estado no debe ejercer un control monopolístico sobre los medios de comunicación sino que ha de promover la pluralidad de estos, por consiguiente, los Estados partes deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para impedir un excesivo predominio o concentración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones”: Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General n.º 34, cit., p. 9.
- 2900 La veracidad corresponde, en estricto sentido, a la existencia o no de las circunstancias fácticas que constituyen la base de una información. En ese sentido, está prohibido, en virtud de este deber, la difusión de informaciones que sean falsas o inexactas. Por tanto, no están cubiertas dentro de la exigencia de veracidad las opiniones. En suma, en la base de ese criterio está la diferencia entre los hechos y las opiniones. Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto: “La peculiar presentación de la información –mezcla de hechos y opiniones– entraña inexactitud si al público en general no le es posible distinguir entre lo realmente sucedido y las valoraciones o reacciones emocionales que los hechos acaecidos suscitan en el intérprete y comunicador de la información. *Los actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho pueden desembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero*” (cursiva fuera de texto); cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 1993.
- 2901 La imparcialidad comprende el deber de considerar y ponderar las diversas posturas al momento del análisis informativo o de la emisión de opiniones. Comoquiera que la Corte Interamericana ha dejado en claro que “las opiniones no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas”: Sentencia del 20 de noviembre de 2009, caso Usón Ramírez c. Venezuela, entre otras), lo que se impone a los medios de comunicación es actuar con “equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de la información”: Sentencia del 2 de mayo de 2008, caso Kimel c. Argentina; mientras que la Corte Constitucional ha precisado que “el constituyente [...] optó por vincular la exigencia de imparcialidad de la información al derecho del público a formarse libremente una opinión, esto es, a no recibir una versión unilateral, acabada y ‘pre-valorada’ de los hechos que le impida deliberar y tomar posición a partir de puntos de vista contrarios, expuestos objetivamente”; cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 1993.

- 2902 Corte Constitucional. Sentencias T-403 y T-530 de 1992; C-640 de 2010 y C-540 de 2012.
- 2903 En todo caso, se impone el deber a los medios de precisar en qué momento se está emitiendo una información y cuándo se trata de opiniones o análisis. “En el caso de opiniones, se exige que sean diferenciadas de los hechos”: Corte Constitucional. Sentencia T-263 de 2010.
- 2904 De acuerdo con el artículo 20 de la Constitución Política.
- 2905 Según el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 2906 Como lo establece el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 2907 La Constitución colombiana no establece expresamente restricciones o límites al ejercicio de la libertad de información; sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido como restricciones a la libertad de expresión el orden público y los derechos de los niños (cfr. Sents. C-033 de 1993; C-045 de 1996; T-235A de 2002; C-019 de 1993; T-293 de 1994; T-479 de 2003, y T-505 de 2000, entre otras); además, las referidas limitantes se encuentran establecidas a nivel positivo en el artículo 13 de la CADH y en el 19 del PIDCP, disposiciones jurídicas vinculantes para las autoridades colombianas.
- 2908 El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha considerado que las restricciones impuestas en el artículo 19 del Pacto “deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad”: Observación General n.º 34, cit., p. 5.
- 2909 De acuerdo con el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentado en el caso *Handyside c. Reino Unido*, donde señaló que “el adjetivo ‘necesario’ en el sentido del artículo 10.2 no es sinónimo de ‘indispensable’ [...] no tiene tampoco la flexibilidad de términos tales como ‘admisible’, ‘normal’ [...] ‘útil’ [...] ‘razonable’ [...] u ‘oportuno’. Por ello, no corresponde menos a las autoridades nacionales juzgar con carácter previo sobre la realidad de la necesidad social imperiosa que implica la noción de ‘necesidad’ en este contexto”; cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Handyside c. Reino Unido*, Sentencia del 7 de diciembre de 1979.
- 2910 En términos de COHEN la democracia deliberativa “... tiene su raíz en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la que la justificación de los términos y condiciones de la asociación se realiza por medio de la argumentación pública entre ciudadanos iguales. En dicho orden, los ciudadanos comparten un compromiso con la resolución de los problemas de elección colectiva mediante razonamiento público, y consideran que sus instituciones básicas son legítimas en tanto establecen el marco para la deliberación pública libre”; cfr. JOSHUA COHEN. “Deliberación y legitimidad democrática”, *Revista Cuaderno Gris*, época III, n.º 9, Universidad Autónoma de Madrid, 2007, pp. 127-145, especialmente p. 131. Acerca del concepto de democracia deliberativa la Corte Constitucional ha sostenido que ésta no solo tiene en cuenta “el querer y el interés general expresado mediante el sufragio, sino, fundamentalmente, la deliberación colectiva que antecede a dicha expresión, y, muy especialmente, los procedimientos que canalizan la discusión y el debate público. No es el voto en sí mismo lo que le confiere valor a la organización política, sino la forma en que se conforma la voluntad, a través del diálogo y la discusión colectiva”: Corte Constitucional. Sentencia C-105 de 2013.
- * Este capítulo fue revisado por la Doctora MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS.
- 2911 RAMÓN PARADA VÁZQUEZ. *Derecho administrativo*, t. III, *Bienes públicos. Derecho urbanístico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 320: ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ. *Instituciones de derecho urbanístico*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1992, p. 24: “... El derecho urbanístico es el conjunto de reglas a través de las cuales la administración, en nombre de la utilidad pública, y los titulares del derecho de propiedad, en nombre de la defensa de los intereses privados, deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vistas a la ordenación del territorio...”.
- 2912 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico*, cit., pp. 183 y ss.
- 2913 *Ibid.*, p. 11: “... Queda así planteada la necesidad de que el urbanismo sea una ordenación del territorio (urbano y no urbano) sobre la base de los ámbitos regionales (culturales, económicos, históricos y geográficos)...”; cfr. TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Manual de derecho urbanístico*, cit., p. 16. El concepto de lo *urbanístico*, sostiene este autor, resulta a todas luces confuso frente a las realidades de los fenómenos que pretende abarcar. Lo urbano se refiere a la ciudad, sin embargo la ciudad no es el objeto único del fenómeno urbano frente a los adelantos conceptuales y normativos de la actualidad. Desde el punto de vista de la naturaleza de las cosas y de la normatividad reciente, el objeto del urbanismo se ha reconducido a la problemática territorial, a las relaciones de la ciudad y del campo. En consecuencia, el urbanismo no puede ser otra cosa que un concepto englobador e integrador del hombre con el medio en el que se desenvuelve, y que hace de la tierra y el suelo su eje operativo; cfr. en la misma dirección LE CORBUSIER. *Principios de urbanismo*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 21. Frente a la realidad de la evolución social, y conforme a las visiones de contexto de la ciudad, el concepto de lo urbano va más allá de las simples consideraciones clásicas de ciudad: no es más un problema urbano en estricto sentido. El problema de lo urbano atañe a la región y al territorio en donde se ubica lo urbano. Al respecto destaca LE CORBUSIER que “... La ciudad no es más que una parte del conjunto económico, social y político que constituye la región...”. Bajo esas consideraciones se puede concluir que el derecho urbano es ante todo un derecho territorial, abandonándose con esa consideración la idea clásica de que el derecho urbanístico era básicamente un derecho de la urbe, de la ciudad, en estricto sentido; cfr. la visión clásica del concepto de urbanismo y derecho urbano, entre otros, en la obra de JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- 2914 LE CORBUSIER. *Principios de urbanismo*, cit., pp. 23 y 23: “... Yuxtapuestos a lo económico, a lo social y a lo político, los valores de orden psicológico y fisiológico ligados a la persona humana introducen en el debate preocupaciones de orden individual y de orden colectivo. La vida solamente se despliega en la medida en que concuerdan los dos principios contradictorios que rigen la personalidad humana: el individual y el colectivo...”.
- 2915 *Ibid.*, pp. 31.
- 2916 *Ibid.*, pp. 21 y 22. Los límites del urbanismo al marco territorial de la ciudad es arbitrario y artificial: “... La delimitación territorial administrativa de las ciudades fue arbitraria desde el principio o ha pasado a serlo posteriormente, cuando la aglomeración principal, a consecuencia de su crecimiento, ha llegado a alcanzar a otros municipios, englobándolos a continuación, dentro de sí misma. Esta delimitación artificial se opone a una buena administración del nuevo conjunto...”; los límites al territorio son paralizadores: “... Una aglomeración constituye el núcleo vital de una extensión geográfica cuyo límite está constituido únicamente por la zona de influencia de otra aglomeración...”. En esa dirección se propone, entonces, para el análisis del problema urbanístico, la remisión al territorio más que a la ciudad, para lo cual la geografía está llamada a desempeñar un papel determinante: “... No es posible emprender acción alguna si no se ajusta al destino armonioso de la región. El plan de la ciudad no es más que uno de los elementos de este todo que constituye el plan regional...”.
- 2917 Artículo 5.º Ley 388 de 1997.
- 2918 Ley 388 de 1997. “Artículo 1.º *Objetivos*. La presente Ley tiene por objetivos: 1. Armonizar y actualizar las disposiciones contenidas en la Ley 9.ª de 1989 con las

nuevas normas establecidas en la Constitución Política, la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, la Ley Orgánica de Áreas Metropolitanas y la Ley por la que se crea el Sistema Nacional Ambiental. 2. El establecimiento de los mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes. 3. Garantizar que la utilización del suelo por parte de sus propietarios se ajuste a la función social de la propiedad y permita hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y a los servicios públicos domiciliarios, y velar por la creación y la defensa del espacio público, así como por la protección del medio ambiente y la prevención de desastres. 4. Promover la armoniosa concurrencia de la Nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y las instancias y autoridades administrativas y de planificación, en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que prescriben al Estado el ordenamiento del territorio, para lograr el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes. 5. Facilitar la ejecución de actuaciones urbanas integrales, en las cuales confluyan en forma coordinada la iniciativa, la organización y la gestión municipales con la política urbana nacional, así como con los esfuerzos y recursos de las entidades encargadas del desarrollo de dicha política”.

2919 Ley 388 de 1997. “Artículo 6.º. *Objeto*. El ordenamiento del territorio municipal y distrital tiene por objeto complementar la planificación económica y social con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible, mediante: 1. La definición de las estrategias territoriales de uso, ocupación y manejo del suelo, en función de los objetivos económicos, sociales, urbanísticos y ambientales. 2. El diseño y adopción de los instrumentos y procedimientos de gestión y actuación que permitan ejecutar actuaciones urbanas integrales y articular las actuaciones sectoriales que afectan la estructura del territorio municipal o distrital. 3. La definición de los programas y proyectos que concreten estos propósitos. // El ordenamiento del territorio municipal y distrital se hará tomando en consideración las relaciones intermunicipales, metropolitanas y regionales; deberá atender las condiciones de diversidad étnica y cultural, reconociendo el pluralismo y el respeto a la diferencia; e incorporará instrumentos que permitan regular las dinámicas de transformación territorial de manera que se optimice la utilización de los recursos naturales y humanos para el logro de condiciones de vida dignas para la población actual y las generaciones futuras”.

2920 Constitución Política de Colombia. “Artículo 1.º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

2921 Artículo 2.º Constitución Política de Colombia.

2922 La protección del ambiente en la Constitución Política de Colombia de 1991 representa la consolidación de todo un sistema jurídico de protección que, previo a ella, ya se venía aplicando teniendo como premisa básica, por un lado, que el Estado puede crear instrumentos económicos como los incentivos y estímulos económicos “para fomentar programas e iniciativas encaminadas a la protección del medio ambiente” (art. 7.º Ley 23 de 1973), y por otro, que la preservación y manejo del ambiente es deber radicado tanto en cabeza del Estado, como de los sujetos privados, considerándose que los bienes comprendidos dentro del ambiente, así como los recursos naturales renovables son de utilidad pública e interés social, tal como se desprende del Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables). El “artículo L. 122-1 del Código Ambiental recoge la norma de la Ley 76-629 (que fue abrogada por la Ordenanza 2000-914, del 18 de septiembre de 2000, art. 5.12), establece que ‘los proyectos y trabajos de planificación que sean emprendidos por una colectividad pública o que necesiten de una autorización o de una decisión aprobatoria, así como los documentos de urbanismo, deberán respetar las preocupaciones ambientales. Los estudios previos a la realización de las obras o planificaciones que, por la importancia de sus dimensiones o de sus incidencias sobre el medio natural, puedan atentar contra este último, deberán comportar un estudio de impacto que permita apreciar tales consecuencias. Este estudio de impacto debe ser transmitido para su opinión a la autoridad administrativa del Estado competente en materia ambiental por la autoridad encargada de autorizar o de aprobar dichas obras o planificaciones’ (norma que, a su vez, fue objeto de modificación por el art. 1.º de la Ley 2005-1319, del 26 de octubre de 2005). En tanto que, el artículo L. 122-3 del mismo Código recoge las condiciones que debe reunir el estudio de impacto ambiental”. En la jurisprudencia cfr. Conseil d’État, 19 juin 1991, n.º 104827, M. GROSHENS (Rapporteur), Ministre d’Intérieur; cfr., así mismo, ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES. *La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública...*, cit., p. 269.

2923 Artículo 79 Constitución Política de Colombia.

2924 Artículo 80 *ibíd.*

2925 JEAN UNTERMAIER. *La conservation de la nature et le droit public*, Thèse de Doctorat, Université Lyon III, UER Faculté de Droit, 1972, cita n. 9, pp. 17-18 y 22.

2926 ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHÁVES. *La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública...*, cit.

2927 Artículo 82. Constitución Política de Colombia.

2928 Artículo 63, *Ibíd.*

2929 Artículo 72, *Ibíd.*

2930 Artículos 365 y ss., *Ibíd.*

2931 Artículo 49, *Ibíd.*

2932 Artículo 51, *Ibíd.*

2933 Artículo 58, *Ibíd.*

2934 Artículos 88 y 89. *Ibíd.*

2935 Leyes 388 de 1997; 9.ª de 1989; 810 de 2003, y Decreto 1469 de 2010.

2936 *Ídem.*

2937 El problema es que las “... nuevas tareas que asume la administración –ordenamiento del territorio, urbanismo, animación cultural, protección social, lucha contra las contaminaciones, búsqueda de la mejor “calidad de vida”– se acomodan mal a las estructuras y a los métodos tradicionales, cuyo carácter autoritario se aviene poco compatible con las nuevas actividades”. No obstante, los “problemas planteados por las transformaciones técnicas y científicas pueden difícilmente

resolverse por el libre juego de las iniciativas privadas, trátase de urbanismo, del ambiente, de la circulación”: JEAN RIVERO y JEAN WALINE. *Droit administratif*, cit., pp. 23, 25 y 28.

2938 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico. Instituciones básicas*, cit., pp. 78 y ss.

2939 Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993: “... Lo anterior ha permitido a la doctrina construir un núcleo esencial de la propiedad como situación activa de poder abarcadora de todas las posibles ventajas derivadas del libre goce y disposición del bien, elementos que, en los términos de la definición legal, integran genéricamente el concepto de propiedad y que, dada su abstracción e indeterminación, remiten a una entelequia metafísica –innata al hombre y anterior al Estado– que coloca al ordenamiento positivo ante la única alternativa de reconocerla o abjurar de la *libertad* y de la *persona*. La indeterminación de las facultades concretas que emanan de la situación de propiedad, en la práctica conduce a obtener la definición de su contenido sólo por la vía negativa, lo que equivale a decir que el propietario podrá hacer con su bien todo lo que no le esté expresamente prohibido por la ley. Es precisamente esta indeterminación, originada en la conformación de la *propiedad* como *libertad*, la que resulta protegida y reconocida por el derecho, cuyas determinaciones concretas no contribuyen a fijar el contenido de la propiedad sino sus límites, entendidos como restricciones externas y excepcionales provenientes de la esfera pública, por definición separada de la privada a la cual se atribuye la titularidad y gestión de los bienes...”.

2940 Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993: “... No se postula una función social que deba cumplir la propiedad; ni se ordena sacrificio alguno en aras de la comunidad. Simplemente, se introduce la regla del uso racional del derecho, con el objeto de dirimir los conflictos que se suscitan entre propietarios. Hasta aquí la propiedad sigue siendo un derecho potencialmente ilimitado. De admitirse que estas regulaciones tengan el carácter de límites a la propiedad, éstos son externos a la misma, y a lo sumo reducen el ámbito o esfera en cuyo interior el sujeto sigue actuando libremente con miras a la satisfacción de sus intereses y deseos, sin necesidad de asumir una cierta conducta o perseguir determinados objetivos, pues los límites, a diferencia de las obligaciones, se sitúan en la periferia del derecho...”.

2941 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 102 y ss.: “... lo cual es cierto, pero también lo es que, por mucho que la Constitución enfaticé el principio de legalidad y la ley, la definición global del Estado que formula en su inicial y decisivo artículo 1.1 es la de ‘Estado de derecho’ y no Estado legal (como también el preámbulo: el ‘imperio de la ley’ es un instrumento para ‘consolidar un Estado de derecho’). El término derecho resplandece aquí en todo su significado material y con el alcance constitucional más general y extenso. El verdadero fin de toda la construcción constitucional es así implantar el derecho [...] La idea de un Estado de derecho excede con mucho de esa técnica de gobierno puramente formal [...] Esa estructura puramente formal, si se limitase a remitir a las leyes, sean cualesquiera sus respectivos contenidos, la ordenación de la sociedad, no cubriría las explícitas exigencias constitucionales, que imponen un definido sistema material de valores. A este cambio de perspectiva es a lo que la doctrina alemana ha llamado expresivamente el paso de un Estado formal de derecho a un Estado material de derecho, o del derecho en su sentido material y no formal”.

2942 Ley 388 de 1997. “Artículo 38. *Reparto equitativo de cargas y beneficios*. En desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante las normas, los planes de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas que los desarrollen deberán establecer mecanismos que garanticen el reparto equitativo de las cargas y los beneficios derivados del ordenamiento urbano entre los respectivos afectados. Las unidades de actuación, la compensación y la transferencia de derechos de construcción y desarrollo, entre otros, son mecanismos que garantizan este propósito”.

2943 Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993.

2944 Ídem.

2945 Son acciones urbanísticas, entre otras: clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana; localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos; establecer la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas. Determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas. Determinar las zonas no urbanizables que presenten riesgos para la localización de asentamientos humanos, por amenazas naturales, o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda. Determinar las características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística, de conformidad con lo establecido en la presente ley. Calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social. Calificar y determinar terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria. Dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes. Expropiar los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley. Localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística. Identificar y caracterizar los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados. Determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas. Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio.

2946 Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001. “[...] La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado [...]”.

2947 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Derecho económico I*, Madrid, La Ley, 1988, p. 85.

2948 LUCIANO PAREJO ALFONSO. “Estudio preliminar”, en MAGDALENA CORREA HENAO. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008 p. 25.

2949 FRIEDRICH VON HAYEK. *Camino de servidumbre*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, p. 37.

2950 LUCIANO PAREJO ALFONSO. “Estudio preliminar”, cit., p. 28.

2951 Constitución Política de Colombia. “Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que

personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

- 2952 Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001: “La reforma constitucional de 1991 adoptó el modelo propio de una economía social de mercado e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, entre las cuales el de la libertad económica tiene un valor superior dentro del ordenamiento jurídico [...] De la anterior norma se puede inferir que la Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas. La libertad económica que, se encuentra reconocida y garantizada por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social, constituye uno de los fundamentos del Estado social de derecho. De esta manera, así como la libertad de empresa se orienta a permitir la posibilidad real del individuo de desarrollar actividades económicas que considera necesarias para la satisfacción de sus intereses, también, se autoriza al Estado para intervenir y crear las condiciones necesarias para que éstas se materialicen en armonía con los valores superiores previstos en la Carta”.
- 2953 Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997: “[...] la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores; la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas; la importancia de mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente”.
- 2954 Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997: “[...] La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados [...]”.
- 2955 Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992: “[...] La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social [...]”.
- 2956 Corte Constitucional. Sentencia T-533 de 1992. En la economía social de mercado “[...] existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas”.
- 2957 Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997: “[...] La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundan en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores [...]”.
- 2958 Ley 388 de 1997: “Artículo 9.º. *Plan de ordenamiento territorial*. El plan de ordenamiento territorial que los municipios y distritos deberán adoptar en aplicación de la presente ley, al cual se refiere el artículo 41 de la Ley 152 de 1994, es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal. Se define como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. Los planes de ordenamiento del territorio se denominarán: a) Planes de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los distritos y municipios con población superior a los 100.000 habitantes; b) Planes básicos de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población entre 30.000 y 100.000 habitantes; c) Esquemas de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población inferior a los 30.000 habitantes”.
- 2959 JUAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ. *El control del planeamiento urbanístico*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 39 a 54.
- 2960 JAVIER DELGADO BARRIO. *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 17 y 18.
- 2961 a. Clasificación del territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana. b. Localización y señalización de las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos; c. Establecimiento de la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definición de los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas; d. Determinación de los espacios libres para parques y áreas verdes públicas en proporción adecuada a las necesidades colectivas; e. Determinación de las zonas no urbanizables que presenten riesgos para la localización de asentamientos humanos por amenazas naturales o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda; f. Determinación de las características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística de conformidad con lo establecido en la ley; g. Calificación y localización de terrenos para la construcción de viviendas de interés social; h. Calificación y determinación de terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria; i. Dirección y realización de la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes; j. Expropiación de los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley; k. Localización de las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como de las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística; l. Identificación y caracterización de los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción para su protección y manejo adecuados; m. Determinación y reserva de terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas, y n. Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio.
- 2962 Ley 388 de 1997, “Artículo 10. *Determinantes de los planes de ordenamiento territorial*. En la elaboración y adopción de sus planes de ordenamiento territorial los municipios y distritos deberán tener en cuenta las siguientes determinantes, que constituyen normas de superior jerarquía, en sus propios ámbitos de competencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes: 1. Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales, así: a) Las directrices, normas y reglamentos expedidos en ejercicio de sus respectivas facultades legales, por las entidades del Sistema Nacional Ambiental, en los aspectos relacionados con el ordenamiento espacial del territorio, de acuerdo con la Ley 99 de 1993 y el Código

de Recursos Naturales, tales como las limitaciones derivadas del estatuto de zonificación de uso adecuado del territorio y las regulaciones nacionales sobre uso del suelo en lo concerniente exclusivamente a sus aspectos ambientales; b) Las regulaciones sobre conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, en las zonas marinas y costeras; las disposiciones producidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, en cuanto a la reserva, alindamiento, administración o sustracción de los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y parques naturales de carácter regional; las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas expedidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción; y las directrices y normas expedidas por las autoridades ambientales para la conservación de las áreas de especial importancia ecosistémica; c) Las disposiciones que reglamentan el uso y funcionamiento de las áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales y las reservas forestales nacionales; d) Las políticas, directrices y regulaciones sobre prevención de amenazas y riesgos naturales, el señalamiento y localización de las áreas de riesgo para asentamientos humanos, así como las estrategias de manejo de zonas expuestas a amenazas y riesgos naturales. 2. Las políticas, directrices y regulaciones sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, incluyendo el histórico, artístico y arquitectónico, de conformidad con la legislación correspondiente. 3. El señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamientos para sus áreas de influencia. 4. Los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a hechos metropolitanos, así como las normas generales que establezcan los objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 128 de 1994 y la presente ley”.

2963 TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Manual de derecho urbanístico*, cit., p. 218.

2964 MARÍA NIEVES DE LA SERNA BILBAO. “Las licencias urbanísticas y otras técnicas de control”, en LUCIANO PAREJO ALFONSO (coord.). *Derecho urbanístico de Castilla-La Mancha*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 417.

2965 RAMÓN PARADA VÁZQUEZ. *Derecho administrativo*, t. III, cit., p. 590: “... La licencia urbanística es un acto de autorización que remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio se ajusta al ordenamiento y a las prescripciones establecidas en los Planes. El derecho a edificar no se concede, pues, por la licencia ni deriva directamente del derecho de propiedad [...] se adquiere con el llamado derecho al aprovechamiento urbanístico a partir del momento en que se cumplen en plazo los deberes legales. Cosa distinta es que ese derecho al aprovechamiento urbanístico no pueda ser actuado sino a partir del otorgamiento de la licencia...”.

2966 RAMÓN PARADA VÁZQUEZ. *Derecho administrativo*, t. III, cit., p. 590: “... Pero el dato fundamental de la licencia urbanística que la jurisprudencia ha destacado una y otra vez es su carácter reglado, no discrecional. Por ello las normas y los planes invocados para otorgar o negar la licencia han de ser los vigentes y publicados cuando se otorga o deniega, no siendo lícita ‘una denegación de la licencia amparándose en una ordenación futura que precisamente por futura no es todavía un mandato jurídico dotado ya de eficacia social organizadora’ (STS del 2 de febrero de 1989 y otras muchas anteriores y posteriores, etc.). Es asimismo incompatible con ese carácter reglado someter el otorgamiento de la licencia a gravámenes del tipo de cesión de terrenos o de pago de indemnizaciones o contribuciones especiales (STS del 12 de marzo de 1973). Sí es posible, por el contrario, imponer una *conditio inris*, es decir, condiciones que –como dice la STS del 2 de febrero de 1989– hagan viable en Derecho el otorgamiento de una licencia ‘adaptando, completando o eliminando extremos de un proyecto no ajustado a la ordenación urbanística’...”.

2967 RAMÓN PARADA VÁZQUEZ. *Derecho administrativo*, t. III, cit., p. 590: “Es asimismo una autorización real porque sólo atiende al objeto sobre el que recae. Por eso, la licencia ni da ni quita derechos, limitándose a permitir a quien ya los tuviere su libre ejercicio. En principio, pues, para construir no es necesario justificar de forma absolutamente fehaciente la titularidad dominical de un derecho real sobre los terrenos a edificar, si bien es lícita la denegación de las licencias cuando resulte probado que los terrenos son de dominio público y no del particular que la solicita o existan dudas razonables sobre la titularidad privada de los mismos. De otro lado, la licencia se otorga con abstracción de las circunstancias personales del sujeto que la pide, de forma que un eventual cambio de las personas resulta del todo irrelevante en tanto que una modificación en las condiciones del terreno altera el planteamiento de la pretensión...”.

2968 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho urbanístico. Instituciones básicas*, cit., p. 486: “... En consecuencia, es claro que la licencia urbanística se encuadra en la categoría genérica de las limitaciones administrativas de derechos, y, concretamente, en el tipo de limitaciones que implican una prohibición general (de ejecutar un acto de edificación o uso del suelo sin licencia), pero relativa o con reserva de excepción a otorgar por la Administración (concesión de la licencia si el acto se ajusta a la ordenación urbanística). En definitiva, y sin perjuicio de la vaguedad del concepto y de la crisis actual de su formulación clásica, la licencia urbanística constituye uno de los supuestos más genuinos de aplicación de la técnica autorizatoria, entendida como remoción o alzamiento de una prohibición legal de ejercicio de un derecho subjetivo perfecto impuesta por la necesidad de contrastar previamente que dicho ejercicio se atiene a los límites que configuran el propio derecho según la ordenación urbanística...”.

2969 *Ibid.*, p. 486. “... Incide no sobre el contenido del derecho a la edificación o uso del suelo de que se trate (eso ya sabemos que es lo propio del Plan), sino sobre el ejercicio de dicho derecho. Lo que queda sujeto a licencia es, en efecto, el acto de edificación o uso del suelo; acto que conceptualmente sólo puede intentar realizarse con base y a partir del estatuto del derecho de propiedad definido por la previa ordenación urbanística y una vez cumplidos, en su caso, los requisitos por ésta exigidos (urbanización, justa distribución de beneficios y cargas a través de la reparcelación o de la compensación, en suelo urbano y urbanizable; aprobación específica en suelo no urbanizable normal) para la actuación del aprovechamiento por ella asignado...”.

2970 LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Ob.cit.*, p. 486: “... Tiene por objeto controlar que el acto que se pretende ejercer está de acuerdo con la ordenación urbanística aplicable, es decir, consiste en un control de licitud, de respeto por dicho acto de los límites fijados (en el caso típico, al *ius aedificandi*) por aquella ordenación...”.

* Este capítulo fue revisado por MARÍA JULIANA SANTAELLA CUBEROS, teniendo como base el documento elaborado conjuntamente con ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHÁVES, docente e investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia como parte de la línea de investigación en derecho administrativo y protección del ambiente que tiene como director al profesor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA en la Universidad Externado de Colombia. Se trata del avance de investigación que se presenta al III Seminario Internacional de Derecho Administrativo Sancionador Ambiental, organizado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización –OEFA–, Lima, mayo de 2015.

2971 ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHÁVES. *La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública...*, cit., p. 464.

2972 WILLIAM J. BAUMOL y WALLACE E. OATES. *The Theory of Environmental Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988; ERNESTO SÁNCHEZ TRIANA. “Mecanismos financieros e instrumentos económicos para la gestión ambiental en Colombia”, en MIGUEL RODRÍGUEZ (ed.). *La política ambiental de fin de siglo*, Bogotá, CEREC, 1995.

- 2973 Decreto 2811 de 1974. “Artículo 1.º. *El ambiente es patrimonio común*. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social”.
- 2974 TOMÁS J. LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN et ál. “La reforma fiscal ecológica en la Unión Europea: Antecedentes, experiencias y propuestas”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 8, n.º 15, segundo semestre de 2006, p. 325: “[...] El uso de instrumentos económicos para proteger el entorno natural es un medio para resolver los problemas ecológicos en general y la contaminación atmosférica en particular (CARLOS MIGUEL HERRERA, 2000, p. 45). Los tributos ambientales son útiles para internalizar los efectos externos del consumo de bienes nocivos o del uso de insumos contaminantes en los procesos industriales”.
- 2975 FRÉDÉRIC DE MARTENS. *Tratado de derecho internacional*, Madrid, La España Moderna, 1890, pp. 15, 16, 17 y 26: “[...] las naciones contemporáneas juzgan necesario también establecer un determinado orden regido por el Derecho, en lo que toca á sus intereses morales. Desde el punto de vista de la propiedad literaria y artística, casi todas las naciones del Occidente de Europa forman actualmente una sola sociedad internacional en que cada hombre de letras, cada sabio, cada artista goza en igual grado, cuando sus derechos de propiedad son lesionados, de la protección de las leyes. Del mismo modo están asegurados por medidas internacionales los intereses de la justicia, comunes á todos los pueblos civilizados. Dado el actual desarrollo de las comunicaciones, es fácil que los criminales, por medio de huida, escapen á las persecuciones, ocultándose más allá de las fronteras. Para atender á este estado de cosas, celebran los gobiernos tratados de extradición regulando la manera de entregar los individuos que han cometido crímenes de Derecho común. La autoridad de las leyes civiles y comerciales ya no conoce fronteras. En virtud de los tratados o de los principios de reciprocidad, las decisiones de los tribunales extranjeros son ejecutorias fuera de los límites de su jurisdicción [...] las actuales relaciones de los pueblos están determinadas, no solamente por costumbres, sino por actos formales y principios de Derecho; es decir, por una serie de reglas y de leyes que las potencias interesadas deben observar [...] A pesar de la diversidad de instituciones políticas y de leyes en las naciones modernas, su legislación y su Derecho tienen el mismo origen: la idea del Derecho y de la justicia que existe en el fondo del alma humana”.
- 2976 FERNANDO DE LOS RÍOS. “Prólogo”, en GEORG JELLINEK. *Teoría general del Estado*, FERNANDO DE LOS RÍOS (trad.), Buenos Aires, Albatros, 1954, pp. XXI y XXII: “Para GIERKE, hay dos fuerzas espirituales en la Humanidad, de las que brotan el Estado y el Derecho: la una hace que vaya sedimentándose lo que de la voluntad general nace: de aquí surge el Estado; la otra es el fluir exterior de la conciencia general y constituye el Derecho. La vida del Estado y la del Derecho son dos aspectos específicamente distintos de la vida en común: la primera se manifiesta en el logro, en la realización de fines comunes apetecidos, y culmina, en una palabra, en el hecho político; la vida del Derecho, en trazar la esfera de acción de las voluntades obligadas. Así como el Poder es un supuesto del Estado, al punto de que no hay Estado sin medios de Poder, es éste, en cambio, indiferente para el Derecho; ‘la esencia de éste consiste en afirmar y limitar el dominio exterior de la voluntad dentro de la Comunidad Humana’ (GIERKE). A pesar de las diferencias existentes entre ambos, necesitan uno de otro. Todo Estado sano trata de fundar su poder en el Derecho; y de aquí nacen deberes jurídicos del Estado. Por su parte, el Derecho, para lograr su objetivo de ordenación de la vida humana, ha menester de la ayuda poderosa del Estado, sin cuya protección no puede alcanzar plenamente su fin. Los problemas de Estado y Derecho no son idénticos; ni los del Estado quedan agotados con la protección del Derecho, ni los de éste en la ordenación de la vida de aquél. Hay, pues, una parte esencial del problema del Estado que queda dentro del problema del Derecho: la producción y protección del mismo; y viceversa, una del Derecho que queda incluida dentro del problema del Estado: ordenar su vida, penetrar en su interior. El Estado de Derecho (*Rechtsstat*) no es una noción que pueda satisfacer las exigencias actuales, según GIERKE, el Estado moderno ha de ser Estado de Cultura (*Kulturstaat*); es decir, ha de impulsar la realización de la Comunidad humana en todos sus aspectos”.
- 2977 BRIAN Z. TAMAHANA. *En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría*, ALBERTO SUPELANO (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 267: “Se está estableciendo entonces la infraestructura del derecho global. La regulación internacional o regional está abordando una creciente multitud de temas. La mayoría de los Estados cumple la mayoría de las regulaciones la mayoría (*sic*) la mayoría de las veces. Y se está creando un conjunto de cortes y tribunales como foros de estos regímenes legales. Esta constante construcción de fundamentos ocurre en el derecho público internacional (leyes referidas a las relaciones entre Estados, y derechos humanos) y en el derecho privado internacional (leyes referidas a las relaciones entre partes privadas de naciones diferentes, principalmente comerciales). Las fuentes y formas principales de elaboración del derecho son los acuerdos multilaterales y bilaterales (tratados), las costumbres internacionales, los principios generales compartidos, las normas y regulaciones expedidas por organismos internacionales (agencias o tribunales), las decisiones de las cortes internacionales, los contratos y códigos modelo, los términos estándar ampliamente utilizados en acuerdos privados y la elaboración coordinada de la ley en el nivel nacional, *la cual incluye la convergencia o armonización planeada entre órdenes legales nacionales y transnacionales*” (cursiva fuera de texto).
- 2978 Cfr. Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, Bruselas, 29 de noviembre de 1969. Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos, Bruselas, 18 de diciembre de 1971.
- 2979 WALTER V. REID et ál. “Un informe de la evaluación de los ecosistemas del milenio”, *Final Draft, Embargoed until 30 march 2005*, p. 5. Disponible en [<http://www.millenniumassessment.org>].
- 2980 Ídem.
- 2981 ANDRÉS M. VARGAS y MAURO A. REYES BONILLA. “Instrumentos económicos para el manejo y conservación de áreas naturales”, *Observatorio Grupo de Estudios en Economía Política y Medio Ambiente*, n.º 4, Universidad Sergio Arboleda, junio-septiembre de 2010, pp. 6 y 7.
- 2982 MARY GÓMEZ TORRES. “Política fiscal para la gestión ambiental en Colombia”, en *XV Seminario Regional de Política Fiscal, Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–*, Santiago de Chile, enero de 2003.
- 2983 Ídem.
- 2984 Departamento Nacional de Planeación. *Estrategia para la consolidación del Plan Nacional de Desarrollo Forestal –PNDF–*, Documento Conpes, Bogotá, 27 de junio de 2001.
- 2985 Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012, exp. 20611.
- 2986 Reglamentado por los artículos 9.º a 12 del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994; cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012, exp. 20611.
- 2987 “Cuando la densidad sea inferior a esta cifra, sin que sea menor a cincuenta árboles por hectárea, el valor se determinará proporcional por árbol”.
- 2988 “[...] Parágrafo 2.º. Para efectos de la presente Ley, aquellas especies introducidas que tengan probada su capacidad de poblar y conservar suelos y de regular aguas podrán ser clasificadas como autóctonas”.
- 2989 La delimitación de los suelos de aptitud forestal, la determinación de las especies aptas para proyectos de reforestación y la calificación de las especies

introducidas como autóctonas se reglamentan por los artículos 24 a 27 del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994.

- 2990 Reglamentado por el artículo 3.º del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994: “*Determinación de los costos del Proyecto de Reforestación y cuantía del CIF*. Para efectos de la determinación de la cuantía del Incentivo Forestal, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural determinará mediante resolución, a más tardar el 31 de octubre de cada año y para el año inmediatamente siguiente, el valor promedio de costos totales netos de establecimiento y mantenimiento de cada hectárea de plantación y de mantenimiento de hectárea de bosque natural. Corresponde también al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural establecer, mediante resolución, la cuantía máxima porcentual que se reconocerá por concepto de certificado de incentivo forestal sobre los costos de establecimiento y mantenimiento de la plantación, con base en la propuesta que formule el Consejo Directivo de Incentivo Forestal”.
- 2991 Según el parágrafo 1.º del artículo 4.º, para la fijación del incentivo por árbol se “podrá tener en cuenta diferencias de carácter regional, así como la asesoría por parte de las empresas y agrupaciones del sector forestal nacional”; cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, exp. 5598.
- 2992 “Cuando el Ministerio no señale tales valores en la fecha indicada, regirán los establecidos para el año inmediatamente anterior, incrementados en un porcentaje equivalente al incremento del índice de precios al productor durante el respectivo período anual”.
- 2993 El contenido de los Planes de Establecimiento y Manejo Forestal está fijado por el artículo 20 del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994 en los siguientes términos: “El Plan de Establecimiento y Manejo Forestal contendrá, como mínimo, la siguiente información: a) Individualización del inmueble sobre el cual se va a adelantar el proyecto, indicando su ubicación, su alinderación y extensión; b) Cuando el peticionario obre como arrendatario, deberá aportar el contrato de arrendamiento correspondiente; c) Uso anterior del terreno, comprobando que los terrenos en los cuales se harán nuevas plantaciones, no están cubiertos con bosques naturales o vegetación nativa que cumpla funciones protectoras, ni lo han estado en los últimos 5 años bajo las anteriores modalidades de uso; d) Condiciones bio-físicas del predio, haciendo mención de las características generales de la región, morfología y calidad de los suelos, condiciones meteorológicas e hídricas, uso actual del predio, aspectos faunísticos y botánicos de interés y zonas de bosque natural; e) Características del proyecto, detallando el programa de cultivo y desarrollo de la plantación, especies forestales a utilizar, forma y condiciones de laboreo, sistemas de mantenimiento, protección y recuperación de la plantación. También deberá establecerse el programa de aprovechamiento del bosque, plan de cosecha y de reposición del recurso. f) Cronograma de actividades de siembra, mantenimiento y aprovechamiento del bosque y fechas previstas para el reconocimiento de los valores del CIF; g) Programación financiera, con el cálculo de los costos que demande el proyecto, fuentes de financiación, si las hubiese y programa de flujo de fondos”.
- 2994 Según el artículo 5.2, “entendiendo por tales las áreas que determine para el efecto la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, quien podrá tomar como base el mapa indicativo de zonificación de áreas forestales elaborado por el Instituto Agustín Codazzi, IGAC”.
- 2995 De acuerdo con el artículo 5.4 cuando “se trate de un arrendatario, el contrato respectivo debe incluir como objeto del mismo, el desarrollo del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal que debe someterse a aprobación, y su término deberá ser igual al necesario para el cumplimiento del Plan. Una vez otorgado el Certificado de Incentivo Forestal, el término del contrato de arrendamiento no podrá rescindir por la persona o personas que sucedan, a cualquier título, al propietario que lo haya celebrado”. Adicionalmente, el artículo 28 del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994 establece que el “contrato de arrendamiento de inmuebles para adelantar un proyecto de reforestación sólo podrá celebrarse con el propietario inscrito del predio y se hará constar en documento auténtico”.
- 2996 Reglamentado por los artículos 14 y 15 del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994.
- 2997 El artículo 5.6 establece que en el contrato, “además de las obligaciones de cumplimiento del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, se pactarán las multas y otras sanciones pecuniarias que se podrán imponer al beneficiario en caso de incumplimiento parcial o total de sus obligaciones contractuales y las garantías que se consideren indispensables, sin perjuicio de las demás cláusulas obligatorias o facultativas previstas en el Decreto 222 de 1983 o en las disposiciones legales que los sustituyan, modifiquen o reformen. Se pactará en el contrato que, como consecuencia del incumplimiento del mismo declarada por la entidad respectiva, se podrá exigir el reembolso total o parcial, según sea el caso, de las sumas recibidas con fundamento en el certificado otorgado”. La norma anterior fue reglamentada por el artículo 16 del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994 en los siguientes términos: “El ejecutor de un proyecto de reforestación declarado elegible deberá suscribir y perfeccionar el contrato de ejecución del proyecto de reforestación, dentro de los plazos establecidos en el artículo precedente y la entidad encargada del manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente competente otorgará el certificado de incentivo forestal. El otorgamiento se hará mediante la entrega al beneficiario de un documento o certificado mediante el cual se reconoce el derecho al Incentivo, conforme con lo estipulado en el artículo 3.º de la Ley 139 de 1994. El documento en el que conste el otorgamiento del Incentivo se expedirá por triplicado y deberá ser diseñado de modo que el valor de los pagos correspondientes a cada año pueda independizarse para efectos de su cobro”. En cuanto al contrato de ejecución del proyecto de reforestación y su contenido, cfr. los artículos 22 y 23 del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994.
- 2998 Para el seguimiento, evaluación y control las autoridades ambientales competentes “diseñarán y establecerán un plan mínimo de visita a los proyectos” (art. 29 Dcto. 1824 del 3 de agosto de 1994).
- 2999 El parágrafo del artículo 6.º consagra: “Anualmente el Conpes fijará la distribución de los recursos disponibles, garantizando porcentualmente la adecuada participación del pequeño reforestador en dicha asignación. Entiéndese como pequeño reforestador aquel que desarrolle un proyecto de establecimiento y manejo forestal en un área hasta de 500 hectáreas”.
- 3000 El artículo 31 del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994 establece que las sumas recaudadas “por concepto de sanciones e indemnizaciones causadas por el incumplimiento del contrato de ejecución del proyecto de reforestación”, deben depositarse en el Fondo de Incentivo Forestal.
- 3001 Reglamentado por el artículo 7.º del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994.
- 3002 El artículo 32 del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994 fija la incompatibilidad de incentivos forestales en los siguientes términos: “En ningún caso podrán beneficiarse del certificado de incentivo forestal quienes hayan recibido o pretendan recibir un incentivo establecido por entidades públicas o privadas para el mismo proyecto de reforestación objeto del CIF. Cuando se demuestre que un beneficiario del certificado de incentivo forestal, ha recibido otros incentivos para la misma plantación, la entidad encargada del manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente dará por terminado el contrato de ejecución del proyecto de reforestación y repetirá contra el beneficiario del certificado de incentivo forestal por las sumas pagadas, como si se tratase de un incumplimiento del contrato imputable al titular del proyecto”. Sin perjuicio de lo anterior, el parágrafo del mismo artículo establece que el beneficiario de un proyecto de reforestación puede al mismo tiempo percibir créditos e incentivos consagrados en la Ley 101 de 1993, esto es, aquellos destinados a la infraestructura accesoria a la reforestación y no a actividades propias de establecimiento y manejo de la plantación.
- 3003 Según el artículo 30 del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994, cuando los beneficiarios del certificado de incentivo forestal invoquen “pérdidas de la plantación por motivos de fuerza mayor o caso fortuito que afecte la plantación”, las autoridades ambientales competentes deben comprobarlas y certificarlas, para poder acceder nuevamente al otorgamiento del certificado de incentivo forestal.

- 3004 De acuerdo con los artículos 18 y 19 del Decreto 1824 del 3 de agosto de 1994 se fijaron los requisitos previos y el procedimiento para el pago del incentivo: “Artículo 18. *Requisitos previos al pago del incentivo*. Para el cobro del incentivo, el beneficiario deberá demostrar a la entidad encargada del manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente que ha cumplido todas las condiciones del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, para lo cual la entidad realizará una visita al predio. Los costos de la visita serán de cargo del beneficiario. Artículo 19. *Pago del Incentivo*. Una vez la entidad encargada del manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente haya comprobado el cumplimiento por parte del beneficiario, comunicará a Finagro dicha circunstancia y le indicará el monto del valor a pagar, a fin de que este proceda a trasladar al Intermediario financiero seleccionado, los recursos del Incentivo Forestal en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles. Para debitar el certificado será necesaria la presentación por parte del beneficiario del certificado ante el intermediario financiero seleccionado. Del pago del incentivo se dejarán las correspondientes constancias en el certificado”.
- 3005 Política que fue reglamentada por el Decreto 1498 del 7 de mayo de 2008, con las siguientes condiciones: (1) se definió el cultivo forestal con fines comerciales como aquel “de especímenes arbóreos de cualquier tamaño originado con la intervención directa del hombre con fines comerciales y que está en condiciones de producir madera y subproductos. Se asimilan a cultivos forestales con fines comerciales, las plantaciones forestales productoras de carácter industrial o comercial a que se refiere el Decreto 1791 de 1996”; (2) como obligación se establece que cuando “una plantación forestal protectora-productora se establezca en el marco del Certificado de Incentivo forestal” se debe registrar ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, o la entidad que se encuentre delegada (parág. 4, art. 3.º), y (3) el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe registrar las plantaciones establecidas en el marco del Certificado de Incentivo Forestal (inc. 4.º art. 4.º). La norma anterior fue derogada por el artículo 19 del Decreto Nacional 2803 del 4 de agosto de 2010 (norma que reglamenta el registro de cultivos forestales y sistemas agroforestales con fines comerciales, de plantaciones protectoras-productoras y la movilización de productos forestales de transformación primaria). Con esta última norma (1) se mantiene la obligación de registrar ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural las plantaciones forestales con fines comerciales dentro del marco del Certificado de Incentivo Forestal (art. 4.º), y (2) dicho Certificado se debe portar para movilizar los productos forestales de transformación primaria provenientes de las plantaciones forestales con fines comerciales (art. 11).
- 3006 “Artículo 6.º. *Fondo de Incentivo Forestal*. Créase el Fondo de Incentivo Forestal como un sistema de manejo de cuentas, administrado por Finagro, en forma directa o a través de un contrato de fiducia, cuyos recursos serán destinados a atender el pago de las obligaciones generadas por el otorgamiento del incentivo Forestal según las disposiciones de la Ley 139 de 1994”.
- 3007 Definido como el “sistema ecológico poco o nada afectado por el hombre, compuesto predominantemente por vegetación arbórea y elementos bióticos y abióticos del medio ambiente que se influyen mutuamente” (art. 2.º).
- 3008 “[...] siempre y cuando hayan sido titulados antes de la declaratoria del área como parque y cuyos propietarios no estén ejecutando acciones contraviniendo las disposiciones establecidas en las normas vigentes para la administración y manejo de dichas áreas”.
- 3009 Ministerio de Medio Ambiente. “Política Nacional de Producción más Limpia”, agosto de 1997, p. 19: “[...] En la práctica la aplicación del concepto de *producción más limpia*, tanto en los sistemas actuales de producción como en los productos y servicios, no significa una “sustitución en sentido estricto por otros diferentes”, sino “mejorarlos continuamente”, bajo el entendido de que las nuevas tecnologías serán más limpias. De aquí, que *producción limpia* se perfila como la meta que será alcanzada con las nuevas inversiones, en tanto que la búsqueda sistemática del mejoramiento continuo corresponde al concepto de *producción más limpia*, que obedece a un proceso dinámico y sistemático, el cual no se aplica una vez, sino permanentemente, en cada una de las fases del ciclo de vida. En este contexto, la *tecnología más limpia* es sólo un elemento integral, pero parcial, dentro del concepto de producción más limpia, ya que éste incluye otros elementos como *las actitudes y prácticas gerenciales de mejoramiento continuo de la gestión ambiental*”.
- 3010 Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Viceministerio de Ambiente. Dirección de Desarrollo Sectorial Sostenible. *Política de prevención y control de la contaminación del aire*, 2010.
- 3011 Ídem.
- 3012 Corte Constitucional. Sentencia C-495 de 1996: “Se ha utilizado el mecanismo económico de la tasa con el fin de transmitir un costo a quienes se benefician de una u otra manera con la utilización de los recursos naturales, con lo cual se están financiando las medidas correctivas necesarias para sanear los efectos nocivos de los ecosistemas y a través de la misma, la ley ha adoptado un sistema económico de ingresos con destino a las Corporaciones Autónomas Regionales. La Carta ordena destinar tributos a las entidades encargadas del manejo y conservación de medio ambiente y de los recursos naturales renovables, como quiera que al poder público le corresponde planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, en consecuencia, resulta claro que las Corporaciones Autónomas Regionales deben contar con los recursos suficientes para cumplir con los cometidos constitucionales y legales de conservación del medio ambiente”.
- 3013 Corte Constitucional. Sentencia C-495 de 1996: “[...] En la tasa retributiva se está retribuyendo el servicio de remoción de la contaminación producida por el sujeto pasivo, pues la conexión lógica entre el hecho gravado y la función de las autoridades públicas, constituidas como es sujeto activo de esta contribución, las Corporaciones Autónomas Regionales, ya que están orientadas constitucionalmente hacia la protección y el mantenimiento del medio ambiente”.
- 3014 Corte Constitucional. Sentencia C-495 de 1996: “[...] Las contribuciones previstas en los artículos 42 y 43 de la Ley 99 de 1993, tienen el carácter de tasas nacionales con destinación específica, pues tales contribuciones procuran la recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación por parte de las autoridades ambientales de los servicios”; cfr. también Corte Constitucional. Sentencia C-1063 de 2003.
- 3015 Corte Constitucional. Sentencia C-495 de 1996: “[...] Las tasas compensatorias constituyen mecanismos de financiamiento de algunos servicios públicos específicos de carácter administrativo sobre el medio ambiente. En consecuencia, nos encontramos ante verdaderas tasas por la prestación de un servicio público específico”.
- 3016 AÍDA JAQUELIN RODRÍGUEZ CAMARGO. “Fundamentos para el uso de instrumentos fiscales en la política ambiental: una aproximación al caso colombiano”, Oficina de Estudios Económicos, DIAN, octubre de 2008, p. 53. Documento Web 033 disponible en [http://www.dian.gov.co/descargas/Servicios/OEE-Documentos/Cuadernos/Cuaderno_de_trabajo_033.pdf]: “Consiste en un porcentaje del impuesto predial cobrado por los municipios y que se transfiere a las corporaciones de acuerdo con un contrato pactado entre cada corporación y cada municipio de su jurisdicción. Uno de los problemas detectados con la sobretasa es que replica la estructura impositiva de los territorios favoreciendo las zonas de mayor densidad poblacional y crecimiento económico, por lo cual las zonas de mayores recursos naturales como la Amazonía, Chocó y Guajira que tienen menor densidad poblacional reciben pocos recursos por éste concepto. El mecanismo de la sobretasa tiene también dificultades administrativas relevantes. En primer término existen municipios con dificultades fiscales que no realizan las transferencias que debieron realizar y acumulan montos importantes de deuda con las corporaciones, como estrategias se declaran en quiebra o se niegan a pagar, como también generan presiones para la exoneración o disminución del porcentaje establecido. En materia económica se cuestiona que siendo un porcentaje fijo del impuesto predial genere un incentivo perverso dado que el monto de la transferencia es independiente del impacto positivo o negativo de las actividades desarrolladas sobre el medio ambiente”.

- 3017 AIDA JAQUELIN RODRÍGUEZ CAMARGO. “Fundamentos para el uso de instrumentos fiscales en la política ambiental...”, cit.: “Contribución por el servicio de reducción del impacto o control de emisiones de sustancias tóxicas o contaminantes”.
- 3018 Corte Constitucional. Sentencia C-495 de 1996.
- 3019 Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2010: “[...] Debe tenerse en cuenta, además, que la misma Constitución defiere, de manera expresa, al legislador, la potestad para definir el contenido de las sanciones en materia ambiental, cuando le atribuye al Estado la responsabilidad de imponer las ‘sanciones legales’ a los responsables del deterioro ambiental (art. 80 CP) y que esas sanciones administrativas no son el único instrumento a través del cual puede obtenerse la protección del ambiente. De hecho, es posible señalar que la consecuencia más gravosa para quien cause daños al ambiente no es, necesariamente, la sanción, sino que de ordinario lo es la obligación, también prevista de manera expresa en el artículo 80 de la Constitución, de reparar el daño y los perjuicios, lo cual se tramita por vías distintas, que no están sujetas al término previsto en la norma demandada. En este sentido, cabe observar que el régimen sancionatorio en asuntos ambientales es independiente del que procede en materia de reparación del daño causado o de la indemnización a los afectados, que se rigen por estatutos propios que no se ven afectados por la posibilidad de aplicar o no las sanciones ambientales. De hecho, la propia ley en la que se inserta la disposición demandada es expresa en señalar que la imposición de las sanciones allí señaladas no exime al infractor de ejecutar las obras o acciones ordenadas por la autoridad ambiental competente, ni de restaurar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje afectados, y que las mismas se aplicarán sin perjuicio de las acciones civiles, penales y disciplinarias a que hubiere lugar”.
- 3020 Según el artículo 4.º, se “entiende por contaminación la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares”.
- 3021 El artículo 241 establece: “... siempre y cuando no sea reincidente, y de su acción u omisión no se derive perjuicio grave para los recursos naturales renovables, entendiéndose por tal aquel que no pueda subsanar el propio contravento”.
- 3022 “1. Multas sucesivas en las siguientes cuantías: a. Hasta cien mil pesos (\$100.000) cuando con motivo de la infracción han obtenido, comercializado o procesado individuos, especímenes o productos de la fauna silvestre. b. Hasta doscientos mil pesos (\$200.000) cuando la infracción se comete con motivo de la caza de control o de fomento o científica por personas naturales. c. Hasta trescientos mil pesos (\$300.000) cuando la infracción se comete con motivo de la caza deportiva ejercida por personas naturales o en ejercicio de licencia de establecimiento de zoológicos, cotos de caza, zoológicos o circos. d. Hasta quinientos mil pesos (\$500.000) cuando la infracción se comete por personas naturales o jurídicas en ejercicio de caza comercial, en el procesamiento, transformación, comercialización o por introducción, exportación o salida de individuos, especímenes o productos de la fauna silvestre, o en ejercicio de cualquier permiso de caza o licencia cuando el titular es persona jurídica” (art. 223).
- 3023 Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010: “[...] 7.10. La Corte considera que la presunción general establecida se acompaña con la Constitución toda vez que no exime al Estado de su presencia activa en el procedimiento sancionatorio ambiental a efectos de verificar los hechos u omisiones constitutivas de infracción a las normas ambientales. Las distintas etapas previstas en el procedimiento sancionatorio –Ley 1333 de 2009–, son una clara muestra de las garantías procesales que se le otorgan al presunto infractor –debido proceso–. Los párrafos demandados no establecen una “presunción de responsabilidad” sino de “culpa” o “dolo” del infractor ambiental. Quiere ello decir que las autoridades ambientales deben verificar la ocurrencia de la conducta, si es constitutiva de infracción ambiental o si se ha actuado al amparo de una causal de eximente de responsabilidad (art. 17 Ley 1333). Han de realizar todas aquellas actuaciones que estimen necesarias y pertinentes para determinar con certeza los hechos constitutivos de infracción y completar los elementos probatorios (art. 22 Ley 1333). No se pasa, entonces, inmediatamente a la sanción sin la comprobación del comportamiento reprochable. La presunción existe solamente en el ámbito de la culpa o el dolo, por lo que no excluye a la administración de los deberes establecidos en cuanto a la existencia de la infracción ambiental y no impide desvirtuarla por el mismo infractor a través de los medios probatorios legales. La presunción legal puede recaer sobre la violación de las normas ambientales y el daño al medio ambiente. Corresponde al presunto infractor probar que actuó en forma diligente o prudente y sin el ánimo de infringir las disposiciones generadoras de prohibiciones, condiciones y obligaciones ambientales, a pesar de las dificultades que en ciertos eventos pueda representar su demostración. Además, el artículo 8.º de la Ley 1333, establece los eximentes de responsabilidad, como son: ‘1. Los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, de conformidad con la definición de los mismos contenida en la Ley 95 de 1890. 2. El hecho de un tercero, sabotaje o acto terrorista’. De igual modo, el artículo 90, *ejusdem*, contempla las causales de cesación del procedimiento en materia ambiental: ‘1.º Muerte del investigado cuando es una persona natural. 2.º Inexistencia del hecho investigado. 3.º Que la conducta investigada no sea imputable al presunto infractor. 4.º Que la actividad esté legalmente amparada y/o autorizada’. Las sanciones, como se expuso inicialmente, se encuentran establecidas en el artículo 40 de la Ley 1333. Además, la decisión sancionatoria adoptada por la administración, está sujeta a control judicial por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 7.11. Todo lo anterior permite a la Corte afirmar que los párrafos acusados *mantienen una responsabilidad de carácter subjetiva*, conforme a unas características especiales, particularmente porque los elementos de la culpa y el dolo siguen presentes por disposición del legislador, además de otros factores que la diferencia de la responsabilidad objetiva, esto es, la presunción de culpabilidad por el sólo incumplimiento de la ley, y finalmente la existencia de otras causales que exculpan al presunto infractor. Es claro que si además la conducta investigada administrativamente constituye un delito, al corresponder al campo penal opera en toda su dimensión el principio de presunción de inocencia (art. 29 superior). La circunstancia de que en el artículo 8.º de la Ley 1333 de 2009 no aparezca establecido como causal eximente de responsabilidad la demostración de la ausencia de culpa o dolo, atiende a dos (2) factores: i) el que dicha disposición obedece, como su nombre lo indica, únicamente a las causales que exoneran de responsabilidad, esto es, apreciado el conjunto de elementos que determinan la incursión en la infracción ambiental para imponer la sanción, mientras que los párrafos cuestionados se limitan a presumir la culpa o el dolo como agentes determinantes de la responsabilidad; y ii) los mismos párrafos cuestionados instituyen la causal de exculpación al prever que el presunto infractor podrá desvirtuar la presunción de culpa o dolo con los medios probatorios legales. Como se ha expuesto, sólo excepcionalmente la responsabilidad objetiva ingresa en el ámbito del derecho administrativo sancionador, evento en el cual se requiere que así lo establezca expresamente el legislador. Figura que para la Corte no es la que encaja en el asunto que nos ocupa, aunque el mundo avance hacia nuevas formas y mecanismos de cautela y prevención en la protección del ambiente sano. 7.12. Conforme a lo anterior, la presunción general consagrada en las normas legales objetadas tiene un fin constitucionalmente válido como lo es la efectiva protección del ambiente sano para la conservación de la humanidad. Con ello se facilita la imposición de medidas de carácter cautelar o preventivo respecto a comportamientos en los cuales la prueba del elemento subjetivo resulta de difícil consecución para el Estado, máxime atendiendo el riesgo que representa el quehacer respecto al ambiente sano, que permite suponer una falta al deber de diligencia en las personas. Es idónea la medida al contribuir a un propósito legítimo –ya mencionado– y guardar relación con el fin perseguido, esto es, el establecimiento de la presunción de culpa y dolo y, por tanto, la inversión de la carga de la prueba, resulta adecuada a la salvaguarda de un bien particularmente importante como lo es el medio ambiente. También es necesaria al no avizorarse con el mismo grado de oportunidad y efectividad la existencia de otra medida que obtenga el fin perseguido y sea menos restrictiva de los derechos. En la medida que la presunción se establece solamente en el campo de la culpa o dolo, no excluye a la administración del deber de probar la existencia de la infracción ambiental en los términos dispuestos en la ley, ni tampoco impide que pueda desvirtuarse por el presunto infractor mediante los medios probatorios legales. Finalmente, se constata un equilibrio válido a la luz de la Constitución entre los beneficios obtenidos y los resultados que implica su aplicación, al permitir demostrar que se actuó sin culpa y dolo, además de las eximentes de responsabilidad y causales de cesación de procedimiento, bajo una serie de etapas que le garantizan el debido proceso administrativo”.
- 3024 Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2011: “[...] 8.8. La interpretación que hace la Corte acerca de las medidas compensatorias, a partir de las normas de la

Ley 1333 de 2009, coincide a su vez con el entendimiento que la doctrina especializada tiene de ellas, en el sentido de sostener que “[l]as medidas compensatorias en asuntos ambientales se han entendido como aquellas tareas que la administración asigna a quien genera un impacto ambiental con el fin de retribuir *in natura* por el efecto negativo generado”. 8.9. Teniendo en cuenta el objetivo que persiguen, las medidas compensatorias se inscriben, entonces, dentro de los mecanismos que el sistema jurídico ambiental ha instituido en defensa de los derechos de la naturaleza. Sobre este particular, es bueno recordar que el daño ambiental da lugar a la afectación de dos tipos de intereses: los personales y los naturales. Conforme con ello, el ordenamiento jurídico, al constituir los medios de defensa y garantía de los derechos, ha previsto la reparación a favor de las personas que puedan resultar afectadas en sus patrimonios y derechos (a través del resarcimiento propio de las acciones civiles individuales y colectivas), y la compensación o restauración para garantizar y asegurar los derechos de la naturaleza, concretamente, en relación con los derechos a mantener y regenerar sus ciclos vitales. 8.10. Como ya se anotó, dentro del propósito universal de propiciar un medio ambiente sano, y bajo el reconocimiento al medio ambiente como un derecho ligado íntimamente con la vida, la salud y la integridad física, los países tienen el compromiso ineludible de dotar a las autoridades competentes de los mecanismos jurídicos necesarios para actuar ante situaciones de peligro, riesgo o daño del medio ambiente. Y aun cuando en el área ambiental se ha precisado que la normatividad debe estar volcada hacia la finalidad preventiva, para los casos en que las acciones preventivas resulten fallidas o insuficientes, deben concebirse también mecanismos jurídicos de responsabilidad que permitan atender los efectos adversos del daño ambiental, no solo respecto de las víctimas sino también de los ecosistemas, en procura de lograr su restablecimiento a las condiciones existentes ante el daño. En relación con esto último, es bueno considerar que en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tales, deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza. 8.11. Ahora bien, el proceso de restitución o restauración ecológica que se adelanta a través de las llamadas medidas compensatorias, requiere, en cada caso, de una valoración técnica del daño o impacto negativo causado al medio ambiente con la infracción, por cuenta de la autoridad ambiental competente. Tal circunstancia, descarta de plano que el ordenamiento jurídico ambiental pueda hacer una descripción o enumeración taxativa de las medidas compensatorias. En efecto, el componente tecnológico e incluso científico que identifica el manejo medio ambiental, exige que la medida compensatoria a adoptar, solo pueda determinarse una vez se establezca la clase y magnitud del daño sufrido por el ecosistema en cada situación particular y concreta. De este modo, la naturaleza, alcance y tipo de medida, corresponde definirlo a la entidad técnica ambiental de acuerdo con la evaluación que ésta haga de cada daño, lo cual asegura además, que la misma resulte equilibrada y coherente y permita cumplir el objetivo de restituir *in natura* el valor del activo natural afectado. 8.12. La circunstancia de que las medidas compensatorias no se encuentren descritas en la ley, no significa, en todo caso, que su imposición quede a la simple discrecionalidad de la autoridad ambiental competente, pues éstas solo se ordenan una vez surtido el respectivo juicio de proporcionalidad. A este respecto, el propio artículo 31 de la Ley 1333 de 2009 es claro en señalar que la sanción y las medidas compensatorias “deberán guardar una estricta proporcionalidad”, lo que permite entender que el alcance de la medida compensatoria es limitado, pues se circunscribe a la proporción del daño ambiental y, en todo caso, no podría ser excesivamente más gravosa que la sanción misma. Además, en cuanto se trata de medidas adoptadas por una autoridad técnica ambiental, éstas pueden ser sometidas a los respectivos controles administrativos y jurisdiccionales, por parte de quienes se consideren injustamente afectados con ellas. 8.13. No sobra agregar, al respecto, que las medidas compensatorias se inspiran en principios incorporados a convenios internacionales de protección al medio ambiente. Sobre el particular, la Declaración de Estocolmo de 1972, consagra en el Principio 3 que “[d]ebe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la tierra para producir recursos vitales renovables”. En concordancia con ello, el artículo 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –TCE– establece, dentro de los principios que gobiernan la política ambiental europea, el principio “quien contamina paga”, también conocido como *contaminador-pagador*, en virtud del cual, las personas físicas o jurídicas que sean responsables de contaminación o daño ambiental deben asumir los costos de las medidas que sea necesario adoptar para evitarlo, corregirlo o reducirlo. 8.14. A su vez, en lo que toca con nuestra legislación interna, las medidas compensatorias encuentran también un claro fundamento constitucional en el artículo 80 de la Carta, el cual le atribuye al Estado la obligación, no solo de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, sino también, de imponer las sanciones legales y exigir *la reparación de los daños causados al medio ambiente*. El concepto de reparación a que hace referencia la norma en cita tiene por supuesto una doble dimensión, en el sentido de que incluye, tanto la reparación personal o humana, como la reparación ecosistémica, es decir, la dirigida a lograr la recuperación *in natura* del medio ambiente. 8.15. Atendiendo pues a la finalidad que persiguen las medidas compensatorias, encuentra la Corte que, al igual que ocurre con las medidas preventivas, las mismas no tienen el alcance de una sanción por cuanto no se imponen a título de pena. Tal y como ha sido explicado, aquellas no están dirigidas a reprimir la conducta contraria a la ley –que es el propósito de la sanción– sino a lograr la recuperación *in natura* del medio ambiente que ha resultado afectado a causa de la infracción. 8.16. Se ha entendido por sanción administrativa la medida penal que impone la autoridad competente como consecuencia de una infracción a la normatividad, sea por desconocimiento de disposiciones imperativas o por abstención ante deberes positivos. Siendo ello así, es claro que la sanción se constituye en la reacción ante la infracción ambiental, buscando exclusivamente castigar la actuación irregular del infractor. El carácter represivo, es entonces el fundamento sobre el que se edifica el concepto de sanción, objetivo que no coincide con el de las medidas compensatorias, las cuales están enfocadas específicamente, como se ha dicho, en la restauración del daño ecológico derivado de la infracción, o lo que es igual, en lograr la reparación del medio ambiente que ha resultado dañado. 8.17. En esa misma dirección, un sector de la doctrina sostiene ‘que el objeto de sanción administrativa, en esencia, está encaminado a reprimir e imponer las condenas pecuniarias cuando se produce una infracción, pero no obedece a la fijación de obligaciones o medidas compensatorias’. De tal afirmación se puede deducir que las medidas compensatorias y las sanciones persiguen fines y propósitos distintos y, por tanto, que se trata de instituciones jurídicas que no pueden asimilarse. Es claro que, ‘cuando se impone una medida compensatoria, se entiende que existe un daño derivado de la infracción que no puede ser superado con la simple imposición de la sanción o con el recaudo de la pena pecuniaria’. 8.18. Así las cosas, las medidas compensatorias no constituyen sanción. Coincidiendo con lo expresado por el Ministerio Público, tales medidas no buscan prevenir las infracciones y tampoco buscan reparar los daños causados a personas determinadas. Se trata de medidas administrativas a través de las cuales se protege el medio ambiente en su componente estrictamente natural, esto es, aplicadas al objeto general de recuperar los recursos naturales renovables. Sobre el punto, debe tenerse presente que no toda carga que las autoridades administrativas imponen a un administrado, a causa o como consecuencia de la comisión de una infracción, tiene la naturaleza de una sanción”.

- 3025 “*Beneficio ilícito*. Consiste en la ganancia o beneficio que obtiene el infractor. Este beneficio puede estar constituido por ingresos directos, costos evitados o ahorros de retrasos. El beneficio ilícito se obtiene de relacionar la ganancia o beneficio producto de la infracción con la probabilidad de ser detectado”.
- 3026 “*Factor de temporalidad*. Es el factor que considera la duración de la infracción ambiental, identificando si ésta se presenta de manera instantánea o continua en el tiempo. En aquellos casos en donde la autoridad ambiental no pueda determinar la fecha de inicio y de finalización de la infracción, se considerará dicha infracción como un hecho instantáneo”.
- 3027 “*Grado de afectación ambiental*. Es la medida cualitativa del impacto a partir del grado de incidencia de la alteración producida y de sus efectos. Se obtiene a partir de la valoración de la intensidad, la extensión, la persistencia, la recuperabilidad y la reversibilidad de la afectación ambiental, las cuales determinarán la importancia de la misma”.
- 3028 “*Evaluación del riesgo*. Es la estimación del riesgo potencial derivado de la infracción a la normatividad ambiental o a los actos administrativos y que no se concrete en impactos ambientales”.
- 3029 “*Costos asociados*. La variable costos asociados corresponde a aquellas erogaciones en las cuales incurre la autoridad ambiental durante el proceso sancionatorio y que son responsabilidad del infractor en los casos en que establece la ley. Estos costos son diferentes a aquellos que le son atribuibles a la autoridad ambiental en ejercicio de la función policiva que le establece la Ley 1333 de 2009”.
- 3030 “Artículo 50. *Graduación de las sanciones*. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones

administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables: 1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados. 2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero. 3. Reincidencia en la comisión de la infracción. 4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión. 5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos. 6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes. 7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente. 8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas”.

3031 Corte Constitucional. Sentencia C-703 de 2010: “Así pues, el principio de proporcionalidad también es aplicable cuando se trata de la imposición de sanciones ambientales, tal como ha sido reconocido por la doctrina que considera su efectiva aplicación como uno de los principales instrumentos para el cumplimiento de la normativa ambiental e indica que, por ejemplo, en relación con las más drásticas procede su imposición ‘atendiendo al principio de proporcionalidad que rige en el ámbito sancionador administrativo’ y ‘para los supuestos más graves y lesivos del medio ambiente o de reiteraciones en el incumplimiento de la normativa protectora, es decir, en todos aquellos casos en los que la actividad o empresa se muestra, por su conducta infractora, como una grave amenaza para el interés público ambiental’. Es evidente que no todas las infracciones comprobadas revisten la misma gravedad, que no todas admiten el mismo tipo de sanción, que la imposición se efectúa bajo la convicción de que la protección del medio ambiente es un imperativo constitucional y que, en ocasiones, la tasación depende de variados factores, como sucede en algunos ordenamientos con las multas, cuya fijación se efectúa con el propósito de que superen los beneficios que, a veces, los infractores obtienen de la comisión de las infracciones. Todos los elementos involucrados son susceptibles de evaluación a partir del principio de proporcionalidad, que también en este caso actúa como límite y puede ser causa de reclamación, por cuanto el mismo artículo 40 de la Ley 1333 de 2009 señala que la sanción se impondrá mediante resolución motivada, al paso que el artículo 30 prevé que ‘contra el acto administrativo que ponga fin a un proceso sancionatorio ambiental procede el recurso de reposición y siempre que exista superior jerárquico, el de apelación, los cuales deberán ser interpuestos en los términos y condiciones señalados en el Código Contencioso Administrativo”.