

TEMAS DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO



Afiliada a la Asociación Colombiana de Universidades "ASCUN"

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS



TEMAS DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO

El proceso contencioso administrativo
y otros trámites procesales desde una perspectiva garantista

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
Seccional Armenia

TEMAS DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO
El proceso contencioso administrativo
y otros trámites procesales desde una perspectiva garantista

Autor
LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

ISBN: 9978-958-8510-20-0
Ejemplares: XXX
©Todos los Derechos Reservados
Año xxxx

Revisión de Estilo:	Juan Manuel Acevedo Carvajal
Diseño Carátula:	Carolina Aguilar Londoño
Diagramación:	Arturo Latorre Ortiz
Impresión:	Centro de Medios Audiovisuales

HONORABLE CONSILIATURA

Germán Darío Ledesma López
Presidente

José Galat Noumer
Rector General

Carlos Alberto Pulido Barrantes
Secretario

Raúl Abril Cárdenas
Consiliario

Rafael Diazgranados Peñaranda
Consiliario

Eduardo Carvajalino Contreras
Consiliario

Roberto Herrera Soto
Consiliario

María Consuelo Castaño Triana
Consiliaria

Teodoro Gómez Gómez
Representante de los Profesores

Jeimy Cadena Duque
Representante de los Estudiantes

Myriam Luz Vargas
Revisora Fiscal

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA Armenia

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

José Galat Noumer
Rector General

Jaime Bejarano Alzate
Rector delegatario

Ana Milena Londoño Palacio
Secretaria General

Bibiana Vélez Medina
Vicerrectora Académica

Mariano Hernández Ruiz
Vicerrector Administrativo y Financiero

**TEMAS DE DERECHO PROCESAL
ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO**

El proceso contencioso administrativo
y otros trámites procesales desde una perspectiva garantista

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Abogado de la Universidad La Gran Colombia, especialista en Derecho Público Universidad Externado de Colombia, en Derecho Comercial Universidad Pontificia Bolivariana, en Derecho Administrativo Universidad Santiago de Cali, Magíster en Derecho Procesal Universidad de Medellín. Se desempeña en la actualidad como Juez Tercero Administrativo del Circuito de Armenia y profesor universitario e investigador en pregrado y posgrado en las áreas del derecho público, en la Universidad La Gran Colombia.

*A Virginia, quien me dio la vida.
A Luz Adriana, quien me dio su corazón.
A Salomé, quien me alegra la existencia.*

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
PREFACIO	17
PRESENTACIÓN Y ESTUDIO INTRODUCTORIO (Dr. Hugo Alberto Marín Hernández).	19
ABREVIATURAS	31
CAPÍTULO I	
OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
Entre los criterios orgánico, funcional y formal	32
1. INTRODUCCIÓN	32
2. LA JURISDICCIÓN EN GENERAL	34
3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN GENERAL Y LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN PARTICULAR	37
4. EL OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA	38
4.1. El criterio utilizado en el inciso primero de artículo 82 del C.C.	40
4.1.1. La posición del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo	41
4.1.2. El criterio del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria	45
4.1.3. El criterio de la Doctrina	47
4.1.4. La interpretación propia, del inciso 1 del artículo 82 del C.C.A., conforme a la reforma introducida por la Ley 1107 de 2006	50
4.2. Interpretación del inciso segundo de artículo 82 del C.C.A	53
4.3. Interpretación del inciso tercero de artículo 82 del C.C.A	54
4.3.1. Los actos disciplinarios de autoridades diferentes a las enunciadas en la norma en estudio	54
4.3.2. ¿Qué debe entenderse por <i>juicios de policía regulados por las leyes especiales</i> ?	54
4.3.3. La responsabilidad del Estado Rama Judicial	55
5. EL OBJETO DE LA JURISDICCIÓN EN EL NUEVO EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	56
6. BIBLIOGRAFÍA	61

CAPÍTULO II	
EL PARADIGMA DE LA JUSTICIA ROGADA PARA	
EL ESTUDIO DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	
La Constitución Política como límite de su aplicación	62
1. INTRODUCCIÓN	62
2. PROBLEMA JURÍDICO	66
3. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEA	67
3.1. Tesis extrema que se enfoca en la aplicación estricta del principio de justicia rogada, en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo	67
3.2. Tesis intermedia	68
3.3. Tesis extrema que se enfoca en la no aplicación del principio de justicia rogada y en la aplicación del principio <i>iura novit curia</i> , en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo	68
4. NICHOS CITACIONALES	69
4.1. Sentencia arquimédica	71
4.2. Sentencia hito	71
4.3. Sentencias fundadoras de la línea	72
4.4. Sentencias reiteradoras de la línea	72
5. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS	72
6. FIGURA DONDE SE PRESENTA LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL JUSTICIA ROGADA	79
7. CONCLUSIONES DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL CONSTRUIDA 80	
8. ¿SE JUSTIFICA EN LA ACTUALIDAD EL PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA PARA EL ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS?	81
8.1. Análisis e interpretación de las normas de rango legal	82
8.2. La interpretación de la demanda, como forma de superar el paradigma de la justicia rogada	83
8.3. Los derechos fundamentales como nuevo paradigma dentro del Estado Social de Derecho	85
8.4. La presunción de legalidad, la buena fe y la confianza legítima, como argumentos adicionales para negar el paradigma en estudio	87
8.5. El principio de prevalencia del derecho sustancial	90
9. LA JUSTICIA ROGADA Y EL NUEVO EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	93
10. BIBLIOGRAFÍA	95

CAPÍTULO III

LA CAUCIÓN PARA DEMANDAR

Entre el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y la defensa del patrimonio público

	96
1. INTRODUCCIÓN	96
2. EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO DE LA CAUCIÓN PARA DEMANDAR Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA	97
2.1. Marco normativo de la caución para demandar	97
2.2. El tratamiento de la caución para demandar en la jurisprudencia	100
2.2.1. Primera etapa. La plena vigencia del artículo 140 del C.C.A	100
2.2.2. Segunda etapa. La declaratoria de inexecuibilidad de la obligación de pago contenida en el artículo 140 del C.C.A	100
2.2.3. Tercera etapa. Los artículos 7 de la Ley 383 de 1997 y 12 del Decreto 3050 de 1997 y su expulsión del ordenamiento jurídico	103
2.2.4. Cuarta etapa. La caución regida plenamente por el artículo 140 del C.C.A	108
3. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 140 DEL C.C.A	111
3.1. ¿Qué es la caución para demandar y cuál es su finalidad?	112
3.2. ¿En qué tipo de procesos se debe fijar la caución?	112
3.2.1. Los tributos	113
3.2.1.1. Los impuestos	113
3.2.1.2. Las tasas	114
3.2.1.3. Las contribuciones	115
3.2.2. Las multas	116
3.2.3. Los créditos	116
3.3. Parámetros para fijar el valor de la caución	117
3.4. Formas de caucionar la obligación a favor del tesoro público	118
3.5. La caución y el amparo de pobreza	119
3.6. Consecuencias procesales de no prestar la caución	122
3.7. Consecuencias procesales de que el juez omita fijar la caución	124
4. EL PRINCIPIO <i>SOLVE ET REPETE</i> Y LOS RECURSOS EN VÍA GUBERNATIVA	125
5. CONCLUSIONES	128
6. LA CAUCIÓN PARA DEMANDAR EN NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	129
7. BIBLIOGRAFÍA	130

CAPÍTULO IV
EL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES DE FONDO
DENTRO DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

Una necesidad imperiosa para no vulnerar el debido proceso probatorio del actor	131
1. INTRODUCCIÓN	131
2. EL DEBIDO PROCESO EN GENERAL Y EL DEBIDO PROCESO PROBATORIO EN ESPECIAL	133
3. LAS EXCEPCIONES DE FONDO O MÉRITO	135
4. LAS EXCEPCIONES DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	137
4.1. El trámite de las excepciones de fondo de acuerdo a la doctrina procesal Administrativa	138
4.2. El trámite de las excepciones de fondo de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado	140
4.3. Deconstrucción del argumento por la negativa del traslado de las excepciones	143
4.4. Deconstrucción del argumento por la posición de la procedencia del traslado de las excepciones	144
5. LA INTERPRETACIÓN (CONFORME A LA CONSTITUCIÓN) DEL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	145
6. CONCLUSIÓN	148
7. EL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES EN NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	148
8. BIBLIOGRAFÍA	150

CAPÍTULO V
LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

Una interpretación conforme a la Constitución Política de los artículos 169 y 234 del C.C.A.	152
1. INTRODUCCIÓN	153
2. DEFINICIÓN Y FIN DEL PROCESO JURISDICCIONAL EN GENERAL Y DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN PARTICULAR	154
2.1. Las relaciones entre el proceso, verdad y justicia	155
2.1.1. La relación proceso – verdad	156
2.1.2. La relación proceso – justicia	159

2.2.	El proceso contencioso administrativo	159
3.	LAS NORMAS ESPECIALES QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	160
4.	LAS PRUEBAS DE OFICIO EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA Y CONSTITUCIONAL	163
4.1.	LA PRUEBA DE OFICIO COMO FACULTAD DISCRECIONAL	163
4.2.	POSICIÓN GARANTISTA DEL PROCESO	170
5.	¿SE VIOLA LA IGUALDAD PROCESAL DE LAS PARTES, AL MOMENTO EN QUE EL JUEZ DECRETA UNA PRUEBA DE OFICIO QUE PRETENDE SOLVENTAR LOS VACIOS PROBATORIOS DE ALGUNA DE LAS PARTES?	174
6.	LA CARGA DE LA PRUEBA: ¿Se encuentra distribuida de forma igualitaria al interior del proceso contencioso administrativo?	177
7.	¿DEBE CORRESE TRASLADO PARA ALEGAR DE CONCLUSIÓN NUEVAMENTE, CUANDO SE DECRETA PRUEBA DE OFICIO ESTANDO EL NEGOCIO A DESPACHO PARA SENTENCIA?	178
8.	UN ARGUMENTO HISTÓRICO A FAVOR DE LAS PRUEBAS DE OFICIO.	180
9.	CONCLUSIONES	181
10.	LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	182
11.	BIBLIOGRAFÍA	184

CAPÍTULO VI

LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES

Análisis de la posición jurisprudencial del Consejo de Estado

frente a una inquietud sin respuesta normativa expresa en el C.C.A. 187

1.	INTRODUCCIÓN	188
2.	PROBLEMA JURÍDICO	190
3.	TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO	190
3.1.	Tesis que plantea los efectos <i>ex tunc</i> (o retroactivos) de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido general	191
3.2.	Tesis que plantea los efectos <i>ex nunc</i> (o hacia el futuro) de las Sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido General	191

4.	NICHO CITACIONAL	191
4.1.	Sentencia arquimédica	193
4.2.	Sentencia hito	193
4.3.	Sentencias fundadoras de la línea	193
4.4.	Sentencia reiteradoras de la línea	194
5.	FIGURA DONDE SE PRESENTA LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES	194
6.	ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN EXPUESTA EN LAS SENTENCIAS QUE CONFORMA LA LÍNEA Y DEFIENDEN LAS TESIS EXTREMAS SOBRE EL TEMA	195
6.1.	Tesis de los efectos <i>ex nunc</i>	195
6.2.	Tesis de los efectos <i>ex tunc</i>	196
6.3.	Los argumentos a favor de la tesis de los efectos <i>ex tunc</i>	197
7.	CONCLUSIONES	203
8.	LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	204
9.	BIBLIOGRAFÍA	206

CAPÍTULO VII

LAS COSTAS EN LAS ACCIONES SUBJETIVAS DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Su condena y liquidación a favor de la víctima, como parte del principio de reparación integral y aplicación de los estándares internacionales de justicia

1.	INTRODUCCIÓN	213
2.	LAS COSTAS PROCESALES, LOS SISTEMAS TEÓRICOS PARA SU REGULACIÓN Y LIQUIDACIÓN Y LAS CONCEPCIONES ASUMIDAS POR EL C.P.C. Y EL C.C.A	214
3.	LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS COSTAS EN TÉRMINOS GENERALES Y EN ESPECIAL LA EXENCIÓN QUE HA EXISTIDO A FAVOR	216
3.1.	Las costas del procedimiento civil en la jurisprudencia constitucional	217
3.2.	La Administración de Justicia y el Principio de la Gratuidad	217
3.3.	La exención Estatal de las costas y el derecho a la igualdad	219
3.4.	La constitucionalidad de la subjetividad de la condena en costas consagrada en el artículo 171 del C.C.A	222

4.	LA INTERPRETACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS CONFORME A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE JUSTICIA	225
4.1.	Sistema Universal de Derechos Humanos	225
4.2.	Sistema Interamericano de Derechos Humanos	227
4.3.	El principio de <i>restitutio in integrum</i>	230
4.4.	El principio de <i>pro homine o pro persona</i>	235
5.	INTERPRETACIÓN ESTRICTA DEL ARTÍCULO 171 DEL C.C.A	238
5.1.	Las facultades procesales	239
5.2.	Los derechos procesales	239
5.3.	Los deberes procesales	242
5.4.	Las cargas procesales	242
6.	CONCLUSIÓN	245
7.	LAS COSTAS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	245
8.	BIBLIOGRAFÍA	247

CAPÍTULO VIII

LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS

	Una regla que se convirtió en excepción	249
1.	INTRODUCCIÓN	250
2.	EL EMBARGO COMO FORMA DE GARANTIZAR EL PAGO DE LAS DEUDAS EN GENERAL Y LA INEMBARGABILIDAD A FAVOR DE LOS BIENES DEL ESTADO	251
2.1.	El embargo en términos generales	251
2.2.	La regla de la inembargabilidad de los bienes públicos (marco jurídico)	252
2.3.	Los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación	257
2.4.	Aplicabilidad de las reglas de inembargabilidad	261
2.4.1.	Entidades que hacen parte del presupuesto general de la Nación	261
2.4.2.	Las entidades territoriales y establecimientos públicos de estas	261
2.4.3.	Las entidades territoriales y descentralizadas de estos, y universidades públicas de cualquier orden, que se acojan a acuerdo de reestructuración de pasivos	262
2.4.4.	Entidades públicas que administren el régimen de prima media con prestación definida y todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, del Distrito Especial y de los Institutos Descentralizados y de Economía Mixta en la parte de los recursos que tengan destinados al pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte	262

3.	LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS EN LA JURISPRUDENCIA	262
3.1.	La jurisprudencia constitucional	262
3.1.1.	La sentencia C-546 de 1992	262
3.1.2.	La sentencia C-013 de 1993	264
3.1.3.	La sentencia C-017 de 1993	265
3.1.4.	La sentencia C-337 de 1993	265
3.1.5.	La sentencia C-103 de 1994	266
3.1.6.	La sentencia C-263 de 1994	266
3.1.7.	La sentencia C-354 de 1997	267
3.1.8.	La sentencia C-402 de 1997	269
3.1.9.	La sentencia C-493 de 2002	269
3.1.10.	La sentencia C-793 de 2002	270
3.1.11.	La sentencia C-566 de 2003	272
3.1.12.	La sentencia C-1154 de 2008	273
3.2.	La jurisprudencia contencioso administrativa	275
3.2.1.	Auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 22 de junio de 1997, radicación S-694	275
3.2.2.	La embargabilidad de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones	277
3.2.3.	La embargabilidad de los bienes fiscales de las entidades territoriales (y sus entes descentralizados) <i>que no estén afectos</i> a los servicios públicos	279
4.	LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS	280
5.	UNA CONSIDERACIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO	282
6.	EL EMBARGO DE RECURSOS PARAFISCALES	285
5.	PERSECUCIÓN EJECUTIVA Y EMBARGO DE BIENES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN LIQUIDACIÓN	287
8.	LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL EMBARGO DE BIENES PÚBLICOS NO SUSCEPTIBLES A DICHA MEDIDA	296
8.1.	La responsabilidad disciplinaria	296
8.2.	La responsabilidad penal	298
8.2.1.	Ausencia de responsabilidad penal por falta del elemento subjetivo de la conducta	298
8.2.2.	Responsabilidad penal embargo de bienes inembargables sin la existencia de un verdadero título ejecutivo	300
9.	CONCLUSIONES	302
9.1.	Bienes absolutamente inembargables	303
9.1.1.	Bienes enunciados de forma expresa en los artículos 63 y 72 de la C.P..	288
		303

9.1.2. Bienes de entidades públicas acogidas a Acuerdo de Reestructuración de Pasivos	303
9.2. Embargabilidad de las Entidades públicas que administren el régimen de prima media con prestación definida, y todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, del Distrito Especial y de los Institutos Descentralizados y de Economía Mixta, en la parte de los recursos que tengan destinados al pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte	303
9.3. Regla general de la inembargabilidad de los recursos incorporados al presupuesto general a la Nación, antes de que salgan del torrente de los recursos centrales	304
9.4. Reglas para la embargabilidad de las entidades que hacen parte del presupuesto general de la Nación	304
9.5. Reglas para la embargabilidad de las entidades territoriales y entidades descentralizadas de éstas	305
9.5.1. Reglas para los departamentos, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos de éstos	305
9.5.2. Reglas especiales para las entidades descentralizadas del orden Departamental	306
9.5.3. Reglas para el embargo de los bienes de las entidades descentralizadas del orden municipal o distrital diferentes a establecimientos públicos	306
9.6. Reglas para el embargo de los dineros pertenecientes al Sistema General de Participaciones	307
9.7. Reglas especiales a favor de las empresas sociales del Estado	307
9.8. Reglas para el embargo de recursos parafiscales	308
9.9. Una conclusión final	308
10. LAS REGULACIONES DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CON INSIDENCIA EN EL TEMA EN DESARROLLO	308
11. BIBLIOGRAFÍA	310
LISTA DE CUADROS	pág.

Cuadro No. 1: Modificaciones normativas al artículo 82 del C.C.A. por parte de la Ley 1107 de 2006	39
Cuadro No. 2: Nicho citacional. Tesis extrema que se enfoca en la aplicación estricta del principio de justicia rogada en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo	70
Cuadro No. 3: Nicho citacional. Tesis intermedia que morigera la aplicación del principio de justicia rogada, ya sea con base a la sentencia C-197 de 1994 de la Corte Constitucional, o con fundamento en la posibilidad de interpretar la demanda	70
Cuadro No. 4: Nicho citacional tesis extrema que se enfoca en la no aplicación del principio de justicia rogada y en la aplicación del principio <i>iura novit curia</i> , en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo	71
Cuadro No. 5: Análisis estructural sentencia fundadora de la línea, del 18 de diciembre de 1984. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Expediente 4464. Actor: Carlos Almanza Góngora.	73
Cuadro No. 6: Análisis estructural sentencia fundadora de la línea, salvamento de voto del Doctor MIGUEL BETANCOURT REY, a la Sentencia del 18 de diciembre de 1984. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Expediente 4464. Actor: Carlos Almanza Góngora	75
Cuadro No. 7: Análisis estructural sentencia hito, del 15 de marzo de 1999, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, Radicación número: S-780, Actor: CORPORACION ELÉCTRICA	

Cuadro No. 8:

Análisis estructural sentencia hito, 17 de julio de 2003,
 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,
 Sección Segunda, Consejero ponente: NICOLAS PÁJARO
 PEÑARANDA, Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01
 (0994-01), Actor: NASLY ARGENIS TOVAR RODRIGUEZ,
 Demandado: MUNICIPIO DE SANTA ISABEL – TOLIMA 77

Cuadro No. 9:

Análisis estructural sentencia hito, salvamento
 de voto de los Consejeros ALBERTO ARANGO MANTILLA,
 JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE y ALEJANDRO
 ORDÓÑEZ MALDONADO a la Sentencia del 17 de julio de 2003,
 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,
 Sección Segunda, Consejero ponente: NICOLAS PAJARO
 PEÑARANDA, Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01
 (0994-01), Actor: NASLY ARGENIS TOVAR RODRIGUEZ,
 Demandado: MUNICIPIO DE SANTA ISABEL – TOLIMA 78

Cuadro No. 10:

Figura donde se presenta la línea jurisprudencial justicia rogada 79

Cuadro No. 11:

Nicho citacional tesis que plantea los efectos *ex tunc* o
 retroactivos de las sentencias que declaran la nulidad de actos
 administrativos de contenido general 192

Cuadro No. 12:

Nicho citacional tesis que plantea los efectos *ex nunc*
 (o hacia el futuro) de las sentencias que declaran
 la nulidad de actos administrativos de contenido general 192

Cuadro No. 13:

Figura donde se presenta la línea jurisprudencial sobre los
 efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad de actos
 administrativos de contenido general 194

Cuadro No. 14:

Presentación de la línea jurisprudencial de la Corte

PREFACIO

El texto que el lector tiene en sus manos es fruto del análisis realizado por el autor a los diferentes temas del derecho procesal administrativo desde los puntos de vista de la jurisprudencia y la doctrina, planteando cada uno de ellos con visión crítica y garantista a la luz de la nueva preceptiva consagrada en la Constitución Política.

Siendo conscientes de la importancia de la jurisprudencia como fuente dentro del sistema jurídico colombiano contemporáneo, y analizando las diferentes posiciones encontradas en la jurisprudencia (algunas veces de manera caótica pero siempre descomponiendo y criticando la argumentación contenida en cada una de las posiciones para fijar una propia sobre el asunto), se han utilizado técnicas de análisis estático y dinámico para el abordaje de algunos de los temas de las providencias judiciales con el fin de estudiar y estructurar la línea jurisprudencial predominante en las altas cortes sobre el tema específico.

Cada tópico se encontrará desarrollado en su respectivo capítulo, lo cual significa que, aunque hay unidad de materia en el libro como un todo, éstos pueden ser abordados de forma independiente, pues en ellos se estudia un problema particular planteado desde la introducción, pasando por el desarrollo, las conclusiones y, por último, la bibliografía. La totalidad de los capítulos tienen por objeto estudiar aspectos problemáticos que no son de tratamiento uniforme por la jurisprudencia y la doctrina, realizando así un análisis integral de los mismos.

Es importante aclarar que en algunos apartes el lector encontrará citas textuales bastante extensas de la jurisprudencia, lo cual tiene como fundamento que la transcripción *in extenso* resulta imperativa para cobijar la totalidad del argumento de cara a su posterior análisis. Por otro lado, consideramos importante que el lector encuentre el texto mismo de la providencia en el libro, ya que es un hecho innegable que la jurisprudencia se convirtió (en nuestro sistema de fuentes del derecho) en referencia obligatoria para el estudio y la toma de decisiones, por lo que resulta de gran importancia un tratamiento técnico y una compilación temática de las providencias judiciales.

Se resalta que se ha procurado citar la jurisprudencia de la manera más técnica, utilizando para ello una identificación completa, incluyendo en las citas la corporación, sala, sección, consejero ponente, tipo de providencia, fecha de la misma, radicación interna y, en la mayoría de los casos, el número único de radicación, lo cual facilita acudir directamente a la fuente jurisprudencial a tra-

vés de los medios técnicos existentes a la fecha, como son los CD ROM de compilaciones, o las páginas web institucionales de las corporaciones judiciales.

Se aclara que en un sistema normativo como el colombiano, caracterizado por los avatares de las reformas legislativas, en la redacción de cada uno de los capítulos se tuvieron en cuenta las últimas reformas introducidas por la Ley 1395 de 2010 al Código Contencioso Administrativo vigente a la fecha, y en cada uno de los capítulos se hace alusión a la regulación encontrada en cada tema por parte del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adoptado a través de la Ley 1437 de 2011, normativa que valga aclarar no deroga de un tajo el código anterior, sino que pervivirán en el tiempo ambas regulaciones normativas de forma paralela, por lo que los desarrollos incluidos con base en esta normativa no solo estarán vigentes hasta el 1 de julio de 2011, sino que seguirán siendo el rito procesal de los procesos contencioso que se presenten hasta dicha fecha, por lo que atendiendo la congestión que caracteriza esta jurisdicción, las regulaciones del Código Contencioso Administrativo permanecerán vigentes por largo tiempo.

Todos los errores, vacíos e inconsistencias (que muy seguramente encontrarán quienes estudien los asuntos aquí tratados) son sólo atribuibles al autor; y los mismos, al igual que las inquietudes, controversias o argumentos en contrario que se puedan presentar, pueden ser planteados de forma libre (y espero respetuosa), a través del correo electrónico lcalzater@gmail.com. Lo anterior con el fin de construir comunidad académica en torno a los temas objeto del presente libro.

Así mismo, me permito agradecer a la Universidad La Gran Colombia, al señor Rector Dr. José Galat Noumer, al señor Rector Delegatario Dr. Jaime Bejarano Alzate; a la señora Decana de la Facultad de Derecho Dra. Gloria Mercedes Buitrago Salazar; y al Coordinador de Investigaciones Sociojurídicas Dr. Federico Duque del Río, por la oportunidad de publicar estas reflexiones, las cuales quedan a disposición de la comunidad académica nacional.

Por último, es pequeño el presente espacio para manifestar el inmenso agradecimiento al Doctor Hugo Alberto Marín Hernández, quien muy amablemente honra al suscrito al dedicar su valioso tiempo de asueto al estudio y presentación del presente texto, lo que claramente es una guía al lector frente a los planteamientos realizados en la obra.

El Autor
Armenia-Quindío, enero de 2011

PRESENTACIÓN Y ESTUDIO INTRODUCTORIO

*“Por sus frutos los conoceréis”.*¹

La célebre y expresiva sentencia bíblica en mención ilustra plena y concisamente el para mí afortunado y honroso camino que ha conducido a que me vea escribiendo estas líneas, mediante las cuales atiendo a la más que generosa convocatoria del profesor LUIS CARLOS ALZATE RÍOS para presentar el valioso trabajo que el lector tiene entre sus manos y que constituye, sin que pueda sostenerse que lo afirmo como el enésimo recurso al consabido lugar común, un sustancial aporte así como desde ahora una referencia obligada para los estudiosos del Derecho Procesal Administrativo colombiano.

Por una de aquellas tantas y tan provechosas coincidencias y aproximaciones que posibilitan la buena fortuna de ocuparse tanto en la actividad académica como en el ejercicio del Derecho desde la Rama Jurisdiccional del Poder Público -dos escenarios respecto de cuya complementariedad día a día se robustece mi convicción y, sin lugar a la menor hesitación, el presente trabajo da buena cuenta de ello-, durante el segundo semestre del año que está por culminar, un muy amable estudiante y al mismo tiempo compañero de labores en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tuvo el generoso gesto, que no me cansaré de agradecer, de establecer un puente de contacto entre el suscrito y el profesor Alzate Ríos, autor del presente trabajo; sin conocimiento o trato previo alguno entre ambos, el profesor y Juez Luis Carlos Alzate me entregó una versión del trabajo con cuya lectura he disfrutado en algunos de los momentos de efímero asueto de final de año y que me ha permitido conocer a un notable y riguroso investigador quien seguramente enriquece con su cotidiana actividad no sólo la siempre desafiante labor académica, sino también y especialmente, la hermosa y apasionante tarea de intentar el mayor grado posible de acierto en la noble misión de administrar Justicia.

La frustración, el desencanto y el desgano suelen ser, infortunadamente, los estados de ánimo que desencadenan las dificultades que afrontan buena parte de los profesionales del Derecho que en nuestro medio se deciden a cursar estudios de post grado en programas caracterizados por contar con mayores o menores componentes investigativos, para identificar auténticas problemáticas de investigación y, más aún, para acometer un desarrollo científico de las mismas como proyectos que abunden en la

¹ La Biblia, Nuevo Testamento. Evangelio según San Mateo, 7; 16-20.

evolución del estado del arte en determinada materia o que redunden en el aporte de plusvalía al conocimiento en nuestra disciplina. Los resultados a los cuales conducen tales ejercicios -y a los que por la necesidad de evaluarlos no queda más remedio de enfrentarse- en no pocas ocasiones resultan desoladores por su falta de coherencia, de sistematicidad, de profundidad, de asunción de posturas críticas, de creación original y, al contrario, llaman la atención por su inagotable superficialidad, por el facilismo en la abundante transcripción en absoluto analítica de jurisprudencia y/o de doctrina, por la carencia de claridad en los planteamientos y en el hilo de la exposición e, incluso, por la precariedad en el uso del lenguaje y por el desgreño o desinterés total en punto de una correcta redacción y de un adecuado manejo del estilo. Más angustioso aún resulta encontrarse ejemplificaciones de tal suerte de “trabajos” reposando en anaqueles de bibliotecas o en estanterías de librerías, fruto del inmerecido premio de apresuradas publicaciones.

En medio de tan árido e infortunadamente superpoblado panorama -en el cual, por supuesto y como en todo, también cabe referir notables pero escasísimas excepciones-, trabajos como el del profesor Luis Carlos Alzate se constituyen en auténticas bocanadas de aire fresco. Ya el enfoque mismo que la obra propone introduce una perspectiva de análisis que en el medio colombiano aún debemos esforzarnos bastante más en recorrer al abordar el examen de muchas de las más importantes e interesantes instituciones del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal, cual es la incidencia que en las mismas tiene el que algunos han dado en denominar el “*nuevo derecho*”² fruto de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos acaecida en la mayor parte de los Estados occidentales contemporáneos -cosa que ocurre en nuestro entorno a partir de la reforma constitucional de 1991-.

En ese “nuevo derecho” han cobrado trascendencia y se han tornado en bazas argumentativas insoslayables para cualquier operador jurídico serio, cuestiones como la diferenciación entre reglas y principios en tanto que diversas modalidades de enunciado jurídico, deslinde que, a su turno, pone de presente la existencia de esquemas de razonamiento jurídico abiertamente superadores de la clásica subsunción silogística, ¿caso de la ponderación? o, más genéricamente, ¿de la aplicación del principio de proporcionalidad?, técnica interpretativa a la cual si bien es cierto que suele identifi-

² Expresión a la cual alude, por vía de ejemplo, Manuel José Cepeda Espinosa en el artículo “La Constitución y el Juez: nuevos enfoques interpretativos”, en Memorias Constitucionalización del orden jurídico. Alemania-Colombia, Consejo Superior de la Judicatura-Universidad de Bonn-Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, p. 153.

carse como más propia de la resolución de conflictos entre principios, no es menos verídico que la realidad demuestra que en determinadas circunstancias resulta aplicable a todo tipo de disposición jurídica y que, a tales efectos, cualquier enunciado normativo puede operar como un principio cuando su colisión con otro se resuelve ponderando los diversos intereses jurídicos enfrentados y las circunstancias del caso concreto.

Lo anterior más aún si se toma en consideración que siempre está al alcance del operador jurídico “transformar” en principios el conjunto de reglas que puedan resultar aplicables al caso que examina y valerse de la proporcionalidad -y de la ponderación- para resolver el supuesto fáctico respectivo, pues en últimas “*detrás de toda regla late un principio*”³ y los principios, dentro de un sistema jurídico axiológicamente heterogéneo y pluralista como el de la mayoría de Estados de Derecho occidentales actuales, resultan tendencialmente contradictorios -verbigracia, seguridad del Estado y libertades individuales; desarrollo económico y medio ambiente; publicidad de la función administrativa e intimidad de los administrados y un largo etcétera-.

En línea con lo expuesto, en la actualidad resulta común entender que un auténtico Estado constitucional solamente puede reputarse existente si la Norma Suprema al interior del mismo constituye *fuerza directa* de derechos y de obligaciones, es *inmediatamente aplicable* por todos los operadores jurídicos y, sobre todo, se encuentra provista de un *contenido material* de valores, principios y derechos fundamentales que permitan responder no sólo a los interrogantes de “quién” y “cómo” manda, sino también al de “qué” puede o debe mandarse; de ahí que autores como Robert Alexy caractericen con las siguientes cuatro notas distintivas, cuyo aparente laconismo trasunta una evidente profundidad, al constitucionalismo contemporáneo: más Constitución que ley; más principios que reglas; más ponderación que subsunción y, como consecuencia de todo lo anterior, más jueces que legislador⁴.

Gustavo Zagrebelsky, por su parte, explica cómo la ruptura del “monismo” ideológico decimonónico y la consiguiente exigencia de conciliar valores contrapuestos que se evidencia en los ordenamientos constitucionales actuales, conllevan la disociación de los componentes del Derecho que en el siglo XIX venían unificados o reconducidos a la ley: los derechos

³ PRIETO SANCHIS, Luis, Ley, principios, derechos, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998, p. 64.

⁴ ALEXY, Robert, El concepto y la validez del Derecho, traducción de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 160.

humanos y la justicia. La separación de éstos dos de la ley supondrá que ya no se agotan en ella; y la separación entre derechos fundamentales y justicia dentro de la Constitución misma suscita *“la aparición de un foco de tensión entre dos polos tendencialmente contradictorios, el subjetivista e individualista de los derechos y el objetivista y fundamentador de deberes que corresponde a la justicia; dos polos que han de conjugarse y armonizarse, pero no sólo a través de la ley, sino también en la actuación administrativa y en las sentencias de los jueces”*⁵. Tales colisiones en el seno de la Constitución se dan entre disposiciones no sólo coetáneas sino además de la misma fuerza jurídica, lo que excluye la posibilidad de aplicar los criterios interpretativos al uso para resolver conflictos entre leyes (jerarquía normativa, temporalidad, especialidad, etcétera) y exige abrir la puerta a la proporcionalidad y a la ponderación como herramientas hermenéuticas cuya utilización da lugar al establecimiento de reglas de preferencia condicionada a las circunstancias del caso concreto, las cuales permiten mantener en pié de igualdad en abstracto a las normas en disputa, normas que recogen valores u orientaciones heterogéneos, propios de una sociedad pluralista que se busca preservar unida gracias al consenso alcanzado en la Constitución.

De las antedichas características de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, de la fuerza normativa que en ellos asiste a la Constitución Política, de la centralidad del rol que en el sistema jurídico de todo Estado Constitucional actual desempeñan los derechos fundamentales, así como de las ingentes colisiones que se presentan entre los mismos o entre derechos y otros principios o entre los propios principios y, por consiguiente, de la necesidad de ampliar el espectro de alternativas argumentativas más allá del tradicional recurso a la lógica deductiva para abrirle paso a la proporcionalidad, como técnica que garantiza un adecuado ejercicio de la creciente discrecionalidad con la cual cuentan en el Derecho Administrativo de hoy tanto la Administración como los Jueces, de todas estas premisas se encuentra imbuido el trabajo de Luis Carlos Alzate Ríos que ahora se presenta; todos los anotados rasgos tienen notable incidencia en las instituciones de Derecho Procesal cuyo examen, con rigor y buen criterio, aborda el autor en la presente obra.

El sentido crítico y la capacidad analítica del autor comienzan a vislumbrarse desde el estudio que, en el capítulo primero, realiza en punto de los inconvenientes que la expedición de la Ley 1107 de 2006 acarreó

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, El Derecho dúctil, traducción de Gascón, M., Trotta, Madrid, 1997, capítulos 3 y 4.

para una correcta, precisa y estable definición del objeto de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues la notable involución a la cual condujo en esta materia la anotada reforma al contenido del artículo 82 del hoy vigente Código Contencioso Administrativo -C.C.A.- con la pretendida introducción predominante de un criterio orgánico como parámetro de definición del asunto, constituye un inocultable retroceso y hasta un desconocimiento del surgimiento y consolidación históricos del Derecho Administrativo como subsistema jurídico especial y diferente del derecho común, en los sistemas diseñados bajo la égida de la influencia de la clásica dualidad de jurisdicciones de raigambre francesa. Ello por cuanto si bien el señalamiento privilegiado de un criterio orgánico pretendió zanjar arduas polémica doctrinales y jurisprudenciales en ámbitos tan sensibles como la definición de la jurisdicción competente frente a temas de la trascendencia de la responsabilidad contractual y extracontractual de algunas entidades estatales, al mismo tiempo abrió la puerta a no menos importantes dudas respecto de los límites entre la Jurisdicción Ordinaria y la Contenciosa en aquellos espacios de actividad de las entidades públicas en los cuales éstas obran de igual modo, provistas de idénticos regímenes normativos y ubicadas en similares posiciones jurídicas que las ocupadas por cualquier particular.

El panorama jurisprudencial y doctrinal descrito en este primer capítulo, a mi entender, no deja lugar a dudas en cuanto hace a la necesidad de prohiar un criterio mixto, ecléctico o sincrético a efectos de precisar el objeto de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal y como el mismo autor lo propone, por cierto, anticipándose al contenido del proyecto de reforma al C.C.A. que acaba de culminar su tránsito en el Congreso de la República.

El segundo capítulo introduce al lector, de lleno, en los interesantísimos territorios de la incidencia directa de principios y derechos constitucionales en la operatividad de institutos de rancio abolengo en el procedimiento contencioso administrativo, como el denominado por el autor "*paradigma de la justicia rogada*", paradigma por cuya retirada -al menos en su versión original formulada con anterioridad al tránsito constitucional de 1991- se formulan votos en el trabajo, con base en una muy bien estructurada argumentación, en la cual se trasluce la evidente colisión que el principio de justicia rogada plantea entre los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva o acceso eficaz a la Administración de Justicia, de un lado y, de otro, al debido proceso -de las entidades demandadas-, sin dejar aparte otros principios constitucionales también en liza en relación con este extremo, como los de publicidad de la función administrativa, buena

fe y tutela de la confianza legítima, en tanto que, como con acierto lo señala el autor, una adecuada atribución de sus alcances a estos últimos principios dentro del proceso judicial, así como la correcta aplicación de la carga de la prueba, sin duda pueden conducir, al menos, a una morigeración de la rigidez inicial de la justicia rogada -más allá del trascendental matiz introducido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en punto de la eficaz aplicación judicial de los derechos fundamentales aún cuando su desconocimiento no hubiere sido alegado por el accionante-.

Conviene no perder de vista, de todos modos, que la tensión que este asunto plantea entre intereses, principios y derechos de estirpe constitucional no puede resolverse mediante el total aniquilamiento del derecho fundamental al debido proceso de la entidad accionada, a la cual asiste el derecho, con ciertos límites, por supuesto, a no verse sorprendida con una decisión que escape del objeto de la *causa petendi* de la cual se defendió a lo largo del litigio -escenario que invita al Juez de lo Contencioso Administrativo a realizar una constante ponderación entre tales intereses, en cada caso concreto-, por una parte y, por otra, que alguna justificación habrá que reconocerle al postulado de la *justicia rogada* como materialización de la imposibilidad ontológica de obligar al Juez Administrativo, ser humano, falible y con múltiples limitaciones, como todos los de su estirpe, a la inasible e inabordable labor -acaso sólo exigible del mítológico y por ello mismo sobrenatural Juez Hércules dworkiniano- de conocer y aplicar la totalidad del ordenamiento legal y hasta reglamentario que se integre en el parámetro de control de la juridicidad de una decisión de la Administración que ha sido sometida a su conocimiento.

El capítulo tercero registra la saludable evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con los alcances de la exigencia de caución para demandar, como eventual restricción al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de modo que se da cuenta de los giros jurisprudenciales evidenciados a este respecto, con especial referencia a la aplicación del artículo 140 C.C.A, hasta llegar a la actual postura -relativamente más favorable a la efectividad del mencionado derecho en tanto que menos restrictiva del mismo- en virtud de la cual la caución en comento debe ser fijada en el auto admisorio de la demanda; en este tema, nuevamente y en línea con el que, como antes se explicó, constituye un muy plausible hilo conductor que, desde mi perspectiva, puede identificarse en esta obra, una vez más se invita al operador judicial a mantenerse en asiduo contacto con el principio de proporcionalidad y con la ponderación entre bienes e intereses jurídicos en colisión, comoquiera

que en ausencia de parámetros legales que permitan definir el monto de la caución a señalar en cada supuesto específico, será el Juez quien, acudiendo a las multicitadas herramientas argumentativas, desate la siempre presente tensión que por este rubro se evidencia entre la protección al erario o al patrimonio público, de un lado, y el derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, de otro.

Esa colisión igualmente se hace presente cuando se examina la exigencia normativa de caución para la interposición de recursos en la vía gubernativa, asunto del cual también se ocupa el autor con interesantes análisis y conclusiones que cabe compartir y que, nuevamente, parecen anticiparse a las modificaciones por venir al Código Contencioso Administrativo.

El capítulo cuarto supone un nuevo botón de muestra de la constitucionalización del Derecho Procesal Administrativo y, de hecho, la postura asumida por el autor respecto de la viabilidad e, incluso, de la exigibilidad de un traslado de las excepciones de fondo al demandante a pesar de que, como es bien sabido, en el Código actualmente en vigor se trata de una etapa no prevista en el procedimiento contencioso administrativo, es una posición que se sustenta directamente en principios constitucionales, los cuales, una vez más y en ausencia de norma de rango legal que expresamente así lo disponga, se constituyen en fundamento normativo directo de una solución que bien puede ser prohijada -y de hecho lo es, aunque no de forma unánime, como sustentadamente lo expone el autor- por los jueces en lo contencioso administrativo, quienes apartándose de interpretaciones ancladas en la Escuela de la Exégesis y en el culto irrestricto a las formas legales de claro sabor decimonónico, están llamados a reconocer y a dispensar plena eficacia directa a los derechos y principios constitucionales al debido proceso, a la contradicción y a la defensa, ahora en cabeza de la parte demandante.

De especial interés considero la argumentación con base en la cual el autor expone las razones -que estimo, en lo sustancial, suscribibles- con fundamento en las cuales se aparta de la postura asumida por el Consejo de Estado en el sentido de estimar improcedente el traslado de las excepciones dada la falta de previsión legal en tal dirección. Por una parte, dado que se trasciende el puro análisis legalista y formal al uso en la doctrina e incluso en alguna decisión judicial y, por otra, atendiendo a que el profesor Alzate acredita su solvencia en el adecuado manejo de la jurisprudencia como fuente de Derecho -otra asignatura pendiente de mejor desempeño al interior de la propia Jurisdicción- de suerte que realiza, a lo largo de toda la obra y en este apartado en particular, un correcto análisis

tanto estático como dinámico de los pronunciamientos judiciales que examina, construyendo rigurosamente las líneas jurisprudenciales, identificando en ellas los pronunciamientos representativos y distinguiendo, respecto de cada providencia, los apartes que en las mismas constituyen precedentes vinculantes a través de la diferenciación entre *dicta* y *ratio*, para hacer uso, de este modo, científicamente y atribuyendo a los precedentes jurisprudenciales el estricto valor que les corresponde, de referencias jurisprudenciales analógicas -esto es, siempre conectadas con los hechos del caso y/o con los problemas jurídicos desatados por el Tribunal correspondiente- y no de meras referencias conceptuales comunes -tan usuales entre nosotros- o, en otros términos, de citas de apartes de multiplicidad de proveídos, descontextualizadas fáctica y estructuralmente de los argumentos que sustentan cada providencia analizada.

En relación con este tema, el trabajo del profesor Alzate también parece anticiparse -y sobradamente fundamentar- la reforma que se advierte como inminente al C.C.A.

En el quinto capítulo, una vez más, se constata y se dirime otra colisión entre valores y principios constitucionales, en esta ocasión desencadenada por el análisis de los alcances de la facultad judicial de decretar pruebas de manera oficiosa, la cual el autor creo que acierta a diseccionar en dos eventos claramente diferenciables: el decreto oficioso de pruebas dentro de la misma oportunidad procesal que asiste a las partes con el fin de deprecar o de aportar las suyas, en primer término y, en segundo lugar, el decreto de pruebas mediante auto para mejor proveer enderezado a esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda antes del momento de fallar. En estos dos escenarios entran en conflicto uno de los valores fundantes del Estado Constitucional colombiano -la justicia, en tanto que propósito de la actividad desplegada por la Rama Jurisdiccional del Poder Público o la prevalencia del derecho sustancial- y principios o derechos igualmente reconocidos en la Norma Fundamental, como la igualdad -entre las partes en litigio-, el debido proceso en cabeza del litigante afectado con el recaudo y valoración del elemento acreditativo acopiado por iniciativa del Juez, así como el ya mencionado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o al acceso a la Administración de Justicia.

Se antoja relativamente claro que el debido proceso y el derecho a la contradicción no se ven menoscabados en manera alguna con el decreto oficioso de pruebas al inicio de la etapa probatoria del proceso, pero tales garantías sí podrían verse limitadas, con mayor o menor intensidad, a través de la práctica o el acopio de pruebas ordenada por el Juez con el

proceso visto para sentencia, evento este último en el cual resulta plausible pensar tanto en que se permita a las partes pedir nuevamente pruebas que apunten a controvertir la decretada a iniciativa del Juez, como en correr un nuevo traslado para alegar, de suerte que las partes puedan esgrimir sus argumentos tomando en consideración la totalidad del acervo probatorio que será valorado por el fallador en su decisión de fondo. Sin el recurso a algunas -o a todas, preferiblemente- las alternativas en comento con el propósito de “equilibrar las cargas”, el desbalance entre los principios, derechos e intereses constitucionales en tensión puede devenir en desproporcionado y, por consiguiente, en contrario a la Carta Política, luego es éste otro escenario en el cual la autoridad judicial debería aplicar, con rigor, el principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación con miras a establecer adecuados balances constitucionales, en cada caso concreto, antes de decidirse a ejercer su amplísima *potestad* -que según el balance constitucional del supuesto específico puede aparecer como un auténtico *deber*- de decretar pruebas de oficio.

En el capítulo sexto se desarrolla el complejo y nada pacífico tema relativo a los efectos de las sentencias mediante las cuales se declara la nulidad de actos administrativos y el arduo debate atinente a si dichos efectos deben extenderse sólo hacia el futuro después de proferida la decisión judicial o también han de comprender a las situaciones jurídicas que comenzaron a surgir a partir de la expedición de la determinación administrativa cuya ilegalidad o inconstitucionalidad se declara; el autor defiende, con sólidos argumentos, la tesis que sostiene la necesidad de que los efectos de las sentencias anulatorias se extiendan hacia el pasado -*ex tunc*-, esto es, a las situaciones jurídicas surgidas desde que el acto se dictó, aunque preservando incólumes -como lo ha mantenido la jurisprudencia del Co- de favorecer la seguridad jurídica.

Sin duda dicha posición constituye menor fuente de injusticias y de contradicciones teóricas y lógicas que aquella en virtud de la cual los fallos de nulidad sólo deben producir efectos *ex nunc*; empero, al propugnar por los efectos hacia el pasado pero sin tocar las llamadas situaciones jurídicas consolidadas -como lo ha sostenido mayoritariamente la jurisprudencia del máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo- no se está del todo exento de sembrar el germen de mayor litigiosidad con el consiguiente desmedro para la seguridad jurídica por la cual se afirma propender, más allá del indeseable atosigamiento añadido para el aparato jurisdiccional- y, sobre todo, de propiciar nuevas y graves injusticias. Piénsese en el tema tributario -uno de aquellos más impactados por el aludido debate- y en la anulación de un acto administrativo general que

crea irregularmente un impuesto que ha sido ya, en considerable medida, recaudado por las autoridades; de acuerdo con la tesis de los efectos *ex tunc* pero que no alcanzan a las “situaciones jurídicas consolidadas”, los contribuyentes cumplidos, respetuosos de sus obligaciones tributarias, que presumieron la buena fe y el recto obrar de la Administración, de modo que pagaron el impuesto sin formular reclamo administrativo o jurisdiccional alguno, verán cómo su injusta situación jurídica se “consolidó” y no tendrán derecho al regreso de lo que, sin lugar a la menor hesitación, pagaron indebidamente, mientras que aquellos que pagaron pero interpusieron recursos en sede gubernativa o demandaron ante la Jurisdicción actos administrativos individuales mediante los cuales se rehusó la devolución de lo pagado, podrán obtener la restitución de los dineros respectivos. -Resulta necesario mencionar, acaso, a los que ni siquiera se tomaron la molestia de pagar el impuesto-

El mensaje es doble o triplementemente nefasto: en primer lugar, se desincentiva el cumplimiento oportuno de las obligaciones tributarias, pues con o sin asomo de duda -por parte del ciudadano- respecto de la juridicidad de la norma que las impone, siempre puede merecer la pena aguardar a eventuales declaratorias de ilegalidad que eximan definitivamente de cualquier temor a la responsabilidad derivada del incumplimiento de las mismas; o, en segundo término, se invita a que se cumpla con el deber como contribuyente, pero dejando en marcha ora reclamaciones administrativas, bien procesos judiciales, de manera que las situaciones jurídicas no “se consoliden”; o, finalmente, se aboca al ciudadano cabal y oportuno cumplidor de sus deberes en tanto que contribuyente cuya situación jurídica “se consolidó”, a instaurar acciones de reparación directa después de proferido el fallo que declara la nulidad del acto administrativo contenido del espurio tributo, con el fin de obtener la restitución del pago de lo no debido que, a no dudarlo, se produjo en beneficio de un Estado que abusa de su potestad normativa, utilizándola de modo irregular con fines recaudatorios e irrogando daños a los ciudadanos que éstos no se encuentran en el deber jurídico de soportar, con lo cual difícilmente podría discutirse que se configura una evidente y masificada -por cuanto a sus efectos atañe- falla en el servicio.

En el capítulo séptimo el autor concita nuestra atención alrededor de un asunto cuyo estudio en los procesos judiciales, en no pocas ocasiones, se aborda como si de un extremo de menor entidad se tratase, restándole la importancia que sin duda le asiste en cuanto se trata de uno de los rubros del daño que se pretende sea reparado como producto del ejercicio de las acciones subjetivas o indemnizatorias, cual es el tema de las

costas, así como el de los inconvenientes y las protuberantes injusticias a las cuales puede conducir -y, de hecho, conduce- la aplicación de un régimen subjetivo -dependiente de la conducta temeraria de las partes en el proceso judicial- para condenar a la parte vencida al pago de las mismas, a pesar de que el ganador del litigio, sin lugar a la menor hesitación y con o sin proceder temerario de su contraparte, tuvo que hacer frente a los perjuicios derivados de la asunción de los costos que implica hacer frente al proceso y al pago de las agencias en derecho.

Frente a la injusta realidad a la cual en esta materia conducen algunas decisiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y que el autor, nuevamente con acierto, refleja en su trabajo, no pareciera a los litigantes quedar más remedio que incluir el rubro de las costas procesales como uno de los elementos del daño emergente cuya indemnización deprequen, para evitar la complejidad de tener que acreditar la concurrencia de elementos subjetivos reprochables en el proceder de su contraparte dentro del proceso, como presupuesto necesario del reconocimiento de la existencia de la mencionada modalidad del perjuicio -lo cual ya, por sí mismo, constituye un auténtico contrasentido, pues el daño existe, o no, con independencia de los matices que rodeen el comportamiento de las partes en desarrollo del litigio- si se solicitare, por ejemplo, en la demanda, la condena en costas del accionado y no indemnización del daño emergente consistente en los gastos del proceso y las agencias en derecho.

De todos modos y si de la aplicación del régimen subjetivo que para la condena en costas consagra el C.C.A., se trata, pueden resultar de mucha utilidad las reglas y subreglas que el autor propone, partiendo del análisis sobre la forma como las partes ejercen sus facultades y sus derechos o afrontan sus cargas y deberes dentro del proceso, para efectos de identificar el despliegue de conductas, la realización de actividades o la asunción de posturas catalogables como temerarias, que abran las puertas a la condena en costas y posibiliten la materialización, por cuanto a este concepto respecta, del principio de reparación integral, cuyo desconocimiento bien puede estar a la orden del día en la práctica judicial actual, no obstante su abundante y reiterada consagración tanto en el derecho interno como en el internacional.

Y en el capítulo octavo aparecen en escena, por una ocasión adicional, las tensiones y conflictos entre principios, derechos e intereses constitucionalmente consagrados -derecho a la tutela judicial efectiva entendido como garantía de que la justicia sea pronta y cumplida, es decir, eficaz, que sus decisiones realmente se cumplan; protección al patrimonio públi-

co, a la eficacia y eficiencia de la función administrativa, entre otros-, ahora alrededor del tema de la embargabilidad de los bienes de las entidades estatales. No sólo resulta complejo el ejercicio de construir, previa identificación, la “maraña” -en los términos del propio autor- de reglas y de subreglas, tanto normativas como jurisprudenciales sobre inembargabilidad, sino también complicado establecer la existencia de la misma en supuestos no expresamente previstos por disposiciones de derecho positivo, pero que sin duda encuentran clarísimo anclaje, precisamente, en principios de estirpe constitucional, como el profesor Alzate justifica que ocurre en el caso de los bienes de las Empresas Sociales del Estado.

Resulta loable, por tanto, el ejercicio de alta filigrana jurídica que supone la sistematización que se ofrece en este último capítulo, en especial de cara a que los operadores judiciales no sólo cuenten con mayores posibilidades de acierto al adoptar decisiones de esta naturaleza, sino también conozcan, de forma ordenada, el intrincado entramado normativo que se ocupa de la materia, por los elevados niveles de compromiso que las determinaciones adoptadas en estos ámbitos pueden comportar para las responsabilidades patrimonial, disciplinaria y penal del servidor público. Finalmente y a propósito de la mencionada responsabilidad penal, se antoja plausible el llamado a la mesura y a la prudencia que a la Jurisdicción penal se formula en el trabajo para que al enjuiciar el proceder de jueces y magistrados que adoptan decisiones sobre embargo de bienes de las entidades del Estado, se evite convertir el proceso penal en una nueva instancia de discusión de aquéllas determinaciones y, lo que quizás resulte peor aún, en una espada de Damócles que se cierne sobre la cabeza del operador judicial, con notable desmedro de su autonomía y de su independencia.

En fin, como lo expresara al inicio de este exordio, el trabajo que el lector tiene entre sus manos permite conocer, a carta cabal, las virtudes de su autor; los frutos de su esfuerzo reflejados en esta obra deben reconfortar al profesor Luis Carlos Alzate Ríos y, especialmente, estimularlo a continuar adelante en su labor investigativa, en beneficio de la comunidad académica y de la sociedad por cuyo progreso se propende desde las aulas y, por supuesto, también desde la Administración de Justicia.

HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ⁶
Bogotá, diciembre de 2010.

⁶ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Profesor de la Universidad Externado de Colombia. En la actualidad se desempeña como Magistrado Auxiliar en la Sección Tercera del CONSEJO DE ESTADO. Igualmente, es autor de la obra LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA, editada por la Universidad Externado de Colombia en el año 2007.

ABREVIATURAS

C.C.A.	Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).
C.P.	Constitución Política de Colombia.
C.P.A. y de lo C.A.	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).
C.P.C.	Código de Procedimiento Civil.
E.T.	Estatuto Tributario
E.O.S.F.	Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

CAPÍTULO I

OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Entre los criterios orgánico, funcional y formal

“La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”⁷

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LA JURISDICCIÓN EN GENERAL.- 3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN GENERAL Y LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN PARTICULAR.- 4. EL OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA.- 4.1. El criterio utilizado en el inciso primero de artículo 82 del C.C.A.- 4.1.1. La posición del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.- 4.1.2. El criterio del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria.- 4.1.3. El criterio de la doctrina.- 4.1.4. La interpretación propia del inciso 1 del artículo 82 del C.C.A., conforme a la reforma introducida por la ley 1107 de 2006.- 4.2. Interpretación del inciso segundo de artículo 82 del C.C.A.- 4.3. Interpretación del inciso tercero de artículo 82 del C.C.A.- 4.3.1. Los actos disciplinarios de autoridades diferentes a las enunciadas en la norma en estudio.- 4.3.2. ¿Qué debe entenderse por *juicios de policía regulados por las leyes especiales*?- 4.3.3. La responsabilidad del Estado Rama Judicial.- 5. EL OBJETO DE LA JURISDICCIÓN EN EL NUEVO EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Siguiendo los postulados del Estado republicano, el constituyente de 1991 planteó la tridivisión del poder consagrando a la rama judicial (dividida) en jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa, constitucional, y jurisdicciones especiales (título VIII, artículos 228 a 257 de la C.P.); defiriendo su organización a las leyes estatutarias (artículo 152 Lit. b *ibidem*) y su desarrollo y operatividad a las leyes ordinarias (artículo 150 No. 10 *idem*).

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA, Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente: Dr. ÁLVARO TAFUR GÁLVIS.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), en su artículo 11, modificado por el artículo 1 de la ley 585 de 2000, en concordancia con la Constitución, consagra las mismas jurisdicciones, determinando las jurisdicciones especiales en las de paz y de comunidades indígenas.

Así pues, es la Ley la que debe definir el alcance y la competencia de cada una de las jurisdicciones especiales consagradas al interior de la Constitución Política, y ello no sólo por lo consagrado en las normas mencionadas sino porque la competencia y las facultadas de cada organismo del Estado deben claramente estar definidas en la Ley (artículo 6 de la C.P.).

Por lo anterior, es el legislador (dentro de las normas adjetivas de cada una de las jurisdicciones creadas por el constituyente) el que debe determinar el objeto y alcance de cada una de ellas de cara a establecer la competencia jurisdiccional para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses.

Para efectos de definir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe tenerse en cuenta el artículo 82 del C.C.A., en su redacción vigente de acuerdo a las modificaciones introducidas por los artículos 30 de la Ley 446 de 1998 y 1 de la Ley 1107 de 2006, norma que, con la última modificación introducida, pretendió menguar los conflictos de jurisdicción esencialmente presentados entre la jurisdicción ordinaria (especialidad jurisdiccional civil) y la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, como se verá más adelante, no entró a definir claramente la forma de distribuir entre las diferentes jurisdicciones la competencia para resolver los conflictos, ni la forma de calificarlos para efectos de determinar la competencia jurisdiccional.

Dadas tales circunstancias, la finalidad del presente escrito es determinar de forma clara la redacción vigente del artículo 82 del C.C.A. Partiremos entonces del análisis de los criterios en él utilizados (para definir el objeto de la jurisdicción), haremos una interpretación sistemática de las normas que consagran la competencia y las acciones propias de cada ordenamiento jurídico (civil, administrativo, laboral, esencialmente), y estudiaremos las definiciones que al rededor de este concepto nos trae tanto la doctrina como la jurisprudencia.

Cabe resaltar que el presente asunto (que parecería ser una cuestión meramente formal, esto es, definir competencia, definir conflicto) tiene una gran trascendencia, pues hace parte del núcleo esencial, o mejor, es una de las garantías fundamentales que se desprenden del debido proce-

so como derecho fundamental, tal como lo es la garantía del juez natural⁸; es decir, quien conoce del conflicto a resolver debe ser la persona investida por la Constitución o la Ley para definir dicha situación de forma previa a la presentación del conflicto, con el fin de evitar la designación del mismo *a posteriori*, tornándose así en una garantía fundamental dentro de un Estado de Derecho.

En este sentido, el juez natural es el juez que, conforme a la regulación legal contenida en los códigos de procedimiento, posea jurisdicción, entendida esta (como lo hace constitución y la ley) en el sentido de competencia; lo que daría como resultado que la falta de jurisdicción vulnera el derecho al debido proceso en su acepción juez natural o competente. Esta interpretación ha sido avalada por la Corte Constitucional⁹. Se deduce entonces que la falta de jurisdicción ocasionaría una violación al debido proceso en sí y, por tanto, la actuación surtida ante el funcionario incompetente por jurisdicción sería nula, nulidad que sería por demás insaneable y que carecería totalmente de eficacia.

2. LA JURISDICCIÓN EN GENERAL

Para definir claramente el contenido y alcance del artículo 82 del C.C.A., que consagra el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es necesario, en primer lugar, definir el término jurisdicción.

Como ya se planteó en la introducción, el Estado moderno divide su poder, división dentro de la cual está el poder judicial, que se encuentra

⁸ El artículo 29 constitucional, consagra esta garantía al momento de establecer que nadie podrá ser juzgado sino ante juez o tribunal competente. Se resalta que en el presente escrito, el suscrito cambia su posición reflejada en el siguiente artículo relacionado con el tema del juez natural: ALZATE RÍOS, Luis Carlos. LA JURISDICCIÓN COMO PRESUPUESTO PROCESAL Y DEBIDO PROCESO. En línea: REVISTA INTERNAUTA DE PRÁCTICA (SIC) JURÍDICA Universidad de Valencia. Año 2005, no. 16. (citado el 22 de julio de 2010). Disponible en internet en: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num16/num16.html

⁹ Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T 668 del 10 de diciembre de 1997 Magistrado Ponente ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. En esta sentencia se afirma en su aparte más contundente: "En conclusión, si un funcionario de la jurisdicción ordinaria falla un proceso que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, incurre en una ostensible vía (sic) de hecho, no justificable por el silencio de las partes o por la desidia del mismo juez de plantear en cualquier instante procesal la nulidad insaneable de falta de jurisdicción (art. 144 C. de P. C., in fine). Además, la existencia de un juez competente no solamente surge del ordenamiento nacional sino de disposiciones internacionales aplicables en Colombia, con carácter prevalente (art. 93 C.P.), como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en el primer numeral del artículo octavo señala las garantías judiciales que caracterizan el derecho fundamental al debido proceso..."

investido de la jurisdicción estatal. Para efectos del presente escrito, entendemos por jurisdicción:

“... la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares a de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva.”¹⁰

En otras palabras, es:

“... la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humana, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.”¹¹

De lo anterior colegimos que la jurisdicción es una potestad pública que emana de la soberanía y que tiene íntima relación con la aplicación del Derecho a los casos concretos, a fin de ser tanto vehículo de la justicia, como resolución de los conflictos. En el caso particular del Estado colombiano, la jurisdicción se encuentra orgánicamente dividida, es decir, el constituyente de 1991, si bien parte de la unidad jurisdiccional (tal como lo ha interpretado la Corte Constitucional¹²), la define como estrictamente funcional, dado que, orgánicamente, la Constitución posibilita el ejercicio de actividades jurisdiccionales a las otras ramas del poder

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. La Jurisdicción y la Competencia. Bogotá: Editorial Leyer, 2008. p. 9.

¹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Bogotá: ABC, 1981. Tomo I, p. 84.

¹² Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-415 del 28 de mayo de 2002, Magistrado Ponente EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

La doctrina nos ilustra sobre el tema: "Si bien la jurisdicción, entendida como la potestad que tiene el Estado de administrar justicia en ejercicio de la soberanía de que es titular, mediante el conocimiento de las diferentes causas (civiles, criminales, administrativas, etc.), es única e indivisible; razones de naturaleza política y la necesidad de asegurar la mayor eficacia de la administración de justicia, legitiman la existencia de jurisdicciones diferentes que forman parte de la rama judicial; pero la existencia de dichas jurisdicciones no implica el rompimiento de la unidad ontológica de la potestad del Estado." JULIO ESTRADA, Alexei. Las Ramas Ejecutiva y Judicial del Poder Público en la Constitución de 1991. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003, p. 169 y 170.

público¹³ (la Rama Legislativa investiga y juzga a los funcionarios con fuero, y la Ley puede investir de funciones judiciales a la Rama Ejecutiva como, por ejemplo, a las Superintendencias, y a los particulares como conciliadores y árbitros).

Igualmente, en el momento en que nuestra legislación divide la jurisdicción en la forma indicada en la introducción, se aparta de dicha unidad en pro de buscar la especialización en el trabajo, es decir, se propende por la existencia de jueces especializados para la aplicación de las normas de las diferentes áreas del Derecho, poniendo en un lugar a la jurisdicción ordinaria (que incluye las especialidades jurisdiccionales civil, familia, laboral, penal, penal de adolescentes, agraria y comercial), en donde se van a aplicar las normas sustanciales a relaciones eminentemente privadas, con toques de relaciones sociales en los ámbitos laboral, familia, agrario y penal de adolescentes; y en lugar diferente a las materias contencioso administrativas, siendo éstas claramente relaciones de corte público en donde el Estado ejerce sus potestades. Además de las anteriores están las materias constitucionales (en donde igualmente se vislumbran relaciones de Derecho público, sobre todo en lo atinente al control de constitucionalidad y a la protección de los derechos fundamentales); las materias propias de la justicia de paz, como conflictos esencialmente comunitarios; las materias de la jurisdicción especial indígena, que aceptan la existencia del pluralismo étnico y cultural (en donde se miden las transgresiones sociales con una cosmovisión totalmente diferente); y, por último, la jurisdicción disciplinaria, con un ámbito de acción claramente definido en torno al control disciplinario de funcionarios judiciales, magistrados, jueces, fiscales y abogados en el ejercicio de su profesión; y donde también se dirimen los conflictos entre las jurisdicciones anteriormente enunciadas.

Así las cosas, parecería que el contenido de cada jurisdicción, y la distribución del trabajo realizado entre ellas, fuere claramente definido en la ley y no planteara ninguna inquietud, pues la especialidad y el contenido del Derecho a aplicar definiría el juez que pertinente para ejercer la función. Sin embargo, tales límites no poseen en realidad las definiciones claras y concretas que se desearía para este tema tan fundamental para la materialización de la garantía del juez natural. Por lo tanto, entremos a estudiar el origen histórico de lo que se conoce como la *jurisdicción de lo contencioso administrativo*, tema que tiene una relación directa con la existencia de esa rama especializada del Derecho público.

¹³ Ver artículo 116 de la C.P.

3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN GENERAL Y LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN PARTICULAR

El Derecho Administrativo nace con la existencia misma del Estado moderno, es decir, tiene sus soportes en la existencia del Estado como ente controlador y detentador del poder público pero, a su vez, sometido al Derecho, es decir, soporta su existencia en la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público¹⁴. Sin entrar a distinguir el fundamento teórico de la existencia del Derecho administrativo contemporáneo (que ha cambiado con la evolución del Estado y sus funciones), diremos que ha pasado del poder administrativo (diferenciación de actos de gestión y actos de poder), a la prestación de servicios públicos, posición esta última superada con las nuevas corrientes privatizadoras que invadieron el mundo capitalista que de la cual Colombia no fue ajena. En la actualidad, el Derecho administrativo parece basarse en la existencia del Estado regulador para el cumplimiento de los fines estatales, de donde se desprende que el ejercicio de la autoridad, es decir, la ejecución de actos propios del Derecho público, no se encuentra en posición de igualdad con los particulares, sino que impone su voluntad a través del ejercicio de sus potestades¹⁵.

Como ya se indicó, la existencia de jueces y jurisdicciones especializadas se basa claramente en el objetivo de garantizar un juez técnico¹⁶, es decir, un jurista que garantice la aplicación efectiva de todos los valores, principios y normas que estructuran una determinada área del Derecho.

Partiendo de lo anterior, y ya desde el punto de vista de jurisdiccional, se han utilizado tradicionalmente varios criterios para definir el objeto de la jurisdicción, como son el orgánico o subjetivo, el funcional, el teleológico u objetivo, y el formal¹⁷.

El primero de ellos define la jurisdicción contencioso administrativa partiendo de la naturaleza jurídica de las partes del proceso, es decir, si nos

¹⁴ Sobre el origen histórico del Derecho administrativo colombiano, pueden consultarse las siguientes obras de edición reciente que estudian, plantean y resuelven el tema: MALAGÓN PINZÓN, Miguel. *Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del Derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. PEÑA PORRAS, Diego Isaías. *La Construcción del Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

¹⁵ Ver CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA, Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente: Dr. ÁLVARO TAFUR GÁLVIS.

¹⁶ En su obra *Teoría General del Proceso*, Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, incluyen el juez técnico como garantías subjetivas desprendidas de la jurisdicción. Ver QUINTERO, Beatriz. PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Temis 2000, p. 167 y 168.

¹⁷ QUINTERO, Beatriz. PRIETO, Eugenio. Op. Cit., p. 165 y 167.

encontramos en presencia de una persona jurídica pública, nos encontramos en presencia de un proceso contencioso administrativo, independientemente del contenido u objeto del proceso y las normas sustanciales a aplicar, esto es, el juez contencioso administrativo es el juez natural en todo proceso donde el Estado sea parte, independientemente del tipo de actividad que desarrolle y de las normas a las que deba acudir para solucionar el conflicto.

El criterio funcional o teleológico atiende más al contenido de la controversia que a las partes en conflicto, es decir, debe analizarse la naturaleza del conflicto, calificarse como propio del Derecho administrativo, léase, emanado del ejercicio de las potestades públicas, para así entenderlo como conflicto propio de la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo. En palabras del maestro Devis Echandía, el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativa “... es la creación de un medio técnico jurídico para el control de los órganos administrativos por el órgano jurisdiccional y lograr así la defensa del orden jurídico contra sus abusos o desviaciones, y secundariamente para la solución de los conflictos surgidos entre los particulares y la administración, con motivo de la lesión sufrida por aquellos a consecuencia de tales abusos y desviaciones del poder o la no prestación del servicio público que la ley otorga.”¹⁸.

El criterio formal, por su parte, no entra a definir de fondo nada, sino que el legislador, con la autoridad que le otorga la constitución, simplemente define legal y directamente a quién compete (por jurisdicción) determinado conflicto, independientemente del sustento material u orgánico que pueda estar presente en el contenido del mismo, o la naturaleza de las partes.

Definido lo anterior, se entra a analizar qué criterios utiliza el legislador para definir el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia.

4. EL OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

Para el desarrollo del presente acápite se partirá del texto mismo del artículo 82 del C.C.A., analizándolo inciso por inciso (desde su literalidad misma), tomando en principio como base la exposición de motivos de la

¹⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit., p. 96.

Ley 1107 de 2006, para pasar a la interpretación que de él ha dado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la del Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria y la doctrina; así como a la interpretación final, propuesta para una verdadera inteligencia tanto literal como histórica, sistemática y finalista de esta norma, cuya importancia es definitiva para determinar el contenido y alcance de la jurisdicción especializada en comentario.

Partamos el análisis del texto (artículo 82 del C.C.A.) en *antes de la reforma y después de ella*, para lo cual se transcriben a doble columna los textos en mención:

ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY 1107 DE 2006:	TEXTO VIGENTE, CON LA REFORMA DE LA LEY 1107 DE 2006:
<p><i>“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 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. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley.</i></p> <p><i>Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.</i></p> <p><i>La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.</i></p> <p><i>Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura, no tendrán control jurisdiccional”</i></p>	<p><i>“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la constitución y la ley.</i></p> <p><i>Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.</i></p> <p><i>La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.</i></p> <p><i>Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las salas jurisdiccionales disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura, no tendrán control jurisdiccional.”</i></p>

Cuadro No. 1: Modificaciones normativas al artículo 82 del C.C.A. por parte de la Ley 1107 de 2006.

Como puede observarse de la simple comparación de las normas, la modificación sólo se introduce en el inciso primero, eliminando la palabra *administrativos*, que servía de adjetivo a las controversias o litigios, incluyendo a las “*sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%*” como entidades públicas sujetas al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo.

Por ello, se analizará el texto del mencionado artículo realizando el estudio del mismo por incisos, tal como se entra a desarrollar.

4.1. El criterio utilizado en el inciso primero de artículo 82 del C.C.A:

Del texto mismo de la norma, y de la expresa sustentación de la reforma, se desprende que la finalidad del legislador fue, en primer lugar, definir en el inciso primero el objeto de la jurisdicción administrativa de una forma clara, a fin de eliminar los conflictos de jurisdicción (que no eran resueltos de manera uniforme por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura), e introducir de manera expresa el criterio orgánico en dicho aparte normativo para definir el objeto de la jurisdicción, es decir, éste se define con la simple presencia de una entidad pública. En la exposición de motivos se observa claramente:

“1. El establecimiento de un criterio orgánico de competencia y las dificultades actuales. Esa sencilla modificación a la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, consistente en la eliminación del calificativo “administrativos” que hoy contiene el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo para las controversias y litigios cuyo conocimiento está atribuido a dicha jurisdicción, permitiría establecer un criterio orgánico para su determinación, así como solucionar importantes diferencias que, sobre dicha cláusula, vienen presentándose en las diferentes jurisdicciones y que generan una profunda inseguridad jurídica en asunto tan trascendente como el establecimiento del juez competente para la solución de conflictos en los que está comprometida una persona jurídica de derecho público.

En efecto, de un tiempo acá se han presentado contradicciones significativas en la definición de competencias entre el Consejo de Estado, la jurisdicción civil ordinaria y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto a la distribución de asuntos entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa administrativa. Dicha dificultad se debe a la ausencia de una regla legal de competencia clara en algunas áreas, y a la disparidad de opiniones en la definición del crite-

rio material de competencia hoy existente, en cuanto a la determinación concreta de lo que ha de entenderse por litigios o controversias administrativos, que es el vocablo del artículo citado que se propone eliminar.

- 2. La diversidad de criterios entre la Sala Disciplinaria de Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo de Estado. El impacto de esta dificultad se refleja en la diversidad de criterios para el conocimiento de las demandas de responsabilidad contractual y extracontractual, según las definiciones adoptadas por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura cuando actúa como tribunal de conflictos y por el Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo.”*

Así pues, de la misma voluntad del legislador se podría inferir el querer de definir la jurisdicción de lo contencioso desde el punto de vista de las partes en conflicto.

4.1.1. La posición del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo: En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha interpretado la nueva configuración de la jurisdicción contenciosa conforme al criterio orgánico en las siguientes providencias:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto del 8 de febrero de 2007. Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02637-01(30903). Actor: UNIÓN TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA Y OTROS. Demandado: SOCIEDAD AGUAS DE RIONEGRO S.A. ESP.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Auto del 26 de marzo de 2007. Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00167-01(25619). Actor: LILIANA ARROYAVE CASTRO Y OTROS. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Auto del 18 de julio de 2007. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29745). Actor: INVERSIONES IBEROAMERICANAS COLOMBIA LTDA IBEROCOL LTDA. Demandado: CODENSA S.A. E.S.P. - EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTA S.A. E.S.P.

Me permito citar el siguiente aparte de la última de las providencias:

“1.4 La sustitución de un criterio funcional por uno orgánico de la cláusula general de asignación de competencias a la jurisdicción en lo contencioso administrativo:

El pasado 27 de diciembre fue promulgada la ley 1107 de 2006¹⁹, por la cual se modifica el artículo 82 del código contencioso administrativo, a su vez modificado por el artículo 30 de la ley 446 de 1998, que comportó un cambio radical de la cláusula general de asignación de competencias a esta jurisdicción.

El artículo 1º de la ley 1107 estableció:

...

De la lectura del precepto transcrito, se tiene que en adelante la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al “juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga.

En la exposición de motivos a la reforma legal que se comenta se puso de relieve, con abundante soporte jurisprudencial, cómo en vigencia del artículo 30 de la Ley 446 de 1998 no hubo uniformidad de criterios entre la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo de Estado en torno a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, lo que imponía la intervención del legislador en aras de garantizar la seguridad jurídica, como pilar indiscutible de nuestro Estado de Derecho. Particularmente, en punto de las controversias contractuales dice la referida exposición de motivos:

...

Con fundamento en las consideraciones precedentes se tiene que al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del C.C.A. y adoptarse sin asomo de duda un criterio orgánico, las normas restantes del Código Contencioso atributivas de competencias, deberán ser interpretadas a la luz de esta modificación. Lo contrario, tornaría nugatoria la importante enmienda introducida.

¹⁹ DIARIO OFICIAL No. 46494. 27 de diciembre de 2006.

Ahora bien, el numeral 5º del artículo 132 del C.C.A. asignaba a esta jurisdicción el juzgamiento de los contratos de todas las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios sin atender a la naturaleza jurídica de la entidad y siempre y cuando la finalidad del contrato estuviese vinculada directamente a la prestación del servicio, pero luego de la modificación del artículo 82 ibidem, este precepto debe interpretarse bajo la óptica del criterio orgánico, como criterio rector de las competencias de la justicia administrativa y por lo mismo, el precepto está referido sólo a las entidades estatales prestadoras de servicios públicos.

En efecto, el párrafo del precepto que se comenta es claro en señalar:

“Párrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.”

...

Si bien el artículo 2º de la ley 1107 sólo hace una referencia a una derogatoria expresa del artículo 30 de la Ley 446 de 1998, también señala que lo serán las “demás normas que le sean contrarias” y en este punto particular el numeral 5º del artículo 132 del C.C.A. efectivamente lo es, pues asignaba el juzgamiento de contratos de entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios sin atender su naturaleza jurídica y siempre y cuando su finalidad estuviese vinculada directamente a la prestación del servicio (criterio funcional), en cambio el nuevo artículo 82 del C.C.A. adopta -como ya se indicó- un criterio orgánico conforme al cual sólo se conoce de asuntos en los que intervenga una entidad estatal o un particular que desempeñe una función administrativa.

Y no puede invocarse que en materia de servicios públicos quedaron a salvo todos los asuntos relativos a servicios públicos. El párrafo del precepto que se comenta es claro en señalar:

“Párrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.”

Nótese como la disposición advierte que mantienen vigencia las normas “en materia de competencia” de las leyes 142 y 689, que son muy pocas como ya se indicó y que en unas hipótesis asignan la competencia a la jurisdicción ordinaria, mientras que en otras la atribución es para la contencioso administrativa, así:

i) a los actos y contratos en los que se ejerciten cláusulas exorbitantes (artículo 31 inciso segundo de la ley 142, modificado por el artículo 3º de la ley 689) estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa²⁰;

ii) a las facultades especiales por la prestación de servicios públicos: uso del espacio público, ocupación temporal de inmuebles, promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de bienes que se requiera para la prestación del servicio, estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo (art. 33 ibid.)²¹, y

iii) al cobro ejecutivo de deudas derivadas de la prestación del servicio público puede hacerse ante la jurisdicción ordinaria (art. 130 ley 142);

En tal virtud y siguiendo el criterio sentado por la Sala²², se impone concluir que el numeral 5º del artículo 132 y el numeral 5º del artículo 134 B fueron derogados por el artículo 1º de la ley 1107 de 2006.

En adelante la jurisdicción administrativa conocerá de todos los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos de carácter estatal, tengan ellos o no vinculación directa con el servicio, en tanto esta exigencia desapareció del ordenamiento jurídico al adoptarse, como en efecto se adoptó, un criterio orgánico en el que resulta irrelevante la finalidad del contrato, en tanto esta responde al criterio material o funcional que se quiso justamente superar.

En otros términos, el nuevo marco legal asigna a la jurisdicción en lo contencioso administrativo conocer de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sin que ahora se atienda a que su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, pero siempre y cuando el prestador sea

²⁰ El texto original de la ley 142 fue declarado exequible: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 066 de 1997, M.P. Morón Díaz.

²¹ Vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 558 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentarúa. En esta providencia la Corte sostuvo que dichos derechos y prerrogativas de autoridad ejercidas por los prestadores de servicios públicos configuran el ejercicio excepcional por particulares de función administrativa, y prohijó de esta suerte criterio expresado por esta Sala: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 18 de marzo de 1999, Rad. 15685, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

²² Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 8 de febrero de 2007, Rad. 05001-23-31-000-1997-02637-01, Actor Unión Temporal Aguas de la Montaña y otros, C.P. Enrique Gil Botero; CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 26 de marzo de 2007, Rad. 66001233100020030016701 (25619), Actor: Liliana Arroyave Castro y otros, Demandado: Instituto de Seguros Sociales, Asunto: Acción de Reparación Directa - Apelación Auto, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

una entidad estatal.²³ (Las notas a pie de página son de la cita original pero con diferente numeración)

Como se puede observar, es del criterio del Consejo de Estado el aceptar que el criterio orgánico es el que inspira y fundamenta el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo a lo consagrado en el inciso primero del artículo 82 del C.C.A., con la reforma introducida por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, es decir, para nada debe observarse el contenido del litigio ni las normas con base en los cuales debe resolverse el mismo.

No obstante lo anterior, resulta ser que, conforme lo consagrado la Constitución Política (artículo 256 numeral 6), y lo desarrollado la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (artículo 112 numeral 2 de la ley 270 de 1996), los conflictos de jurisdicción deben ser resueltos por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que es éste ente jurisdiccional quien dirime las controversias con la autoridad que le otorgan la constitución y la ley, por lo que es necesario estudiar la posición de tal organismo sobre el tema en estudio.

4.1.2. El criterio del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria: Este órgano de la jurisdicción, como ya se indicó, es el que define con criterio de autoridad los conflictos entre las diferentes jurisdicciones. Por lo anterior, es él quien tiene prevalencia al momento de entrar a estudiar el problema planteado. La alta corporación se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre este punto en los siguientes términos:

“Traído lo anterior al sub lite, atendiendo al factor subjetivo, aún cuando en uno de los extremos de la demanda se observa a un Municipio, definido en los artículos 286 y 287 de la Constitución como una Entidad territorial con autonomía para la gestión de sus intereses, es de advertir, que tal calidad, por sí sola, no determina la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para dirimir las controversias en que un ente territorial sea parte, pues ésta sólo puede ser ejercida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo a través de las acciones consagradas en la misma normatividad, en cuanto tales litigios se deriven del ejercicio de funciones propiamente administrativas o con ocasión de ellas en el cumplimiento de los cometidos estatales.

²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Auto del 18 de julio de 2007. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29745). Actor: INVERSIONES IBEROAMERICANAS COLOMBIA LTDA IBEROCOL LTDA. Demandado: CODENSA S.A. E.S.P. - EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

Ahora bien, por la materia o naturaleza del asunto, se aprecia que la demanda propuesta por los actores, lo es en ejercicio del proceso divisorio de venta de bien común, de conformidad con los artículos 467 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en procura de obtener, según las pretensiones, la venta en pública subasta de un inmueble del cual son copropietarios los demandantes y la Entidad demandada; lo anterior para concluir que es una acción de naturaleza civil, reglada por normas procedimentales propias de la materia.

Precisada la naturaleza de las pretensiones perseguidas en el presente asunto, esta Sala considera que le asiste razón al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Armenia para rehusar la competencia para conocer de la demanda, pues como quedó establecido, la controversia planteada gira en torno a un tema eminentemente civil, sin que, por el hecho de demandarse a una Entidad pública, sea posible someter su conocimiento al fuero de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En efecto, la Ley 1107 de 2006, por la cual se modificó la competencia en materia contencioso administrativa determinó que “La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.”

De acuerdo con lo anterior, a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se le atribuye la facultad de conocer de los procesos que involucran los actos de la administración cuando ésta desarrolla funciones que son inherentes a su naturaleza, mas no en lo que atañe con los actos realizados por las personas de derecho público cuando obran del mismo modo que los particulares, caso en el cual la misma corresponde a la Jurisdicción Civil; esto último cobra mayor vigencia si el litigio que se le propone a la Entidad territorial, se basa en una acción de índole privada, lo que, llevado al caso que nos ocupa, se traduce en la acción divisoria propuesta por los demandantes, quienes procuran la venta del derecho de dominio que comparten con el Municipio.

El hecho de que el demandante sea el Municipio de Armenia, en manera alguna altera la naturaleza de la acción incoada por los

actores, ya que, como quedo establecido, el criterio que ha de aplicarse es el objetivo y no el subjetivo.”²⁴

El anterior no es un criterio aislado, dado que lo vemos reflejado en otras providencias como la que a continuación se transcribe:

“Por lo mismo, la aplicación del criterio orgánico contenido en la Ley 1107 de 2006, (modificatorio del art. 82 C.C.A.) que asignó la competencia para conocer de las acciones contenciosas en donde se encuentre vinculada una entidad estatal o de economía mixta con un capital superior al 50 % a la jurisdicción administrativa, debe interpretarse dentro del contexto administrativo y con criterio sistemático, dada precisamente su especialidad, pues considerar el criterio orgánico de manera absoluta y por fuera del ámbito de la competencias contenidas en el Código Contencioso Administrativo, implicaría asignar por ejemplo el trámite de sucesiones cuando el ICBF asume vocación hereditaria, o de procesos posesorios o de servidumbres a la jurisdicción contenciosa, siendo estos extraños a la misma.”²⁵

4.1.3. El criterio de la doctrina: La doctrina nacional no es unánime en el tratamiento frente al criterio preponderante consagrado en el artículo 82 del C.C.A., en su redacción actual.

Es así como, por ejemplo, el ex consejero de estado MANUEL S. URUETA, se inclina por interpretar la inclusión de criterio orgánico, aunque no se encuentre de acuerdo con el mismo. El autor en cita, nos ilustra:

“Hoy, la Ley 1107 de 2006 deja paso a un criterio orgánico del acto susceptible de control, sin importar que éste materialice o no el cumplimiento de funciones administrativas. ... El nuevo artículo 82 consagra un criterio orgánico del acto como indicador de la competen-

²⁴ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA. Sentencia del 1 de octubre de 2009. Magistrada Ponente Doctora NANCY ÁNGEL MÜLLER. Radicación No. 11001010200020090200900.

²⁵ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA. Sentencia del 5 de marzo de 2009. Magistrado Ponente: HENRY VILLARRAGA OLIVEROS. Radicación: 11001010200020080159400.

En igual sentido pueden consultarse las siguiente providencias de la misma corporación y sala:

- Sentencia del 29 de mayo de 2008. Magistrado Ponente: MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS. Radicación: 11001010200020080069200.
- Sentencia del 6 de marzo de 2009. Magistrado Ponente: HENRY VILLARRAGA OLIVEROS. Radicación: 11001010200020080161500.
- Sentencia del 21 de mayo de 2009. Magistrado Ponente: HENRY VILLARRAGA OLIVEROS. Radicación: 11001010200020080258700.
- Sentencia del 12 de noviembre de 2009. Magistrada Ponente: JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ. Radicación: 11001010200020090280800 (1762-06).

cia del juez administrativo, desfigurando así el perfil del objeto de la jurisdicción especializada al asignarle el conocimiento de asuntos de derecho privado.

Se asiste así a la crisis del criterio de competencia, pues la nueva ley dio un paso más en la dirección equivocada al desnaturalizar el objeto específico de lo contencioso administrativo, que ha sido a lo largo de la historia de la jurisdicción, el fundamento de su existencia, pues fue la naturaleza administrativa del acto lo que sirvió de justificación técnica jurídica a la existencia de una jurisdicción especializada. Esa justificación desaparece parcialmente, desde el momento en que se le asigna al juez administrativo la aplicación del derecho común, la cual estaría en mejores manos seguramente si continuara bajo el conocimiento del juez ordinario.”²⁶

Por su parte, la ya clásica obra de Derecho Procesal Administrativo del Dr. CARLOS BETANCOUR JARAMILLO, en su última edición, citando plenamente la reforma, no se separa del criterio funcional. Dicho autor nos comenta:

“Lo precedente permite concluir que el ejercicio de la acción con miras a la obtención de una pretensión dada, está vinculada a una jurisdicción propia (la administrativa “instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado” (artículo 82 del c.c.a., 1º de la Ley 1107 de 2006). Actividad que se traduce en actos, contratos estatales, hechos, omisiones y operaciones administrativas, tal como lo da a entender el artículo 83 del c.c.a. luego de la modificación que le introdujo el art. 30 de la ley 446 de 1998. Y como es obvio, al compendiarse así esa actividad administrativa, la que debe estar siempre sometida a la ley, es fácil concluir que la jurisdicción contencioso administrativa está instituida precisamente para juzgar las distintas controversias que emanan del ejercicio de esa actividad.”²⁷

Más adelante, el mismo autor expresa:

“Cabe observar, entonces, para evitar equívocos, que el conocimiento de la jurisdicción administrativa no se define por el solo hecho

²⁶ URUETA, Manuel S. Evolución del Objeto de la jurisdicción contencioso administrativa en el Derecho colombiano. Publicada en RESTREPO MEDIDA, Manuel Alberto (Editor Académico). Retos y perspectivas del derecho administrativo Segunda Parte. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009. p. 336.

²⁷ BETANCOUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Medellín: Señal Editores, 2008. p. 34.

de ser parte la administración, sino porque la controversia gire en torno a actos o hechos expedidos o cumplidos en desarrollo de su actividad administrativa.”²⁸

Como se puede observar, el doctrinante en cita se aparta del criterio orgánico teniendo no sólo en cuenta la naturaleza histórica del fin de la jurisdicción contencioso administrativa, sino concordando el artículo 82 con el artículo 83 del C.C.A., que consagra la extensión del control a las formas como la administración materializa su actuación, que no son otros que: los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y lo contratos estatales.

En igual sentido se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al momento de afirmar que el objeto de la jurisdicción no se define únicamente con el criterio orgánico, como lo pretendió el legislador en la reforma introducida por la ley 1107 de 2006. En su concepto, la sala expresa:

“A manera de conclusión de este acápite, puede decirse que el Código Contencioso Administrativo, al definir el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa en el artículo 82, utilizó un criterio material basado en la naturaleza administrativa de la actividad que se controla; pero que al tipificar las acciones (pretensiones) a través de las cuales es posible acceder a esta justicia, utilizó las instituciones de acto administrativo y de contrato administrativo (hoy contrato estatal) para configurar las acciones de nulidad, de restablecimiento del derecho y la contractual, para definir la competencia de la jurisdicción cuando aquéllos sean ilegales o produzcan un daño. Por corresponder a instituciones suficientemente delineadas, y en las que se debate en buena medida la legalidad de tales actos jurídicos, el criterio material o de la actividad no es el determinante de la posibilidad de acceso a la jurisdicción, sino el de la existencia de tales actos. En relación con la acción de reparación directa, si bien inicialmente se estructuró bajo la idea de la responsabilidad por el “hecho administrativo” la jurisprudencia se construyó sobre la del derecho a la reparación del daño causado por la actividad del Estado. No existió, pues, en el Código Contencioso Administrativo, un criterio único para la delimitación de las jurisdicciones administrativa y ordinaria.”²⁹

²⁸ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Op. Cit. p. 135.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO Y LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO. Concepto del 19 de junio de 2008. Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00094-00(1865); 11001-03-06-000-2008-00020-00(1887). Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO; MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL.

4.1.4. La interpretación propia, del inciso 1ro del artículo 82 del C.C.A., conforme a la reforma introducida por la ley 1107 de 2006: Analizado las interpretaciones dadas por la jurisprudencia y la doctrina a la norma en mención, no sobra sino fijar el criterio propio del alcance de la misma:

Como se ha reiterado, la ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del C.C.A., reformó el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, en materia de controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, incluyendo a las sociedades de economía mixta (entre ellas a las empresas de servicios públicos domiciliarios) con capital público superior al 50%.

Por lo anterior, es importante establecer que la mencionada norma no puede interpretarse de forma aislada, como lo han hecho tanto el legislador (al momento de tratar de incluir como criterio único en el inciso primero el orgánico), como el Consejo de Estado Sección Tercera (en las providencias que se ha dejado referenciadas).

Como lo expresa Rocco³⁰, ninguna norma de derecho puede interpretarse de forma aislada del conjunto del sistema jurídico general del cual forma parte, por lo que el cambio de las normas fundamentales del sistema, cambian de manera radical la forma como debe interpretarse el sistema jurídico en general. El mismo autor expresa que la naturaleza de las normas o principios de interpretación, como sería el tratar de introducir solo un criterio interpretativo como lo pretendió el legislador del 2006, son reglas generales, fijas, inmutables e independientes del sistema político, dado que las leyes de interpretación no son normas jurídicas, dado que si lo fueran, igualmente deberían ser interpretadas, por lo que se desprendería de ello a la pregunta de cómo interpretarlas y se llegaría a una reducción al absurdo.

Así pues, la reforma en un solo inciso del C.C.A., no puede llegar a desestructurar el sistema de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el cual se ha estructurado tradicional e históricamente alrededor del concepto del Derecho administrativo como el ejercicio del control de las potestades públicas. Por lo tanto, el inciso bajo estudio no debe leerse solo, sino que debe concordarse con el artículo 83, extensión del control, y los artículos 84 a 87 del C.C.A., que definen, de manera taxativa, las acciones típicas contencioso administrativas.

³⁰ Ver ROCCO, Alfredo. La interpretación de las Leyes Procesales. Bogotá: Editorial Leyer, 2008 p. 11 a 18.

Efectivamente, debe en primer lugar mirarse la existencia de una persona pública dentro del litigio. Ahora, en caso de que así sea, es necesario observar a través de cuál de las formas en que la administración materializa su actuar es que se estructuran las pretensiones a introducir, para lo que debe entonces acudir al artículo 83 del C.C.A., y, teniendo posteriormente en cuenta cuál de ellas es, determinar la acción típica que se va a ejercer para el control de la actividad de la administración.

Por lo anterior, si la acción no se enmarca dentro de las consagradas en las normas del C.C.A., la misma se rige necesariamente por normas sustanciales y procesales diferentes a las del mencionado código. Así, si se demanda a un ente público, como por ejemplo a un municipio (como en el caso objeto de la providencia transcrita del Consejo Superior de la Judicatura), a través de la acción divisoria; si se tramitan tal acción, u otras, como la acción de dominio, la acción de declaración de pertenencia, o de contenido eminentemente civil ante la jurisdicción contencioso administrativa, ¿a cuál acción contenciosa podría ajustarse? ¿Cómo se computaría la caducidad? ¿Qué tipo de acción (contractual, reparación directa, de nulidad) sería la indicada?

Quiere decir todo lo previo que el criterio subjetivo no es por sí sólo suficiente para determinar la jurisdicción encargada de conocer del proceso. Se requiere, además, que la pretensión pueda ser resuelta en vía jurisdiccional a través de una de las acciones establecidas por el legislador, tales como las de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, controversias contractuales, ejecutivos derivados de contratos estatales o de sentencias emitidas por esta misma jurisdicción, repetición, etc.; circunstancia esta última que no se presenta en el caso de la acción de declaración de pertenencia, divisorios, reivindicatorios y otras acciones propiamente civiles, en las que no se discute la legalidad de la acción o actuación de la administración, y en donde ésta se encuentra en una situación de igualdad con el particular u otra entidad pública.

La jurisdicción como presupuesto procesal tiene origen en la Carta Política, y supone la especialidad, lo que apareja que no es posible que se confundan o converjan las competencias de la jurisdicción ordinaria y la de lo contencioso administrativo. Por tal motivo no es posible que los procesos sean tramitados y fallados por la jurisdicción que no tiene atribuciones para el efecto, so pena de incurrir en vía de hecho.

No olvidemos que la jurisdicción de lo contencioso administrativo surge a partir del principio de legalidad, como enseña el profesor Eduardo García

de Enterría en su célebre opúsculo “La lucha contra las inmunidades del poder”³¹.

En términos similares, Bodenheimer observa que “... *debe definirse el derecho administrativo como el Derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas*”³².

Por lo tanto, ningún control de legalidad se estaría ejerciendo frente a la Administración por un problema netamente civil, relacionado, por ejemplo, con la posesión o propiedad de un bien, caso en el cual ésta actúa en igualdad de condiciones a un particular.

Cabe resaltar que de conformidad con el artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia³³, y el mismo del Código de Procedimiento Civil³⁴, la jurisdicción ordinaria conoce de aquellos asuntos que no esté asignados expresamente a otra; y el juez civil del circuito posee igualmente la competencia residual total (artículo 16, numeral 9, del C.P.C.), siendo a su vez expresa la competencia del mismo para conocer, en primera instancia, de los procesos contenciosos que no sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 16, numeral 1, del C.P.C.), al igual que es la misma jurisdicción la competente para conocer los asuntos de Derecho privado en los que se involucre la nación, un departamento, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial del Estado o una sociedad de economía mixta (artículo 27, numerales 17 y 18 del C.P.C.). Por lo anterior, la jurisdicción ordinaria no sale totalmente del conocimiento de las controversias en donde se involucre una entidad pública, dado que si ésta no ejerce potestades públicas, y la acción a iniciar no se enmarca dentro de las acciones contencioso administrativas, la jurisdicción competente es la ordinaria.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Madrid: Cuadernos Civitas, 1983. p. 14 y ss.

³² BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica. 1964, p. 116.

³³ "ARTICULO 12. DEL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL POR LA RAMA JUDICIAL, Modificado por el art. 5, Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria.

Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la Ley a otra jurisdicción."

³⁴ "ARTÍCULO 12. NEGOCIOS QUE CORRESPONDEN A LA JURISDICCION CIVIL. Corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido por la ley a otras jurisdicciones."

Así las cosas, el inciso primero del artículo 82 no consagra un criterio orgánico absoluto, por lo que para determinar si estamos en presencia de un conflicto contencioso administrativo, en primer lugar, debe mirarse la presencia de una entidad pública (criterio orgánico); a continuación debemos observar si el conflicto se materializa a través de las formas como la Administración ejerce su actuar (artículo 83 del C.C.A., criterio funcional) para posteriormente, y por último, entrar a enmarcar la pretensión en una de las acciones contenciosas (artículos 84 a 87 y concordantes del C.C.A., criterio formal). Por lo tanto, el objeto de la jurisdicción no lo determina la simple presencia de una entidad pública como parte procesal.

Adicional a lo anterior, estando en presencia de un particular, éste necesariamente se encuentra regido por el criterio funcional o material, dado que de forma clara el inciso primero del artículo 82 del C.C.A., determina que sólo en caso de que aquel ejerza las funciones propias de los distintos órganos del Estado, se encuentra sujeto al control de lo contencioso administrativo, es decir, sólo si posee una posición de ejercicio de potestades públicas y de ejercicio de autoridad estatal, entra la jurisdicción especializada a desplazar la ordinaria y a controlar la actuación materialmente pública, aunque orgánicamente privada.

4.2. Interpretación del inciso segundo de artículo 82 del C.C.A: El inciso segundo de la norma en estudio pretende aclarar que el control se extiende a actos (especiales) denominados como *políticos*, o de gobierno, en donde esencialmente la rama ejecutiva, a través de lo que se conoce como *el Gobierno* (artículos 189, 200 y 201 de la C.P.), expide actos en los que se vislumbra el ejercicio de actividades claramente de conveniencia y oportunidad, los cuales son considerados generalmente como discrecionales, y que, en los inicios de la jurisdicción, se consideraban ajenos al control jurisdiccional.

Sobre este particular se han llegado a estudiar de fondo los actos de contenido diplomático, en donde el Presidente compromete la responsabilidad internacional del Estado colombiano. Sobre este punto:

“De otra parte, esta corporación en providencia de 14 de septiembre de 1989, expediente 1144, con fundamento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia anteriormente citada, y que la Sala comparte, sostuvo que los actos jurídicos internacionales de la administración pública no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno y que la misma ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo, lo que conduce a deducir que entre los actos administrativos puedan existir algunos

que merezcan el calificativo de actos de gobierno, circunstancia que no excluye su calidad de actos administrativos con todas las consecuencias que se derivan, una de ellas, la posibilidad de ser impugnados mediante recursos administrativos o jurisdiccionales.”³⁵

4.3. Interpretación del inciso tercero de artículo 82 del C.C.A: Es importante resaltar que este inciso incluye una excepción al control material de las decisiones dictadas tanto en los juicios de policía (regulados por las leyes especiales), como en las decisiones jurisdiccionales de las salas disciplinarias del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura. Lo anterior en atención a que tales son eminentemente decisiones jurisdiccionales y no *actos administrativos*, por lo que se excluyen expresamente del control.

No obstante lo anterior, con relación a este punto es necesario realizar dos aclaraciones:

4.3.1. Los actos disciplinarios de autoridades diferentes a las enunciadas en la norma en estudio: Se aclara que son éstos actos jurisdiccionales disciplinarios los que están excluidos del control, es decir, los emanados de las salas disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y los Consejos Seccionales de la Judicatura, dado que los actos disciplinarios dictados por la Procuraduría General de la Nación, u otras entidades públicas con facultades disciplinarias, son claramente actos administrativos sujetos al control de lo contencioso administrativo.

4.3.2. ¿Qué debe entenderse por juicios de policía regulados por las leyes especiales?: Resulta de gran importancia esta aclaración, dado que como se indicó, se trata de cuando los funcionarios de policía ejercen funciones jurisdiccionales, es decir, cuando dentro de una actuación de policía no simplemente ejercen el poder de policía (función eminentemente administrativa, en donde la administración impone su voluntad a través de actos administrativos), sino cuando el funcionario de policía actúa como juez, esto es, solucionando como tercero (imparcial y autónomo) un conflicto no propio, sino uno existente entre dos partes que se encuentran en posición equidistantes ante el funcionario administrativo.

Así, es necesario distinguir entre el poder de policía y el juicio de policía, tal como lo realizó el Consejo de Estado en la siguiente providencia:

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ. Sentencia del 23 de octubre de 1992. Radicación número: 325. Actor: JAIME ARAUJO RENTERIA Y OTROS. Demandado: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD.

“La jurisprudencia de la Sección Tercera en distintos pronunciamientos ha determinado que los juicios civiles de policía y especialmente el amparo policivo posesorio³⁶ tienen carácter judicial; igualmente ha diferenciado entre la función propiamente administrativa que cumplen las autoridades de policía y la función judicial ejercida por las mismas. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional³⁷; en sus diferentes fallos ha reiterado que los juicios civiles de policía, iniciados para protección del “statu quo”, constituyen manifestaciones del poder judicial del Estado.

Bajo este contexto es claro que cuando las autoridades policivas adelantan un juicio de lanzamiento, actúan en función jurisdiccional, como un verdadero juez, quien actúa imparcialmente frente a los intereses opuestos de las partes en conflicto.

Pero cuando la controversia que se suscita por la ocupación de hecho se traba no entre dos particulares, como es lo usual, sino entre un particular y la propia entidad pública municipal y es esa misma Administración quien adelanta el juicio de lanzamiento para recuperar el bien de su propiedad, cabe preguntar si tal actuación es de carácter judicial y si, en consecuencia, escapa al control jurisdiccional?

La respuesta debe ser negativa, por cuanto en este evento, la Administración no actúa en ejercicio de competencias jurisdiccionales, sino como autoridad administrativa en ejercicio del poder de policía; en consecuencia, dichos actos están sometidos a control jurisdiccional, el cual se ejerce por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ...”³⁸

4.3.3. La responsabilidad del Estado Rama Judicial: Aclarado lo anterior, no queremos decir que la jurisdicción contencioso administrativa no controle al Estado cuando éste incurre en daños antijurídicos (es decir, la excepción comentada en este numeral, y no sólo extensiva a las funciones jurisdiccionales de policía y disciplinarias, estas últimas asignadas a las salas disciplinarias de los consejos superior y seccionales de la judi-

³⁶ Sentencias dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado de 3 de mayo de 1990; Exp. 5.911; de 5 de mayo de 1995, Exp. 3130 y de 5 de septiembre de 1996, Exp. 3960 de 1996.

³⁷ Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias dictadas por la Corte Constitucional: T-048 del 14 de febrero de 1995; T-289 del 5 de julio de 1995; T-149 del 23 de abril de 1998; T-127 del 1 de marzo de 1999 y T-629 del 30 de agosto de 1999.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia del 8 de marzo de 2007. Radicación número: 40001-23-31-000-1993-03394-01(15883). Actor: ROBERTO CHAHN NOHORA. Demandado: DISTRITO DE SANTA MARTA.

catura), sino que se controla es el daño antijurídico imputable a la Nación Rama Judicial, dentro de la interpretación de los artículos 90 de la C.P., y 65 a 70 de la Ley 270 de 1996, los cuales consagran la responsabilidad del Estado Rama Judicial, en el evento de los daños causados por los agentes judiciales; responsabilidad que se controla claramente por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de la acción de reparación directa³⁹.

5. EL OBJETO DE LA JURISDICCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Atendiendo todas las anteriores inconsistencias vislumbradas, la Ley 1437 de 2011 dedica todo el Título I de la Segunda Parte del código al objeto y los principios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en sus artículos 103, 104 y 105, lo cuales es importante analizar.

El inciso primero del artículo 104 del C.P.A. de lo C.A. de forma expresa combina los criterios orgánico y material, dado que afirma que la jurisdicción conoce de los litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetas al derecho administrativo, es decir, conforme a la interpretación antes planteada, sigue siendo el Juez de lo Contencioso Administrativo un juez que aplica el derecho administrativo, un juez especializado en las reglas del derecho de la administración pública, y para efectos de la norma, el parágrafo de la misma aclara que debe entenderse por entidad pública, como todo ente u órgano estatal y las sociedades y empresas de economía mixta con participación igual o superior al 50% público.

La misma norma entra a enlistar en 7 numerales los procesos de los que igualmente conoce, lista que por demás en vez de aclarar la situación la complica, dado que puede llegarse a interpretaciones aisladas que implicarán nuevamente múltiples conflictos de jurisdicción, los que como es obvio, dilatan y entorpecen el acceso a la administración de justicia. Igualmente, el artículo 105 de la misma normativa, enumera 4 excepciones expresas de conflictos no asignados a la jurisdicción contenciosa. Veamos

³⁹ Sobre la competencia especial para el estudio de la responsabilidad del Estado - Rama Judicial, ver el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y la siguiente providencia: CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Auto del 9 de septiembre de 2008. Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Proceso: 11001032600020080000900. Actor: Luz Elena Muñoz Guerrero y otro. Demandado: La Nación - Rama Judicial y otro.

la interpretación y crítica a dichos numerales, la que se hará en conjunto para su entendimiento sistemático:

1. El numeral primero del artículo 104 contiene una aclaración que sobra, dado que si hablamos de responsabilidad extracontractual de las entidades públicas, nos encontramos en presencia de un hecho, omisión y operación, por lo que la jurisdicción estaría definida en el inciso primero. En el numeral primero del artículo 105 se aclara que la responsabilidad de extracontractual de las entidades financieras públicas, en términos generales, no corresponde a la jurisdicción contenciosa.
2. El numeral segundo del artículo 104 en concordancia con el 105, regula los litigios originados en la contratación estatal. Esta norma es de gran importancia dado que aclara que los litigios relacionados con la contratación estatal son aquellos en donde se encuentre involucrada como contratante o contratista una entidad pública, en concordancia con la definición legal del contrato estatal de corte orgánica. La Ley 80 de 1993 en su artículo 32 en concordancia con el artículo 2, nos define el contrato estatal como “... *todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...*”.⁴⁰

Así las cosas y en concordancia con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, todo contrato celebrado por una entidad pública, así posea régimen especial excepcionado del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es un contrato estatal y por ende los litigios generados en rededor de éstos también deben ser de conocimiento del juez especializado de lo contencioso administrativo.

Aclara el artículo 105 numeral 2, que los contratos de las entidades financieras públicas que corresponden al giro ordinario de su objeto social, no son de conocimiento de la jurisdicción, aclaración que era necesaria, dado que conforme al criterio orgánico que predomina para

⁴⁰ El Consejo de Estado defiende el criterio orgánico como el que define el contrato estatal, en la siguiente providencia: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639). Actor: BANCO GRANAHORRAR. Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES. No obstante la anterior posición no es unánime, dado que la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO salva en voto en el sentido de afirmar que los contratos no sujetos a la Ley 80 de 1993 no son contratos estatales.

definir el contrato estatal los contratos suscritos por estas entidades también serían estatales.

A título de conclusión con relación a los contratos estatales, la jurisdicción contenciosa conoce de todas controversias derivadas del contrato estatal, cuya definición es orgánica, a excepción de contratos celebrados por entidades públicas financieras.

3. El numeral tercero, en concordancia con el criterio material, establece que los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, independiente de su naturaleza jurídica, son de conocimiento de la jurisdicción especializada, cuando incluyan o hayan debido incluir cláusulas exorbitantes, las que son en ejercicio de una autotutela administrativa o de autoridad pública al poner a los contratantes no en igualdad de condiciones, sino al contratante por encima del contratista, en determinados casos donde se encuentra de por medio la prestación eficiente y efectiva de los servicios públicos, es decir, se ejerce en este caso una facultad claramente regida y limitada por el derecho administrativo, por lo que prima en este caso el contenido de las decisiones en discusión.
4. El numeral cuarto entra a aclarar los conflictos de jurisdicción generados en el conocimiento de los litigios de seguridad social de los servidores públicos y estatales que poseen una relación legal y reglamentaria con los órganos y entidades públicas, siempre que dicho régimen sea administrado por una entidad pública. Es importante resaltar que la solución actual a los conflictos de jurisdicción presentados entre la jurisdicción ordinaria especialidad jurisdiccional laboral y la jurisdicción contencioso administrativo, asignan a esta última el conocimiento de los conflictos jurídicos de la seguridad social de los servidores públicos, bajo la condición de que se reclame la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, condición que no posee la norma en comento que solo se limita a aclarar que el régimen se encuentre administrado por una persona de derecho público, por lo que se podría pensar que todos los conflictos entre el Instituto de los Seguros Sociales y los servidores públicos, independientemente que sean o no del régimen de transición, se tornan de competencia por jurisdicción del juez de lo contencioso administrativo.
5. El numeral 5 del artículo 104 incluye una aclaración que de forma tradicional ha existido en el código de los ritos procesales contencioso

administrativos, como es el de aclarar que el control se extiende a los actos políticos o de gobierno.

6. El numeral 6 del artículo 104 y el aparte final del numeral 1 del artículo 105, aclaran que el juez contencioso es juez de ejecución sólo con relación a las ejecuciones derivadas de las condenas impuestas y conciliaciones aprobadas por la jurisdicción contenciosa, regla sigue el principio procesal de que el juez de conocimiento es el juez de la ejecución, la que se impuso desde la vigencia de la Ley 446 de 1998 y es retomada en la nueva normativa. Igualmente, el numeral 6 asigna al juez contencioso el conocimiento de los ejecutivos derivados de laudos arbitrales en donde hubiere sido parte una entidad pública.

Por último, el aparte final del numeral 1 del artículo 105, en concordancia con lo explicado en el anterior punto, excluye del conocimiento de la jurisdicción contenciosa la ejecución de las entidades públicas financieras, dado que igualmente estos procesos había suscitado conflictos de jurisdicción entre la ordinaria especialidad jurisdiccional civil y la contenciosa, siendo resueltos asignado la competencia a la primera, cuestión que ya es dilucidada de forma clara por la norma⁴¹.

7. El numeral 7 del artículo 104 reitera la competencia asignada por el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y 22 de la Ley 1150 de 2007, relacionada con los recursos contra los laudos arbitrales en donde se definan conflictos de contratos estatales o de particulares en ejercicio de funciones públicas.
8. El numeral 2 del artículo 105 aclarar y explicita la tradicional diferenciación entre actos administrativos y actos jurisdiccionales, estos últimos que excepcionalmente pueden ser asignados por la ley a las entidades administrativas, obligando esta norma a las entidades administrativas

⁴¹ En este sentido, la siguiente providencia: "De acuerdo con dicho planteamiento esta Colegiatura estima que la jurisdicción competente para conocer del presente asunto es la jurisdicción Ordinaria, por cuanto la obligación que se pretende ejecutar en este caso deriva del Título valor pagaré No. 01104370-1, suscrito a favor de la sociedad de economía mixta FINAGRO (FI.1 a 9). Obligación que como es sabido es autónoma del contrato que la origina y que por lo tanto incorpora per se el derecho de crédito que se pretende ejecutar y que por lo mismo es determinable con el sólo título sin que sea necesario iniciar un proceso para su declaración.

Además como señaló anteriormente la Jurisdicción Contenciosa conoce únicamente de los procesos ejecutivos que le han sido asignados de manera taxativa, dentro de los cual no se menciona el proceso ejecutivo derivado de los títulos valores, siendo la Jurisdicción competente la ordinaria, quién como juez natural conoce de manera residual de los asuntos que no tengan señalado un trámite diferente." CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA. Providencia del 23 de abril de 2009. Magistrado Ponente Dr. CARLOS ARTURO RAMÍREZ VÁSQUEZ. Radicación No. 110010102000200900624 00.

que cumplan funciones jurisdiccionales a que al momento de adoptar las decisiones de este contenido, utilicen la fórmula sacramental que ordena el artículo 55 de la Ley 270 de 1996⁴², a fin de diferenciar las decisiones jurisdiccionales de las administrativas. Sobre este punto, se reiteran las consideraciones realizadas en el numeral 4.3.3.

9. El numeral 3 del artículo 105, reitera la exclusión de los juicios de policía del control contencioso administrativo, punto sobre el cual remitimos al lector a las consideraciones hechas en el numeral 4.3.2.
10. Por último, el numeral 4 del artículo 105 realiza una aclaración casi banal, dado que los conflictos derivados de los contratos de trabajo suscritos por la administración, de los que surge la calidad de trabajador oficial, siempre han sido asignados a la jurisdicción ordinaria especialidad jurisdiccional laboral.

Del anterior estudio podemos concluir que no obstante que la norma trata de incluir legislativamente muchos de los criterios interpretativos dados por la jurisprudencia y analizados en éste capítulo, deja grandes vacíos e inconsistencias como la advertida en torno a la seguridad social de todos los servidores públicos con conflictos frente a entidades públicas que administren dichos regímenes, dado que este punto entrará a generar múltiples conflictos entre la jurisdicción ordinaria especialidad jurisdiccional laboral, que legalmente debe conocer de los conflictos relacionados con el sistema general de seguridad social y la jurisdicción contenciosa que ha sido ajena a los conflictos del sistema general de seguridad social y solo ha participado en los conflictos de seguridad social en pensiones del régimen de transición, cuando nos encontramos en presencia de un servidor público y una entidad pública que administre el sistema.

⁴² "ARTICULO 55. ELABORACION DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales.

La parte resolutoria de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras:

"Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley"

La pulcritud del lenguaje; la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y Jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios."

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE RÍOS, Luis Carlos. LA JURISDICCIÓN COMO PRESUPUESTO PROCESAL Y DEBIDO PROCESO. En: REVISTA INTERNAUTA DE PRÁCTICA (SIC) JURÍDICA Universidad de Valencia. Año 2005, no. 16. En línea http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num16/num16.html consultada el 22 de julio de 2010.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Medellín: Señal Editores, 2008.
- BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica. 1964.
- CHIOVENDA, Giuseppe. La Jurisdicción y la Competencia. Bogotá: Editorial Leyer, 2008.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Bogotá: ABC, 1981. Tomo I.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Madrid: Cuadernos Civitas, 1983.
- JULIO ESTRADA, Alexei. Las Ramas Ejecutiva y Judicial del Poder Público en la Constitución de 1991. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.
- MALAGÓN PINZÓN, Miguel. Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000.
- PEÑA PORRAS, Diego Isaías. La Construcción del Derecho Administrativo Colombiano. Bogotá: Editorial Temis 2008.
- URUETA, Manuel S. Evolución del Objeto de la jurisdicción contencioso administrativa en el Derecho colombiano. Publicada en RESTREPO MEDIDA, Manuel Alberto (Editor Académico). Retos y perspectivas del derecho administrativo Segunda Parte. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- ROCCO, Alfredo. La interpretación de las Leyes Procesales. Bogotá: Editorial Leyer, 2008.

CAPÍTULO II

EL PARADIGMA DE LA JUSTICIA ROGADA PARA EL ESTUDIO DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La Constitución Política como límite de su aplicación

“El juez que es sólo un escrupuloso observador pasivo de la ley no es un buen juez”⁴³

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. PROBLEMA JURÍDICO.- 3. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.- 3.1. Tesis extrema que se enfoca en la aplicación estricta del principio de justicia rogada, en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.- 3.2. Tesis intermedia.- 3.3. Tesis extrema que se enfoca en la no aplicación del principio de justicia rogada y en la aplicación del principio *iura novit curia*, en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.- 4. NICHOS CITACIONALES.- 4.1. Sentencia arquimédica.- 4.2. Sentencia hito.- 4.3. Sentencias fundadoras de la línea.- 4.4. Sentencias reiteradoras de la línea.- 5. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS.- 6. FIGURA DONDE SE PRESENTA LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL JUSTICIA ROGADA.- 7. CONCLUSIONES DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL CONSTRUIDA.- 8. ¿SE JUSTIFICA EN LA ACTUALIDAD EL PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA PARA EL ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS? 8.1. Análisis e interpretación de las normas de rango legal.- 8.2. La interpretación de la demanda, como forma de superar el paradigma de la justicia rogada.- 8.3. Los derechos fundamentales como nuevo paradigma dentro del Estado Social de Derecho.- 8.4. La presunción de legalidad, la buena fe y la confianza legítima, como argumentos adicionales para negar el paradigma en estudio.- 8.5. El principio de prevalencia del derecho sustancial.- 9. LA JUSTICIA ROGADA Y EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- 10. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Para empezar a tratar el tema planteado es necesario partir de la construcción de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado alrededor de la

⁴³ ZAGREBLESKY, Gustavo, et al. La Exigencia de Justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 34.

justicia rogada, y, a título de prolegómeno, partiremos por plantear sus orígenes, fuentes normativas, fundamentos doctrinarios y, por supuesto, su definición. En la estructura posterior plantearemos la importancia del estudio del tema escogido, justificando su realización y trazando tanto el problema jurídico como tal, como las tesis que lo resuelven, así como el análisis de las sentencias del Consejo de Estado que lo tratan, y una de la Corte Constitucional que analiza la constitucionalidad de la norma fundante del principio en estudio (esta última ha sido objeto de cita como fundamento adicional tanto de quienes predicán su aplicación estricta, como de quienes predicán su inaplicabilidad con el advenimiento de la Constitución Política de 1991). Así mismo se explicará la metodología utilizada para el análisis de las providencias, se presentarán (de manera visual) el resumen y los resultados de la línea jurisprudencial analizada y construida, y, por último, se presentarán las conclusiones y la posición personal sobre el tema.

Es de máxima importancia para el comienzo de este recorrido definir claramente el tema; por tal razón se parte de las raíces y definición del principio de la justicia rogada, el cual, en primer lugar, lo tomaremos en el presente trabajo como la carga procesal⁴⁴ que tiene el demandante en las acciones de impugnación de actos administrativos⁴⁵, de determinar de forma clara en la demanda “...las normas violadas y explicar el concepto de su violación”⁴⁶. Lo anterior no es novedad del Código Contencioso Administrativo de 1984, dado que la norma en mención tiene sus antecedentes próximos en el numeral 4 del artículo 84 de la ley 167 de 1941, la cual consagraba la obligación del demandante de incluir en su demanda «la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación», de donde se toma de forma casi literal la norma hoy vigente. Su antecedente remoto lo encontramos en la ley 130 de 1913, la que, en su literal c. del artículo 54, traía la exigencia de indicar en la demanda las normas legales o constitucionales en que el actor funda su acción.

⁴⁴ Por carga procesal entendemos aquél imperativo que emana de las normas procesales con ocasión del proceso en cabeza de las partes, no exigible coercitivamente, y cuya no ejecución acarrea consecuencias jurídico-procesales desfavorables para el renuente. Para mayor ilustración ver: DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I, p. 10. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000, p. 460.

⁴⁵ Dentro de estas encontramos la acción de nulidad simple (artículo 84 del C.C.A.), la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del C.C.A.), la acción de nulidad de cartas de naturaleza (artículo 221 del C.C.A.), la acción de nulidad electoral (artículo 223 y ss. del C.C.A.) y la acción de nulidad por inconstitucionalidad (artículo 237 numeral 2 de la C.P.).

⁴⁶ Código Contencioso Administrativo, aparte final, numeral 4 del artículo 137.

Es de la norma vigente citada que surge la carga en cabeza del demandante, fundamentando legalmente el principio de justicia rogada, dado que las normas violadas, y el concepto de la violación indicados en la demanda, se convierten en el marco único de acción del juez contencioso para el estudio de la legalidad del acto administrativo impugnado, estándole vedado salirse de dicho marco. Por ello ha dicho el Consejo de Estado que, con base en el principio de justicia rogada “... los actos administrativos no pueden ser anulados por violación de normas no invocadas en la demanda ni por conceptos de violación diferentes a los expuestos en ella”⁴⁷.

Por otra parte, y desde el punto de vista conceptual de los principios generales del derecho procesal, la justicia rogada se identifica con el principio dispositivo, entendido éste como el predominio de impulso e iniciativa procesal a cargo de las partes y no del juez, pues él debe acogerse únicamente a la actividad de aquellos⁴⁸. Desde este punto de vista, el principio dispositivo sustenta teóricamente que la actividad del juez contencioso administrativo, al momento de analizar la legalidad de un acto administrativo, se circunscriba a los planteamientos del demandante en su acápite de normas violadas y concepto de la violación, estándole vedado analizar la legalidad del acto impugnado por fuera de dicho marco de acción.

Para concluir, la doctrina define el principio de justicia rogada en los siguientes términos:

“La Jurisdicción Contenciosa es rogada. En virtud de él (sic), el juez no puede pronunciarse sino sobre lo pedido o cuestionado. Tiene su máxima aplicación en el manejo de las acciones de nulidad para precisar que el juez de lo contencioso administrativo, a diferencia del juez de la constitucionalidad, no tiene una competencia general para confrontar el acto impugnado con toda la normatividad (sic). Es solo el juez de la legalidad del acto.”⁴⁹

Concluido el anterior análisis (desde el punto de vista teórico) del principio en comento, pasamos a plantear el porqué de la importancia misma de su estudio.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 31 de mayo de 1994. Consejera Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas. Referencia: Expediente No. 7245. Actor: José Ignacio Delgado Ortiz.

⁴⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit, tomo I, p. 42.

⁴⁹ COMISIÓN REDACTORA DEL PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Acta No. 03 (sesión de 2 de julio de 2003), p. 3, intervención del Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié. Tomada de www.icdp.org.co. Consultada el 15 de mayo de 2007.

Existen varias razones fundamentales para analizar y estudiar el principio de la justicia rogada que ha imperado al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Miremos en detalle.

En primer lugar, tal como se plantea en la introducción, la norma que soporta el principio de la justicia rogada tiene sus antecedentes cercanos en la ley 167 de 1941, y sus antecedentes inmediatos en el Código Contencioso Administrativo de 1984, es decir, su fundamento normativo actual se encuentra en una norma promulgada antes del cambio constitucional de 1991. Así las cosas, esta norma no tiene en cuenta que el régimen jurídico colombiano sufrió una gran modificación, y por qué no decirlo, un gran avance, al promulgar el 7 de julio de 1991 su nueva Constitución Política, inspirada por los diferentes sectores de opinión que conformaron la Asamblea Nacional Constituyente, los que impregnaron nuestro ordenamiento jurídico-político de las nuevas tendencias filosóficas del Estado moderno, apartando al ente estatal del gendarmismo propio del constitucionalismo decimonónico, y acercándolo a las doctrinas e ideas sociales inspiradas en el Congreso Constituyente de Querétaro de 1916 y 1917, plasmadas en la Constitución Mexicana de 1917, en la Constitución Alemana de la República de Weimar de 1919, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y en la Constitución Española de 1978.

De dichas transformaciones constitucionales han surgido grandes cambios en la forma de ver el Derecho, entre ellos lo que se conoce como la constitucionalización actual del Derecho en general y, con ella, del Derecho procesal, lo que hace necesario el análisis de las normas jurídicas implementadas para lograr la garantía constitucional dentro del proceso, como lo es entre otras, y a título de ejemplo, el principio de prevalencia del Derecho sustancial sobre el procesal (artículo 228 de la C.P.).

Nos encontramos entonces frente a una norma legal que consagra el principio de justicia rogada (de promulgación preconstitucional), y ante la implementación de un nuevo paradigma jurídico-constitucional en donde existen una serie de normas de textura abierta llamadas *principios*, por lo que se hace necesario indagar sobre la eficacia práctica y la aplicación que de dichas normas realizan los operadores jurídicos, con el fin de definir su papel en la realidad jurisdiccional y, así, colmar de garantías a los intervinientes en los procesos.

Por otro lado, encontramos dos normas constitucionales en tensión: una el artículo 29, que consagra el *debido proceso*; y otra el artículo 228, en el aparte que consagra la prevalencia del Derecho sustancial sobre el pro-

cesal. La tensión empieza cuando se interpreta la primera de las normas. Del *debido proceso* se predica que es un derecho fundamental sustancial, desarrollado por las leyes que regulan los procesos y los procedimientos que se surten ante la jurisdicción. Al ser el *debido proceso* (desarrollado por las leyes procesales) un derecho sustancial, prevalecerá sobre los procesales. Tal lectura genera una contradicción normativa entre los artículos 29 y 228 de la C.P., aspecto que resulta imperativo determinar y definir, utilizando para ello las herramientas dadas por la interpretación constitucional.

Así las cosas, con la consagración del principio constitucional de prevalencia del Derecho sustancial sobre el procesal, aquel entra en tensión con el *debido proceso* y el principio propio de la jurisdicción de lo contencioso con relación a las acciones de nulidad de actos administrativos, como es el de la justicia rogada, dado que de aplicar este principio se podría entrar a contravenir el artículo 228 constitucional, y de no aplicarse, se podría entrar en controversia con el *debido proceso* contencioso administrativo.

Es por todo lo anterior que se justifica el estudio de la jurisprudencia que da aplicación a la norma (tantas veces aludida, artículo 137, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo) que consagra el principio legal de la justicia rogada, en relación con los procesos en donde se impugne la legalidad de los actos administrativos.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El siguiente es el problema jurídico que entran a resolver las providencias en estudio:

¿Se encuentra facultado el juez contencioso administrativo para declarar la nulidad de actos administrativos impugnados judicialmente, teniendo como base para ello normas no citadas por el demandante en el acápite correspondiente de la demanda, relacionado con las normas violadas y el concepto de la violación (*iura novit curia*⁵⁰)?

⁵⁰ Literalmente, "el juez conoce el derecho", ver http://es.wikipedia.org/wiki/Iura_novit_curia consultada el 26-11-2007. Este principio consiste, en términos generales, en que el juez es el dueño del derecho, por lo que al momento de dictar la sentencia no se encuentra limitado por los argumentos utilizados por las partes, pudiendo acudir para ello a razones jurídicas diferentes. Ver Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2002, p. 852 a 861. Sobre este punto, nos ilustra la doctrina: "La forma tradicional con la que en el lenguaje jurídico se ha venido expresando desde hace siglos esa preparación técnica del Juez es la máxima latina *iura novit curia*. Sin

¿Es el acápite de las normas violadas y el concepto de la violación el marco rígido en donde el juez contencioso administrativo debe realizar el análisis de la legalidad de los actos administrativos impugnados en vía judicial?

3. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Frente a las tesis que resuelven los anteriores problemas jurídicos encontramos tres posiciones: dos que podemos llamar extremas, y una intermedia. Veamos.

3.1. Tesis extrema que se enfoca en la aplicación estricta del principio de justicia rogada en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

La primera de las posiciones calificada como extrema, parte del patrón fáctico identificador que se trata en sentencias en las cuales el juez contencioso no analiza normas que son introducidas por el demandante en una oportunidad procesal diferente a la demanda, valga decir, por ejemplo, en los alegatos de conclusión, o en los recursos. En esta posición, el problema planteado se responde sobre la base de que las normas violadas, y el concepto de la violación indicados en la demanda, constituyen un marco rígido (y único) en donde el juez debe realizar el análisis de la legalidad del acto administrativo impugnado, estándole vedado realizar consideraciones frente a normas no citadas, o interpretadas por el demandante; por lo que el principio *iura novit curia* resulta inaplicable a las acciones de impugnación de actos administrativos, dado que, de hacerlo, se violentaría el principio de justicia rogada y el debido proceso del demandado⁵¹.

embargo, en el ámbito del proceso -que es, fundamentalmente, en el que ha sido estudiado desde las ópticas del derecho procesal y del derecho internacional privado-, ha ido incorporando un contenido muy restringido y "técnico" en relación sobre todo con la innecesariedad de la prueba del material jurídico-normativo y la no vinculación del Juez por las alegaciones de Derecho realizadas por las partes. Junto a ello, el conocimiento judicial del Derecho es considerado un presupuesto necesario para que los órganos jurisdiccionales cumplan con la obligación de sujetarse a la Ley al adoptar sus decisiones." EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. IURA NOVIT CURIA y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. Valladolid: Editorial Lex Nova 2000, p. 17.

⁵¹ "...La facultad discrecional que asiste al demandante en "la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación", que es una de las formalidades que debe reunir toda demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está jurídicamente condicionada, para la prosperidad de la acción, a la procedencia de las citas que haga y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga el actor, porque debiendo declarar la sentencia si el acto acusado viola o no tales disposiciones en su recto sentido, no podría ella fundarse en consideración de textos que no sean atinentes, o cuya interpretación y aplicación estén atribuidos por la ley a otra competencia, ni en ninguna norma que no haya sido expresa

3.2. Tesis intermedia: La segunda de las posiciones, calificada como intermedia, parte del patrón fáctico identificador que se trata en sentencias en las cuales el juez contencioso entra a analizar normas no introducidas por el demandante en la demanda, con fundamento en que éstas se traten de normas *iusfundamentales*, o con el pretexto de que, al interpretar la demanda, se habilita el juez para incluir normas no citadas por el demandante en su libelo introductorio.

Encontramos con este patrón fáctico los siguientes tipos de sentencias:

Con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se morigera la interpretación del numeral 4 del artículo 137 del C.C.A, con el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre su constitucionalidad, contenido en la sentencia C-197 del 7 de noviembre de 1999⁵², en donde se declara la norma exequible, “... *bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución.*”⁵³. Es esta pues una de las modificaciones a la línea casi uniforme, basada en el cambio constitucional.

Igualmente, podemos incluir en una posición intermedia aquellas sentencias en donde se presenta una posición morigerada de la aplicación estricta del principio de justicia rogada, fundada en el hecho de que el juez tiene la posibilidad de interpretar la demanda y, en ciertas ocasiones, suplir las falencias formales de la misma.

3.3. Tesis extrema que se enfoca en la no aplicación del principio de justicia rogada y en la aplicación del principio *iura novit curia*, en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdic-

y precisamente citada en la demanda, por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción...” CONSEJO DE ESTADO, Auto del 26 de enero de 1949, Consejero ponente Pedro Gómez Parra, Anales del Consejo de Estado, tomo LVII, p. 340. Acción de Nulidad contra la Resolución No. 15 de 16 de octubre de 1945 emanada de la Junta de Valorización del Municipio de Medellín, citado por PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Reflexiones de Derecho Administrativo para un Estado Social de Derecho. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley LTDA, 2005. p. 80 y 81.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sala Plena, sentencia C 197 de 1999. Referencia: Expediente D-2172, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 numeral 4 del Código Contencioso Administrativo. Actor: Elson Rafael Rodrigo Rodríguez Beltrán. Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

⁵³ Ibídem, aparte resolutive.

ción de lo contencioso administrativo: En esta posición se tiene como patrón fáctico el hecho de que el juez entra a analizar normas no citadas por el actor, o plantea la posibilidad de hacerlo.

La precedente constituye una posición aislada en la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, de la cual se encontraron cinco (5) sentencias, y dos salvamentos de voto que predicaban la inexistencia (y el desuso) del principio de la justicia rogada. Clasificaremos estas posiciones teniendo en cuenta su fecha de expedición (antes o después de la promulgación de la Constitución Política de 1991).

Las primeras (las posiciones preconstitucionales) se fundamentan en que, si bien el artículo 137 numeral 4 del C.C.A., consagra la obligación del demandante de indicar las normas violadas y el concepto de la violación, el juez, en aplicación del artículo 170 del C.C.A., se encuentra obligado, al momento de fallar, a aplicar “... *las jurídicas normas pertinentes, ...*”, es decir, puede ir más allá de las citadas por el actor; al igual que, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 267 del C.C.A., es aplicable el C.P.C., normativa en la que se consagra (artículo 4) que la ley procesal tiene como fin la aplicación de la ley sustancial.

Las posiciones post-constitucionales fundamentan su respuesta positiva al problema sustentando su posición en las nuevas normas constitucionales que consagran una serie de principios fundantes del Estado Social de Derecho, y en las garantías y derechos procesales. Entre ellas tenemos los artículos 1 y 2 (de la C.P.), los cuales soportan y dirigen la acción del Estado y sus ramas hacia a la construcción de un orden social justo, esto es, la finalidad del proceso jurisdiccional como la *búsqueda de la justicia material*, por una parte; y por otra, la aplicación expresa de los principios procesales de *primacía del derecho sustancial sobre el procesal y el acceso efectivo a la administración de justicia* (artículos 228 y 229 de la C.P.).

4. NICHOS CITACIONALES

Se verán en el siguiente cuadro resumen las providencias analizadas que fundamentan cada una de las posiciones jurisprudenciales antes explicadas en torno al problema jurídico planteado, relacionado con el principio de justicia rogada en el proceso contencioso administrativo. Se presentan en cada cuadro, por posición, las sentencias clasificadas por corporación y, en tratándose de providencias del Consejo de Estado, de acuerdo a la sala o sección, por año de expedición, e identificadas por número de radicación interna:

Tesis extrema que se enfoca en la aplicación estricta del principio de justicia rogada en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1999

S-780

SECCIÓN PRIMERA

1984	1989	1991	1992	1993	1996	1998	1999	2001	2002	2003	2004	2005
4464	731	4977	382	2516	3580	4268	5063	6466	6536	7480	0110-	7322
	805		1094			4763	5074	6502	7120	7898	01(AI)	8428
			3207			4893	5419			8107		
							7484			3-8269		
										8456 y		
										7777		

SECCIÓN SEGUNDA

1988	1992	1993	1994	1996	2002	2003	2004	2006	2009
2421	3352	4845	7245	8237	966-2001	0994-01	2909-04	2482-04	0654-08
	4839	5304						4164-04	
								5688-05	

SECCIÓN TERCERA

2009

19486

1988	1989	1991	1992	1993	1998	2001	2002	2003	2004	2005	2006
177	0251	0535	0763	629	1952	2734	3509	2981	2960	3190	3877
			0771	0906		2747		3040	3322	3192	4017
								3042	3435	3488	
								3054		3546	
										3634	
										3636	
										3767	

Cuadro No. 2: Nicho citacional. Tesis extrema que se enfoca en la aplicación estricta del principio de justicia rogada en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Tesis intermedia que morigera la aplicación del principio de justicia rogada, ya sea con base a la Sentencia C 197 de 1994 de la Corte Constitucional, o con fundamento en la posibilidad de interpretar la demanda

CORTE CONSTITUCIONAL

1994

C-197

SECCIÓN TERCERA

2000

11121

2006

14226

SECCIÓN CUARTA

2004

13933

Cuadro No. 3: Nicho citacional. Tesis intermedia que morigera la aplicación del principio de justicia rogada, ya sea con base a la sentencia C-197 de 1994 de la Corte Constitucional, o con fundamento en la posibilidad de interpretar la demanda.

Tesis extrema que se enfoca en la no aplicación del principio de justicia rogada y en la aplicación del principio *iura novit curia*, en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
1996	
S-566	
SECCIÓN PRIMERA	
1984	
Salvamento de Voto a la Sentencia 4464	
SECCIÓN SEGUNDA	
1998	2003
17593	Salvamento de Voto a la Sentencia 0994-01
33042	
SECCIÓN TERCERA	
1998	
10217	
SECCIÓN QUINTA	
2003	
3351	

Cuadro No. 4: Nicho citacional tesis extrema que se enfoca en la no aplicación del principio de justicia rogada y en la aplicación del principio *iura novit curia*, en las acciones de impugnación de actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Clasificaremos las anteriores providencias tomando como base lo realizado por el profesor Diego Eduardo López Medina⁵⁴:

4.1. Sentencia arquimédica: Se tomó como sentencia arquimédica (entendida como tal “... *una sentencia con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias.*”⁵⁵) la más reciente encontrada sobre el tema, por lo que sirvió la dictada por el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Radicación número: 11001-03-26-000-2000-00005-01(19486), Actor: RAÚL RAMIREZ MUÑOZ, Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE, Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD.

4.2. Sentencia hito: Se tomaron como sentencias hito (entendiendo por tal la que “...*trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional.*”⁵⁶) las siguientes providencias:

⁵⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Editorial Legis S.A. 2006, p.161 a 167. Del mismo autor, Interpretación Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2006, p. 131 a 138.

⁵⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2006, p. 132.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 148.

- Sentencia del 15 de marzo de 1999, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso, Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, Radicación número: S-780, Actor: CORPORACIÓN ELÁCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA “CORELCA”.
- Sentencia del 17 de julio de 2003, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: NICOLAS PÁJARO PEÑARANDA, Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01(0994-01), Actor: NASLY ARGENIS TOVAR RODRIGUEZ, Demandado: MUNICIPIO DE SANTA ISABEL – TOLIMA. Igualmente, es de gran importancia en el giro jurisprudencial el salvamento de voto a la presente sentencia, realizado por los Consejeros ALBERTO ARANGO MANTILLA, JESÚS MARIA LEMOS BUSTAMANTE y ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO.

4.3. Sentencias fundadoras de la línea: Se tomaron como sentencias fundadoras de la línea (entendidas estas como aquellas que inician la línea que se estudia) las siguientes providencias dictadas en los primeros años de vigencia del Código Contencioso Administrativo actual:

- Sentencia del 18 de diciembre de 1984. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Expediente 4464. Actor: Carlos Almanza Góngora.
- Sentencia del 13 de abril de 1989. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Referencia: Proceso número 731. Demandante: Sociedad INDACO LTDA.
- Sentencia del 13 de octubre de 1989. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Doctor SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Referencia: Proceso número 805. Actor: Procurador Delegado en lo civil.

4.4. Sentencia reiteradoras de la línea: Resultan ser sentencias simplemente confirmadoras o *reiteradoras* de la línea, las demás providencias citadas en el primero de los cuadros del nicho citacional.

5. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS

Realizada la correspondiente clasificación de las sentencias importantes, pasamos a presentar los análisis realizado a las mismas, con la advertencia de que las demás sentencias, por clasificarse como simplemente

reiteradoras, no serán objeto de análisis específico, dejando claro que fueron analizadas desde el punto de vista de su patrón fáctico y de los argumentos presentados, a fin de ser clasificadas y ubicadas en la presentación visual de la línea (numeral 6 *supra*), y para ser incluidas en el nicho citacional (numeral 4 *infra*):

IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA	
TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA FUNDADORA DE LA LÍNEA	
Sentencia del 18 de diciembre de 1984. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Expediente 4464. Actor: Carlos Almanza Góngora	
Problema Jurídico: ¿Puede la justicia contenciosa analizar el acto impugnado con base en normas no citadas por el demandante?	
Tesis mayoritaria: Una jurisdicción rogada solamente puede ocuparse de aquellos puntos que le son sometidos y por las razones en que aparecen fundamentadas en las respectivas acciones.	
<p>Argumento central</p> <p>La demanda debe contener la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación. Dice el artículo 84 de la ley 167 de 1941 que la demanda debe contener “la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación”. Bajo diferentes presentaciones, el anterior razonamiento aparece repetido en distintas sentencias de las diversas secciones de la corporación, entre las cuales, para no citar sino algunas, se mencionan: la de 26 de julio de 1963, Ponente: doctor Guillermo González Charry, Anales Primer Semestre 1963, números 401 y 402, pág. 132; sentencia de 26 de abril de 1976, Sala Plena, Ponente: Doctor Mora Osejo, Anales 1976, T. XC, pág. 449.</p>	<p>Subargumento</p> <p>Esta sala ha dicho en repetidas ocasiones que el demandante no puede pretender que el Juez lo sustituya en su papel de señalar con toda precisión tanto la norma violada como la acción que la infringe, y, sobre todo, de indicar, también con toda claridad, en cuál o cuáles aspectos de un artículo, o entre cuáles artículos de las normas enfrentadas (y por qué) se ha producido la violación de la norma superior en la jerarquía normativa.</p> <p>También se ha reiterado que la citación de las normas violadas y la expresión del concepto de la violación no pueden hacerse en Bloque, es decir, mediante la sola mención del decreto o la ley respectiva para concluir diciendo que resultaron violadas, sino que es preciso identificar la parte del contenido que haya sido contrariado.</p>
En conclusión: La jurisdicción contenciosa solamente puede ocuparse de aquellos puntos que le son sometidos y por las razones en que aparecen fundamentadas las respectivas acciones.	La jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada.

Cuadro No. 5: Análisis estructural sentencia fundadora de la línea, del 18 de diciembre de 1984. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Expediente 4464. Actor: Carlos Almanza Góngora

<p>IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA</p> <p>TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA FUNDADORA DE LA LÍNEA</p> <p>Salvamento de voto del Doctor MIGUEL BETANCOURT REY, a la Sentencia del 18 de diciembre de 1984. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Expediente 4464. Actor: Carlos Almanza Góngora</p>	
<p>Problema Jurídico: ¿Puede la justicia contenciosa analizar el acto impugnado con base en normas no citadas por el demandante?</p>	
<p>Tesis minoritaria: El juez contencioso debe aplicar las normas pertinentes, sin que las indicadas en la demanda como normas violadas y concepto de la violación sean un marco infranqueable.</p>	
<p>Argumento central</p> <p>El artículo 170 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) ordena al Juez aplicar "las normas jurídicas pertinentes", no las "pertinentes que haya invocado el actor".</p> <p>Ante el acercamiento del nuevo Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Civil, que implica una humanización radical de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, desapareció legalmente el ritornello de la "jurisdicción rogada", tan enfáticamente invocado en las consideraciones de la sentencia. Según éste, el Juez administrativo, como si fuera abogado del demandado en vez de funcionario imparcial, debía buscar y aplicar las normas pertinentes que favorecieran al demandado, y, en cambio, de las favorables al actor sólo podía aplicar las que éste hubiera invocado en la demanda, así el resultado fuera la primacía de una resolución del último grado jerárquico sobre la Constitución Nacional. Y ese cambio de espíritu, sobre el cual aún no hemos reflexionado suficientemente los consejeros, no está oculto sino manifiesto en el nuevo Código Contencioso Administrativo, y no tanto en su artículo 170, cuanto en el 197: Podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva. Y - dígame bien - "nadie distinto del legislador está facultado para añadirle a esa norma la expresión que haya invocado el actor en la demanda".</p>	<p>Subargumento</p> <p>"Principio de la jurisdicción rogada". Este, que es el alma del fallo entero, viola el espíritu del nuevo Código Contencioso Administrativo, en especial el de su artículo 170 que ordena al Juez aplicar "las normas jurídicas pertinentes", no las "pertinentes que haya invocado el actor".</p> <p>Con que el Juez de lo contencioso administrativo está obligado a aplicar de oficio las normas pertinentes al caso, sobre todo cuando pertenezcan a la Constitución o a la ley sustancial: iura novit curia.</p>

<p>En conclusión: El juez contencioso debe aplicar las normas pertinentes, sin que las indicadas en la demanda como normas violadas y concepto de la violación sea un marco infranqueable.</p>	<p>En las acciones de impugnación de acto administrativos, rige el principio iura novit curia.</p>
---	--

Cuadro No. 6: Análisis estructural sentencia fundadora de la línea, salvamento de voto del Doctor MIGUEL BETANCOURT REY, a la Sentencia del 18 de diciembre de 1984. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Expediente 4464. Actor: Carlos Almanza Góngora.

No se realiza análisis expreso de las otras dos sentencia fundadoras de la línea, dado que las mismas son del mismo Consejero Ponente y reiteran los argumentos antes expuestos.

IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA HITO
<p>Sentencia del 15 de marzo de 1999, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, Radicación número: S-780, Actor: CORPORACION ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA "CORELCA"</p>
<p>Problema Jurídico: ¿Puede la justicia contenciosa analizar el acto impugnado con base a normas no citadas por el demandante?</p>
<p>Tesis mayoritaria: Una jurisdicción rogada solamente puede ocuparse de aquellos puntos que le son sometidos y por las razones en que aparecen fundamentadas en las respectivas acciones.</p>
<p>Argumento central Es imprescindible que el actor indique las normas violadas y explique el concepto de violación. Por esta razón, la Sección Cuarta de la Corporación se abstuvo de realizar el control de legalidad del acto, por cuanto la demandante "no señaló las normas superiores infringidas" y desde luego, "tampoco expresó el concepto de violación".</p>
<p>En conclusión: La jurisdicción contenciosa solamente puede valorar la legalidad de un acto administrativo, sobre la base de las normas violadas y el concepto de violación indicados en la demanda</p>

Cuadro No. 7: Análisis estructural sentencia hito, del 15 de marzo de 1999, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, Radicación número: S-780, Actor: CORPORACION ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA "CORELCA".

IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA
TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA HITO

Sentencia del 17 de julio de 2003, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: NICOLAS PÁJARO PEÑARANDA, Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01(0994-01), Actor: NASLY ARGENIS TOVAR RODRIGUEZ, Demandado: MUNICIPIO DE SANTA ISABEL - TOLIMA.

Problema Jurídico: ¿Puede la justicia contenciosa analizar el acto impugnado con base a normas no citadas por el demandante?

Tesis mayoritaria: Una jurisdicción rogada solamente puede ocuparse de aquellos puntos que le son sometidos y por las razones en que aparecen fundamentadas en las respectivas acciones.

Argumento central

Si bien es cierto que las pretensiones formuladas atañen a derechos laborales, no por ello es predicable la violación directa del derecho al trabajo ni de otro derecho fundamental, de manera que pueda concluirse su afectación directa y forzosa, como consecuencia única del reclamo de sumas salariales y prestacionales, de las que no se evidencia que se halle tampoco comprometido el mínimo vital.

No hay duda para la Sala que resultaba imperiosa la cita de los preceptos estimados como vulnerados, pues siendo la demanda el marco que delimita la decisión del sentenciador, es sobre ello que versa la contención, en la medida en que el examen de las normas que consagran los derechos invocados es lo que determina si en efecto éstos fueron quebrantados. en la demanda".

Subargumento

No citó el libelo las normas en que fundamentó las pretensiones. Sólo aparece la cita de la Ley 244 de 1995, que consagró la sanción por mora en el pago de cesantías, derecho que sin duda es la consecuencia directa del reconocimiento de la cesantía; por ello sin tal presupuesto, no hay lugar a mora alguna.

Y ello no tiene discusión cuando se cuestiona la legalidad de actos administrativos, pues dada la presunción de legalidad que los ampara, es precisamente al censor a quien compete determinar no sólo las razones por las cuales estima que el acto quiebra el ordenamiento jurídico, sino las disposiciones de éste que estima conculcadas; no resulta lógico ni consecuente que con la simple enunciación de la ilegalidad de la actuación tenga que entrar el fallador a inquirir frente a cuales de las normas que conforman el universo jurídico pudo estar la contradicción contenida en el acto.

El principio de la jurisdicción rogada, surge entonces como una forma de morigerar el principio conocido como jura novit curia, que impone al juez la aplicación del derecho sobre los hechos alegados y probados, porque como es apenas lógico, la discusión de la legalidad de los actos administrativos encauza el juicio dentro de un marco axiológico sustancialmente diverso, descargando en quien aduce la

	<p>infracción, el deber de informar al sentenciador cuáles disposiciones estima transgredidas; éste, a su vez, está llamado a desentrañar el sentido de la norma y determinar si la conducta administrativa es lesiva del derecho contenido en la norma invocada.</p>
<p>En conclusión: La jurisdicción contenciosa solamente puede ocuparse de aquellos puntos que le son sometidos y por las razones en que aparecen fundamentadas en las respectivas demandas.</p>	<p>El principio iura novit curia es atemperado por el principio de la justicia rogada y por tanto no tiene aplicación en las acciones en donde impugnen actos administrativos.</p>

Cuadro No. 8: Análisis estructural sentencia hito, 17 de julio de 2003, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: NICOLAS PÁJARO PEÑARANDA, Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01(0994-01), Actor: NASLY ARGENIS TOVAR RODRIGUEZ, Demandado: MUNICIPIO DE SANTA ISABEL - TOLIMA.

<p>IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA HITO</p> <p>Salvamento de voto de los Consejeros ALBERTO ARANGO MANTILLA, JESÚS MARÁA LEMOS BUSTAMANTE y ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO a la Sentencia del 17 de julio de 2003, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01(0994-01), Actor: NASLY ARGENIS TOVAR RODRIGUEZ, Demandado: MUNICIPIO DE SANTA ISABEL - TOLIMA.</p>	
<p>Problema Jurídico: ¿Puede la justicia contenciosa analizar el acto impugnado con base a normas no citadas por el demandante?</p>	
<p>Tesis minoritaria:</p>	
<p>Argumento central EL PRINCIPIO DE LA JURISDICCIÓN ROGADA REQUISITO PROCESAL DIRIGIDO A LA REALIZACIÓN DEL DERECHO SUSTANCIAL. En las acciones impugnatorias de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, opera el carácter rogado de la jurisdicción, que se traduce en la necesidad de indicar en acápite de la demanda, el señalamiento de las normas violadas y la explicación del concepto de violación. Por consiguiente, no desconocemos el contenido de la preceptiva consagrada en el artículo 137 numeral 4º del C.C.A. y por ende, el motivo de nuestra discrepancia</p>	<p>Subargumento No existe en nuestro ordenamiento jurídico imperativo legal alguno que consagre para el juez administrativo la obligación de decidir el asunto sometido a su conocimiento, únicamente dentro del contexto que le señale el actor en el acápite del libelo introductorio destinado al concepto de violación, elaborado en cumplimiento del requisito formal de la demanda que se prevé en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., y por ende, el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo alberga un eminente origen pretoriano.</p>

<p>con la postura mayoritaria no consiste en desconocer la exigencia que se plasma en la citada norma sino en modular el rigor procesal que se le ha venido otorgando, todo con el propósito de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formas que pretendan desconocerlo.</p> <p>La ausencia de la formalidad de indicar en la demanda la contradicción entre el acto acusado y las normas que se consideran infringidas, se suple brindando la oportunidad de subsanarla en el término que establece el artículo 143 del C.C.A y se entenderá satisfecha, simplemente cuando se aprecie la invocación normativa y la manifestación del sentido de la infracción.</p> <p>La perspectiva de atenuación del rigorismo que rodeaba la elaboración de las demandas de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho y que ahora conlleva sopesar el carácter accesorio del derecho procesal y su condición de instrumento para la realización del derecho sustancial, se funda en los principios que consagra la Constitución de 1991, la cual pretendió hacer operante la justicia real y no formal sosteniendo que el valor de la justicia es de la esencia de toda decisión judicial, conforme a los postulados que se consagran en el artículo 228 de la C.P.</p>	<p>En consecuencia, el rigor procesal del artículo 137 del C.C.A numeral 4º, se consume frente a un libelo demandatorio en el que se advierta su cumplimiento, examinando las condiciones mínimas, que como se anotó, son la invocación normativa y la sustentación de los cargos. Obviamente, la parte actora, por la significación sustantiva que puede tener un concepto de violación en el que sea visible la ilegalidad del acto que ataca, requiere esmerarse en su elaboración, pero ello en modo alguno significa que la suerte de las pretensiones dependa del modelo deseado de técnica jurídica.</p> <p>Se atiende la garantía de los ciudadanos de acceder a la administración de justicia de manera plena y efectiva, pues tal propósito se cumple realmente, no sólo por permitirse acudir a la jurisdicción, sino cuando el juez acata la supremacía de la Constitución, protege los derechos amenazados o vulnerados y proclama la "vigencia de un orden social justo", merced a los dictados del preámbulo y los artículos 1º y 2º de la C.P.</p>
<p>En conclusión: La justicia rogada no posee fundamento legal y por ello la jurisdicción contenciosa puede fundamentar sus decisiones de fondo en normas y argumentos diferentes a los planteados por el demandante en la demanda.</p>	<p>Los principios constitucionales fundamentan la inaplicación del principio de justicia rogada</p>

Cuadro No. 9: Análisis estructural sentencia hito, salvamento de voto de los Consejeros ALBERTO ARANGO MANTILLA, JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE y ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO a la Sentencia del 17 de julio de 2003, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01(0994-01), Actor: NASLY ARGENIS TOVAR RODRIGUEZ, Demandado: MUNICIPIO DE SANTA ISABEL - TOLIMA.

6. FIGURA DONDE SE PRESENTA LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL JUSTICIA ROGADA

TESIS	DISTRIBUCIÓN ESPACIAL DE LAS SENTENCIAS SEGÚN LA TESIS QUE SUSTENTAN	TESIS
<p>El juez contencioso administrativo carece de competencia para declarar la nulidad de actos administrativos con base en normas no citadas por el demandante, dado que el acápite las normas violadas y el concepto de la violación es el marco de acción rígido y único de este para el análisis de la legalidad del acto.</p>	<p>X C.E. S1-4464/84 X X C.E. S5-177/88 X C.E. S2-2421/88 X C.E. S5-0252/89 X C.E. SP- R-037/89 X C.E. S1 731/89 X C.E. S1 805/89 X C.E. S5-0535/91 X C.E. S1-4977/91 X C.E. S1-382/92 X C.E. S5-0763/92 X C.E. S5-0771/92 X C.E. S1-1094/92 X C.E. S1-3207/92 X C.E. S2-3352/92 X C.E. S2-4839/92 X C.E. S5-629/93 X C.E. S5-0906/93 X C.E. S2-4845/93 X C.E. S2-5304/93</p> <p style="text-align: center;">↔</p> <p style="text-align: center;">X C.C. C-197/94 ↔</p> <p>X C.E. S2-7245/94</p> <p>X C.E. S1-3589/96 X C.E. S2-8237/96 X C.E. S5-1952/98 X C.E. S1-4268/98 X C.E. S1-4763/98 X C.E. S1-4893/98</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p style="text-align: center;">↔</p> <p>X C.E. SP-S-780/99 X C.E. S1-5063/99 X C.E. S1-5074/99 X C.E. S1-5419/99 X C.E. S1-7484/99</p> <p style="text-align: center;">X C.E. S3-11121/99</p> <p>X C.E. S1-2734/01 X C.E. S1-2747/01 X C.E. S1-6466/01 X C.E. S1-6502/01 X C.E. S5-3509/02 X C.E. S5-6536/02 X C.E. S1-7120/02 X C.E. S1-7136/02 X C.E. S4-12605/02 X C.E. S4-12618/02 X C.E. S2-0994/03 X X C.E. S5-2981/03 X C.E. S5-3040/03 X C.E. S5-3042/03 X C.E. S5-3054/03</p> <p style="text-align: center;">↔</p>	<p>S.V. C.E. S1-4464/84</p> <p style="text-align: center;">↔</p> <p>C.E. SP-S-566/96 X</p> <p style="text-align: center;">↔</p> <p>C.E. S3-10217/98 X C.E. S2-17593/98 X C.E. S2-33042/98 X</p> <p style="text-align: center;">↔</p> <p>SV. C.E. S2-0994/03</p> <p style="text-align: center;">↔</p> <p>C.E. S5-3351/03 X</p>

<p>X C.E. S1-7480/03 X C.E. S1-7898/03 X C.E. S1-8103/03 X C.E. S1-8269/03 X C.E. S1-8456/03 X C.E. S4-12324/03 X C.E. S4-12899/03 X C.E. S1-0110-01(AI)/04 X C.E. S2-2909/04 X C.E. S5-2960/04 X C.E. S5-3322/04 X C.E. S5-3435/04</p> <p>X C.E. S4-13707/04 X C.E. S4-13868/04 X C.E. S4-14024/04 X C.E. S4-14139/04 X C.E. S5-3190/05 X C.E. S5-3192/05 X C.E. S5-3488/05 X C.E. S5-3534/05 X C.E. S5-3634/05 X C.E. S5-3767/05 X C.E. S2-5688/05 X C.E. S1-7322/05 X C.E. S1-8428/05 X C.E. S2-2482/06 X C.E. S5-3877/06 X C.E. S5-4017/06 X C.E. S2-4164/06</p> <p>X C.E. S4-15107/07 X C.E. S2-0654/08 X C.E. S3-19486/09</p>	<p>↓</p> <p>X C.E. S4-13933/04</p> <p>↓</p> <p>X C.E. S3-14226/06</p>	
---	---	--

Cuadro No. 10: Figura donde se presenta la línea jurisprudencial justicia rogada

7. CONCLUSIONES DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL CONSTRUIDA

- Del anterior análisis queda más que claro que la tendencia reinante al interior del máximo tribunal de lo contencioso administrativo se enfoca a reiterar la aplicación estricta del principio de justicia rogada al interior de los procesos en ejercicio de acciones a través de las cuales se impugnan los actos administrativos.
- Tal tendencia ha tenido giros extremos y medios al lado contrario. Los primeros se fundamentan esencialmente en el cambio constitucional y, específicamente, en los principios constitucionales de justicia material, primacía del derecho sustancial sobre el procesal, y acceso efectivo a la justicia (los cuales hacen superar el viejo principio de la justicia rogada a favor del administrado, quien acude a la rama judicial en pro de justicia como consecuencia de la actuación administrativa que tal considera como *ilegal*), y los segundos, con fundamento en la facultad de interpretar la demanda por parte del juez.

- Como posibles sub-líneas derivadas de la presente investigación jurisprudencial, podemos encontrar la necesidad de fijar los parámetros jurisprudenciales para que se considere viable o interpretar la demanda con relación a las normas violadas y concepto de la violación o aplicar de oficio derechos iusfundamentales, sin contradecir el principio de justicia rogada, dado que esta es una posición que recibe apoyo en la jurisprudencia constitucional (C-197 de 1994) cuando están de por medio derechos de este tipo.

8. ¿SE JUSTIFICA EN LA ACTUALIDAD EL PARADIGMA DE LA JUSTICIA ROGADA PARA EL ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS?

Para entrar a analizar el paradigma de la justicia rogada en el control judicial de los actos administrativos, es innegable, que el mismo (la mayor de las veces, y con ciertos matices que resultan ser excepcionales en la jurisprudencia) es un paradigma estricto para aplicar el control aludido.

Pero la pregunta es, ¿se justifica el paradigma de la justicia rogada dentro del actual sistema constitucional? Lo anterior es esencial, dado que, trayendo las palabras de Scialoia, *“... una misma norma jurídica, expresada con iguales palabras puede interpretarse de modo diverso según sea la organización política del Estado que la establece.”*⁵⁷

Resulta claro que, en primer lugar, el paradigma en estudio carece de sustento normativo expreso, y, por otra parte, entra en choque con otras normas no sólo legales (artículos 64, 65 y 66, sobre la presunción de legalidad del acto, 170 sobre el contenido de la sentencia, del C.C.A., y el artículo 4 del C.P.C.), sino de rango superior, como los artículos 2, 4, 83, 228, 229 y 230 de la C.P.; no obstante que, como se advirtió, la norma que le da sustento el principio en estudio, el artículo 137 No. 4 del C.C.A., haya sido declarado exequible de forma condicionada por la Corte Constitucional.

Pasamos pues a analizar si efectivamente se justifica el paradigma de la justicia rogada contencioso administrativa para el control judicial de los actos administrativos.

⁵⁷ SCIALOIA, Vittorio. Sulla teoría della interpretazione della legi. En los Studi in onore de F. SCHUPFER, Diritto Odierno. Torino, 1896 págs. 303 y sig., citado por ROCCO, Alfredo. La interpretación de las Leyes Procesales. Bogotá: Editorial Leyer, 2008, p. 13.

8.1. Análisis e interpretación de las normas de rango legal: Como se advirtió, no podemos desprender la existencia del paradigma en mención de la literalidad misma del artículo 137 No. 4 del C.C.A. Este punto resulta ser en efecto una carga para el demandante, dado que resulta obvio que, si se va a atacar un acto administrativo (que por demás se presume legal y dictado para el buen servicio público), es obvio que quien no se identifica con el mismo deba presentar los argumentos para sustentar su demanda. Se trata de un requisito común para todos los escritos introductorios del cualquier tipo de proceso, pues quien presenta la demanda debe también presentar las normas que consagran tanto las hipótesis fácticas por planteadas, como las consecuencias jurídicas por pretendidas.

En ninguna otra norma se establece cuál es el alcance del control de constitucionalidad y legalidad del acto administrativo. Sólo podría derivarse el límite del control de la presunción de legalidad, ya que, al presumirse el acto como legal, es al demandante a quien le corresponde correr con la carga de desvirtuar tal presunción. Sin embargo, la misma puede no sólo ser desvirtuada jurídicamente sino también fácticamente, de conformidad con el vicio invalidante que se alegue en contra del acto administrativo.

No obstante lo anterior, existe una norma muy importante que, como se puede colegir del análisis jurisprudencial realizado, ha pasado casi inadvertida y sólo es citada por las sentencias pre constitucionales que defienden la libertad en el estudio del acto por parte del juez; hablamos del artículo 170 del C.C.A., el cual consagra que el contenido de la sentencia debe ser motivado, tanto fáctico, probatorio y normativamente, estudio este que se debe realizar en torno a “... *las normas jurídicas pertinentes* ...”. ¿No es esto la consagración legislativa **EXPRESA**, del principio *iura novit curia* al interior del proceso contencioso administrativo?

La anterior norma es contundente en manifestar cuál es el análisis que debe realizar el juez de lo contencioso administrativo al momento de dictar sentencia en todos los procesos a su cargo, lo que claramente incluyen los procesos donde se discute la nulidad de actos administrativos por violación normas superiores.

Por lo anterior, y analizando sistemáticamente las normas en mención, vale la pena aclarar que en los artículos 137 No. 4, (contenido de la demanda normas violadas y concepto de la violación), y 170, ambos del C.C.A., se interpreta claramente que no existe legislativamente el paradigma de la justicia rogada para el control jurisdiccional de los actos administrativos.

8.2. La interpretación de la demanda como forma de superar el paradigma de la justicia rogada: La interpretación de la demanda es una importante herramienta que posee el juez para garantizar el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia del demandante, y de materializar el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. A través de la interpretación puede el juez entrar a determinar el verdadero alcance del libelo con el fin de evitar fallos inhibitorios. Sobre este punto se ha pronunciado el Consejo de Estado así:

“La apelante manifiesta que el pronunciamiento de primera instancia constituye una denegación de justicia por cuanto el a quo pudo rechazar la demanda u ordenar su corrección y no inhibirse de fallar por no haber individualizado las pretensiones.

Advierte la Sala que la decisión del Tribunal se sustentó en que la demandante incumplió la carga procesal que impone el artículo 138, inciso 1, del C.C.A., conforme al cual cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión. Como los acuerdos 021 y 022 de 31 de diciembre de 1999, expedidos por la Junta Directiva del hospital demandado, son actos de carácter general, debieron precisarse los apartes de los mismos que afectaron la posición jurídica de la actora.

En estricto rigor procesal la parte demandante debió proceder como lo indicó el Tribunal. Empero, en aras de la prevalencia del derecho sustancial y del derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia, revocará esta Sala la sentencia de primera instancia y se pronunciará sobre el fondo del asunto ya que las facultades de interpretación de la demanda de que goza el juez de lo contencioso administrativo le hubieran permitido entender el libelo en el sentido de que los apartes demandados de los acuerdos son los que afectaron a la actora, toda vez que se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho que implica la presunta lesión de intereses particulares, y como en estos casos sólo el afectado está legitimado para emprender la impugnación judicial, resulta obvio concluir que los actos, a pesar de ser generales, se demandaron en tanto afectaron a la demandante.”⁵⁸

Sin embargo, como se verá más adelante, se considera que el anterior criterio no es suficiente para desvirtuar el paradigma de la justicia rogada, dado que ésta posee claros límites para el respeto de las garantías proce-

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE. Sentencia del 24 de mayo de 2007. Radicación número: 52001-23-31-000-2000-00597-01(4520-05). Actor: LEONOR DEL CARMEN ORTEGA REINA. Demandado: HOSPITAL CIVIL DE IPIALES E.S.E.

sales del demandado⁵⁹, lo que limita al juez para realizar actos propios de las partes, como lo son la construcción de las pretensiones y de la *causa petendi*.

En igual sentido, la doctrina nacional e internacional (la cual me permito citar en los siguientes apartes relacionados con el tema de la interpretación, de la demanda el primero, y de la congruencia procesal el segundo) manifiesta:

"Pero esa facultad de interpretación tiene su límite, que no es otro que los hechos fundamentales afirmados y las peticiones, que a su vez pueden ser analizados para su debida comprensión, teniendo en cuenta el conjunto del libelo, pero cuya existencia o ausencia no puede ser desconocida ni suplida por el juez." (Negrillas y subrayas propias)⁶⁰

*"5) Correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado
Esta cuestión genera la más importante regla de juzgamiento, que se conoce doctrinalmente con la denominación de congruencia procesal. Ella indica que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe **guardar estricta conformidad con lo pretendido y resistido por las partes.***

A mi juicio, ostenta una importancia mayor que la que habitualmente presenta toda regla técnica, pues para que una sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio debe ser siempre congruente y, por ende, no adolecer de algún vicio propio de la incongruencia, que se presenta en los siguientes casos:

...
*b) el juzgador otorga cosa distinta a la peticionada por la parte o condena a persona no demandada o a favor de persona que no demandó, y ve más allá del planteo litigiosos: **ello conforma el***

⁵⁹ Sobre este punto, la jurisprudencia nos aclara: "La interpretación de la demanda es una labor que debe emprender el Juez para desentrañar el querer del demandante, querer que está ahí, implícito en el libelo pero que no se muestra claro o coherente. Pero en modo alguno, so pretexto de interpretar lo que es obvio, puede el fallador darle un alcance distinto a la misma, o hacerle decir lo que objetivamente no dice, o, en resumidas cuentas, alterar ostensiblemente su contenido. Interpretación del libelo introductorio del proceso en la que se pide nulidad de un contrato, mas no una declaratoria de inoponibilidad." (Negrillas y subrayas propias) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de Casación No. 144 del 11-04-1994, DEMANDANTE Junta de Acción Comunal de "El Triunfo", DEMANDADO MISAEL MUÑOZ ROBAYO, Rad: 004025, Magistrado Ponente Dr. Héctor Marín Naranjo. Gaceta Judicial Tomo CCXXXI - No. 2470, Vol. 2, p. 1144.

⁶⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Santa Fe de Bogotá Editorial ABC 1981, Tomo I pág. 450

vicio de incongruencia extra petita, que también torna anulable el respectivo pronunciamiento.

...
d) *la sentencia presenta incongruencia interna, representada por una **incoherencia entre la motivación y la decisión**, que así se muestra contradictorias entre sí.*

Este vicio de autocontradicción, llamado también incongruencia por incoherencia, torna anulable el respectivo pronunciamiento.”
(Negrillas y subrayas propias)⁶¹

Resulta claro entonces que en un sistema de corte dispositivo, como lo es el proceso contencioso administrativo colombiano, no puede el juez (so pena de incurrir en incongruencia por fallo *extra petita*) interpretar la demanda y sustituir el vacío dejado por el demandante en los hechos o en las pretensiones.

Por lo anterior, si bien la interpretación de la demanda es una importante herramienta para el juez a favor de los derechos al acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial del actor, tiene también claros límites en el debido proceso del demandado. Sin embargo, en tratándose de las normas violadas y el concepto de la violación, como se analiza más adelante, no se incurre en incongruencia o en fallo *extra petita* al aplicar las normas jurídicas pertinentes.

8.3. Los Derechos Fundamentales como nuevo paradigma dentro del Estado Social de Derecho: Los Derechos Fundamentales irrigan la actuación del Estado en todos sus niveles y, por tanto, éste debe actuar como garante, protector y materializador de los mismos; función que igualmente debe cumplirse en el interior del proceso contencioso administrativo, lo que ha dado como resultado la constitucionalización del Derecho en general y del Derecho procesal en particular.

Colombia resolvió modificar su paradigma constitucional de Estado de Derecho, a un Estado Social de Derecho. Luego, lo que se precisa es que la Carta Política definió al Estado como *Social de Derecho*, implicando que las instituciones políticas, y el Estado en general, enmarcan su actuación no sólo bajo la égida del principio de legalidad (propio de las democracias liberales clásicas), sino que lo adjetiva con el principio *social*, es decir, se supera la visión clásica del Estado y, su intervención y acción,

⁶¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. DEBIDO PROCESO VERSUS PRUEBA DE OFICIO. Bogotá Editorial Temis 2004, pág. 164 y 165.

se enfocan a la materialización de los derechos fundamentales de la persona. Así incluimos a los derechos fundamentales como punto importante de referencia⁶².

Al estudiarse la constitucionalidad (por la Corte Constitucional, por supuesto) de la norma que le da soporte al paradigma de la justicia rogada, artículo 137 No. 4 del C.C.A., ésta llega a la conclusión que de que aquel trata de un requisito formal de la demanda que tiende a precisar la pretensión misma ante un acto que el juez debe respetar (porque se presume su validez), pero que dicho requisito no puede exigirse cuando de la impugnación del acto resulta claro que existe la violación de un derecho constitucional fundamental. Lo precedente significa que existen demandas en las que el requisito de expresión de las normas violadas, y el concepto de violación no siempre se exigen en las acciones anulatorias, hechos estos que deben ser analizados por el juez contencioso administrativo al momento de dictar su decisión de fondo.

Sobre este punto afirma la Corte Constitucional:

“Reitera la Corte, que si la administración debe realizar sus actividades con el propósito de satisfacer en forma inmediata y oportuna los intereses públicos o sociales, ajustada a los principios de legalidad y buena fe, dentro de los límites de su competencia, observando los criterios de igualdad, moralidad, publicidad, imparcialidad, eficiencia, eficacia, economía y celeridad, y sujeta a un régimen de responsabilidad, la consecuencia necesaria es que sus actos gozan de la presunción de legalidad y son oponibles y de obligatorio cumplimiento por sus destinatarios.

La naturaleza y características propias del acto administrativo, que se han puesto de presente anteriormente, justifican plenamente que el legislador, dentro de la libertad de configuración de las normas procesales que regulan el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, haya dispuesto que cuando se impugna un acto administrativo deban citarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación. En efecto:

Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legiti-

⁶² Sobre este punto, puede consultarse el siguiente artículo: ALZATE RÍOS, Luis Carlos. EXPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN ROBERT ALEXY. En: REVISTA INCISO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Universidad La Gran Colombia. Año 2007, no. 09. p. 69 a 82.

midad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada.

Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, mas aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación.

...

RESUELVE:

*Declarar **EXEQUIBLE** el aparte demandado del numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución.”⁶³*

Si bien resulta claro que en el paradigma del Estado Social de Derecho los derechos fundamentales deben ser protegidos por sobre cualquier requisito formal, no resultan razonables los argumentos en torno a la presunción de legalidad del acto, la buena fe y los principios de la administración, temas que se pasan a desarrollar.

8.4. La presunción de legalidad, la buena fe y la confianza legítima como argumentos adicionales para negar el paradigma en estudio:

Como ya se advirtió, de la interpretación sistemática de los artículos 64, 65, 66 y 152 del C.C.A., y 238 de la C.P., se ha desprendido la presunción

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, expediente D-2172. Magistrado ponente: Doctor Antonio Barrera Carbonell.

de legalidad del acto. Por otra parte, de los artículos 6 y 122 de la C.P., se ha desprendido el principio de legalidad, el cual nos indica el límite de las actuaciones de las autoridades públicas.

Por otra parte, encontramos las siguientes normas constitucionales y legales de gran importancia para el control de la actividad de la administración:

- El artículo 83 de la C.P., consagra la buena fe, la cual debe ser guía de la actuación de las autoridades públicas.
- El artículo 209 de la C.P., consagra los principios de la función administrativa, dentro de los que destacamos el de publicidad, norma que debe ser interpretada sistemáticamente con el artículo 3 del C.C.A., principios orientadores de la actuación administrativa, y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, que reitera los principios de la función administrativa.
- Los artículos 35 y 59 del C.C.A., que consagran la motivación de acto como regla general, en concordancia con el artículo 36, que consagra los límites de las decisiones discrecionales de la administración.

Planteadas las anteriores normas, nos preguntamos: ¿existe un principio de permanencia o pervivencia del acto administrativo al momento de interpretar su legalidad?

Así como la Corte Constitucional aplica el principio de permanencia de la ley al momento de estudiar la constitucionalidad de las leyes en sentido material, aplica también el principio de permanencia de la ley, a fin de preservar la obra del Congreso de la República, de y respetar la voluntad del legislador, que no es otra que la voluntad general por representación democrática. ¿Debe el juez contencioso administrativo aplicar al momento de interpretar su legalidad, un principio homólogo que pudiéramos llamar el de *permanencia* o *pervivencia* del acto administrativo?, ¿se desprende lo anterior de la presunción de legalidad del acto administrativo?

Una interpretación de lo anterior podría partir del punto de que si el acto se presume legal (presunción que puede ser desvirtuada), la parte actora tiene bajo su peso la carga de demostrar y argumentar con el fin de romper con esa presunción. Se justificaría de ese modo el paradigma de la justicia rogada como el principio de *permanencia* del acto (en caso de que no se desvirtúe la presunción de legalidad).

Sin embargo, la anterior postura podría tener otra interpretación si se parte de otros principios constitucionales, como el de la buena fe, del que se desprende el principio (del derecho público) de la confianza legítima. Es importante citar la siguiente providencia para aclarar ese punto:

“La conducta del servidor público tampoco puede defraudar el principio de confianza legítima que le han otorgado los ciudadanos, la sociedad en general, tiene la plena confianza en que el servidor siempre estará dispuesto a actuar conforme las normas, los principios, el bienestar de la comunidad y la democracia lo establece.

4.9 La Mala Fé (sic) Administrativa.

Si se obra desconociendo los postulados de la Buena Fé (sic), la administración comete hechos que defraudan la confianza legítima depositada por los ciudadanos y quebranta la presunción que rige los actos de particulares y de la administración, para finalizar en hechos que no son los esperados del desarrollo de una función administrativa, que tiene como objetivo la prevalencia del bien común y la protección de la comunidad.”⁶⁴

La Ley, así no se conozca, debe ser acatada por los administrados. La Administración actúa teniendo como base la Ley y la Constitución, por tal razón, sus actuaciones se presumen legales. El acto no sólo se presume legal, sino que debe ser (por esencia) motivado. En consecuencia, dadas la buena fe y la confianza legítima, la entidad demandada tiene (por regla general) la carga de motivar; por ende, ésta debe conocer las normas que fundamentan su actuar y tener la carga de sustentar (y citar suficientemente en sus actos) **todas las normas y la interpretación que de ellas se haga**, para, a través del acto que impone al administrado, motivar la decisión, lo que a su vez allanaría el camino para que éste cumpliera (de una manera más sencilla e idónea) con su carga procesal de citar las normas violadas y plantear el concepto de su violación.

Se colige entonces que el citar e interpretar las normas que sustentan el acto es una carga de la administración, quien tiene (por regla gene-

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. Radicación número: 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163). Actor: JORGE A. PIEDRAHITA ADUEN. Demandado: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.

ral) el deber de motivar suficientemente sus actos (carga que debe asumir por los principios de buena fe y confianza legítima), aspecto que no debe trasladarse al administrado cuando éste acciona en busca de la nulidad de los actos administrativos.

8.5. El principio de prevalencia del Derecho sustancial: De vieja data resulta ser que las normas procesales tienen como fin la materialización de los derechos consagrados en las normas sustanciales, por tanto, en su interpretación, debe tenerse en cuenta que la forma no debe sacrificar el Derecho material.

Así pues, la naturaleza de las cosas se constituye en una importante fuente o herramienta de interpretación (al igual que poner el Derecho en relación con la vida social) para obtener el conocimiento y una visión clara de las nuevas necesidades, todo con el fin de lograr una tutela efectiva de los derechos, puesto que la interpretación progresiva es una necesidad lógica (y práctica) para la interpretación de las normas procesales como forma de aplicación del Derecho material⁶⁵.

Claramente encontramos reflejado lo anterior en el artículo 4 del C.P.C., norma aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., al proceso contencioso administrativo, y el artículo 228 de la C.P.

No obstante lo anterior, de las normas citadas no se puede desprender una derogación total de las normas formales, pues el formalismo es un principio esencial del Derecho procesal (y del debido proceso como derecho fundamental sustancial), dado que el principio del formalismo es, en el proceso, la expresión (esencialmente formalista) misma de su naturaleza. La forma es garantía al interior del proceso, y hace parte de lo que se conoce como *debido proceso*. Por tal razón, la forma procesal debe ser previa y rigurosamente determinada⁶⁶.

Debe tenerse en cuenta la finalidad del proceso como garantía (del debido proceso), como derecho sustancial fundamental; pero no puede llegarse al extremo del culto total al formalismo, desechando la aplicación del Derecho sustancial so pretexto de la forma misma.

Por otro lado, encontramos en tensión dos normas constitucionales, una es el artículo 29, que consagra el *debido proceso*; la otra el artícu-

⁶⁵ ROCCO, Alfredo. La interpretación de las Leyes Procesales. Bogotá: Editorial Leyer, 2008, p. 27 a 30.

⁶⁶ ROCCO, Alfredo. Op. Cit., p. 74 y 75.

lo 228, en el aparte que consagra la prevalencia tantas veces aludida del Derecho sustancial sobre el procesal. La tención empieza cuando se interpreta la primera de las normas, *el debido proceso*, el cual es un derecho fundamental sustancial, desarrollado por las leyes que regulan los procesos y los procedimientos que se surten ante la jurisdicción. Al ser el *debido proceso* desarrollado por las leyes procesales un derecho sustancial, prevalecerá sobre las procesales que lo desarrollan, entrando así en un conflicto normativo entre el artículo 29 y el 228.

El artículo 228 introduce una verdadera revolución en la manera de concebir el Derecho: cuando se hace obligatoria la prevalencia del Derecho sustancial, se derrumba la adoración por lo pequeño e intrascendente, el celo del precario inciso, la falsa visión de lo formal que, en innumerables ocasiones, lejos de servir de marco estricto a la discusión del Derecho, ha servido para vulnerarlo.

En cualquier caso, la conciencia del Derecho no puede sucumbir al juego de las causales, cuando en este momento, por ejemplo, la Corte Constitucional, a instancias del control constitucional, está salvando defectos técnicos existentes en leyes que poseen una amplia repercusión social. Si la jurisprudencia internacional coloca en cabeza del Estado la obligación de consagrar los recurso efectivos, y de proveer los medios para utilizarlos (en nuestro precario escenario de escasas posibilidades de defensa), el juez tiene que ser, ante todo, un agente que equilibre las cargas y las posibilidades reales de las partes en el proceso. El culto a la forma, el manejo crítico del lenguaje jurídico (que ahoga lo sustancial), es en sí un acto creador de injusticia que revela una convicción autoritaria del Derecho y del Estado.

“17. El formalismo es una mera técnica de dominación social lamentablemente muy extendida entre los jueces del país. Como toda ideología de esta estirpe, solo confía en el nudo procedimiento del poder el cual emana y al cual sirve.”⁶⁷

Es precisamente desde los altos tribunales que se debe impulsar la idea del juez como garante de los derechos y, en general, toda la función jurisdiccional debe readecuarse a las exigencias que establece el artículo 228 de la C.P.

⁶⁷ Fundamento jurídico 17 del Salvamento de voto de los Magistrados CIRO ANGARITA BARÓN, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, a la sentencia No. C-543 del 1 de octubre de 1992 proferida por la sala plena de la CORTE CONSTITUCIONAL.

Cuando el artículo 228 de la C.P., establece que en las actuaciones de la administración de justicia prevalecerá el Derecho sustancial, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional (y en consecuencia del proceso) es la realización de los derechos consagrados (en abstracto) por el Derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que, en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el Derecho procesal, y específicamente *el proceso*, es un medio.

Acoplando lo anterior al *debido proceso*, al aplicar una norma no citada por el actor no se está vulnerando aquel derecho fundamental del accionado, ni se incurriría en actos contrarios a la congruencia o a la lealtad procesal, dado que no se trata de adicionar nada a las pretensiones ni a los hechos de la demanda (cosas estas que sí vulnerarían su derecho fundamental y constituirían un acto de parte ajeno a la posición del juez), sino que, simplemente, se le estaría dando prevalencia al Derecho sustancial, el cual se presume conocido por todas las personas⁶⁸ (presunción que se torna más rigurosa para los servidores públicos que deben enmarcar su acción única y exclusivamente en la constitución y la ley) acorde con el principio de legalidad (Artículo 6 y 122 de la C.P.).

Se desprende igualmente como conclusión de este numeral la imposibilidad constitucional actual de sostener el paradigma de la justicia rogada (para el control de los actos administrativos) al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por último, es claro que las normas preconstitucionales (como las que fundan el paradigma en estudio) deben ser interpretadas a la luz de la Constitución Política para cumplir con metas realistas de la norma. En este sentido, la doctrina nos ilustra:

“Al re-vivir una norma jurídica acontece que las gentes que la cumplen espontáneamente, o los órganos jurisdicciones que la aplican, la adaptan a las circunstancias concretas de cada caso singular, y la individualizan para ese caso particular. Y acontece también que, al correr del tiempo, cuando las normas jurídicas preexistentes son aplicadas a nuevas situaciones de la vida social, en esa operación de ser aplicadas a nuevos hechos, van

⁶⁸ El Código Civil colombiano consagra: "Artículo 9: La ignorancia de la ley no sirve de excusa". Esta norma fue estudiada en su constitucional y declarada exequible en la sentencia C-651 de 1997, al encontrar como fundamento de ella el inc. 2 del artículo 95 de la C.P., que consagra " Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes".

engendrando nuevos sentidos, cobran alcance diferente y producen otras consecuencias diferentes de las que produjeron en antaño” ⁶⁹

Así pues, sobra decir que, conforme a la interpretación planteada en el presente escrito conforme a la Constitución Política, la carga de indicar las normas violadas y el concepto de la violación, no pasa de ser un simple requisito formal que debe estudiarse en el episodio de la admisión de la demanda, pero nunca debe verse como el paradigma para el estudio de fondo de la cuestión, dado que tal norma debe reinterpretarse y reescribirse, para, como lo dice el autor en cita, producir una consecuencia jurídica diferente a la que produjo antaño, que no es otra que la aplicación a plenitud, por parte del juez contencioso administrativo, del principio *iura novit curia*; por lo que le corresponde al juez realizar el análisis del acto administrativo frente a las normas y concepto de la violación citadas en la demanda, o en cualquier otro escrito que la parte allegue al expediente, como por ejemplo, los alegatos de conclusión, o, en segunda instancia, la sustentación del recurso de apelación o los que (de oficio) considere pertinentes.

9. LA JUSTICIA ROGADA Y EL NUEVO EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como se plantea hasta aquí, la justicia rogada para el control de los actos administrativos, debe desaparecer para darle paso a una interpretación más abierta y garantista de los derechos del actor, sin llegar a vulnerar el derecho fundamental de defensa y contradicción del demandado.

El nuevo código consagra una norma idéntica, el artículo 162 numeral 4⁷⁰ a la encontrada en las regulaciones procesales anteriores, que impone al actor la carga de indicar las normas violadas y explicarse el concepto de su violación como requisito formal de la demanda.

⁶⁹ RECASÉNS SICHES, Luis. TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. México: Editorial Porrúa, 2003, p. 110.

⁷⁰ Establece el artículo 162 numeral 4 del C.P.A. y de lo C.A.:

"ARTÍCULO 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

...

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación."

Dicha norma debe interpretarse de la misma forma ya indicada para tratar de extirpar de la jurisdicción el paradigma de la justicia rogada. Adicionalmente, para ello, el nuevo código consagra en el artículo 103 el objeto y los principios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, norma que de manera expresa consagra que los procesos que se adelanta en la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben propender por la efectividad de los derechos reconocidos en la constitución y la ley y la preservación del orden jurídico, por lo que esta norma se suma a las ya analizadas para romper con el mencionado paradigma, dado que no podríamos hablar de una verdadera efectividad de los derechos y una conservación del orden jurídico, si el juez contencioso niega las pretensiones aducidas en contra de un acto administrativo por el solo hecho de no violar estas normas citadas, así viole otras normas de mayor rango, por el único argumento de no haber sido citadas estas por el demandante.

Así las cosas, el artículo 103 y todo el nuevo C.P.A. y de lo C.A. debe servir de disculpa para romper el paradigma de la justicia rogada y propender por un paradigma de la efectividad de los derechos y la preservación del orden jurídico.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. DEBIDO PROCESO VERSUS PRUEBA DE OFICIO. Bogotá Editorial Temis 2004.
- ALZATE RÍOS, Luis Carlos. EXPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN ROBERT ALEXY. En: REVISTA INCISO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Universidad La Gran Colombia. Año 2007, no. 09.
- COMISIÓN REDACTORA DEL PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Acta No. 03 (sesión de 2 de julio de 2003), p. 3, intervención del Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié. Tomada de www.icdp.org.co. Consultada el 15 de mayo de 2007.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I.
- Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2002.
- ESPAÑA PANTOJA, Pablo León. La justicia rogada frente al control jurisdiccional del acto administrativo. Bogotá: Editorial Leyer. 2002.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *IURA NOVIT CURIA* y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. Valladolid: Editorial Lex Nova 2000.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Editorial Legis S.A. 2006.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2006.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Reflexiones de Derecho Administrativo para un Estado Social de Derecho. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley LTDA, 2005.
- RECASÉNS SICHES, Luis. TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. México: Editorial Porrúa, 2003.
- ROCCO, Alfredo. La interpretación de las Leyes Procesales. Bogotá: Editorial Leyer, 2008.
- ZAGREBLESKY, Gustavo, *et al.* La Exigencia de Justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

CAPÍTULO III

LA CAUCIÓN PARA DEMANDAR

Entre el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y la defensa del patrimonio público

“La tutela jurisdiccional resulta otorgada con plena eficacia cuando la decisión consistente en negar, de forma no arbitraria o irrazonable, la concurrencia de un presupuesto procesal necesario para conocer de fondo el proceso.”⁷¹

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO DE LA CAUCIÓN PARA DEMANDAR Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA.- 2.1. Marco normativo de la caución para demandar.- 2.2. El tratamiento en la jurisprudencia de la caución para demandar.- 2.2.1. Primera etapa. La plena vigencia del artículo 140 del C.C.A.- 2.2.2. Segunda etapa. La declaratoria de inexecutable de la obligación de pago contenida en el artículo 140 del C.C.A.- 2.2.3. Tercera etapa. Los artículos 7 de la Ley 383 de 1997 y 12 del Decreto 3050 de 1997 y su expulsión del ordenamiento jurídico.- 2.2.4. Cuarta etapa. La caución regida plenamente por el artículo 140 del C.C.A.- 3. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 140 DEL C.C.A.- 3.1. ¿Qué es la caución para demandar y cuál es su finalidad?- 3.2. ¿En qué tipo de procesos se debe fijar la caución?- 3.2.1. Los tributos.- 3.2.1.1. Los impuestos.- 3.2.1.2. Las tasas.- 3.2.1.3. Las contribuciones.- 3.2.2. Las multas.- 3.2.3. Los créditos.- 3.3. Parámetros para fijar el valor de la caución. 3.4. Formas de caucionar la obligación a favor del tesoro público.- 3.5. La caución y el amparo de pobreza.- 3.6. Consecuencias procesales de no prestar la caución.- 3.7. Consecuencias procesales de que el juez omita fijar la caución.- 4. EL PRINCIPIO *SOLVE ET REPETE* Y LOS RECURSOS EN VÍA GUBERNATIVA.- 5. CONCLUSIONES.- 6. LA CAUCIÓN PARA DEMANDAR EN NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 140 del C.C.A., ha sido objeto de múltiples interpretaciones, dado que éste, en su texto original, consagraba claramente el principio

⁷¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, sentencia S. 37/82 del 16 de junio de 1982, citada por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1984. p. 56.

solve et repete (primero pague y después discuta), cuando nos encontramos frente a litigios contenciosos en torno a actos administrativos que imponen una obligación a cargo del administrado.

Con la evolución del sistema constitucional, la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y con la declaratoria de inexecutable de gran parte de la mencionada norma (a través de la sentencia No. 86 del 25 de julio de 1991, expediente 2273 de la Sala Plena de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, magistrados ponentes Simón Rodríguez Rodríguez y Pablo J. Cáceres Corrales), se pasa a un régimen no de *pague y reclame*, sino de *caucione la obligación a discutir*, a efectos de proteger el patrimonio público y garantizar el pago de la obligación en disputa.

No obstante lo anterior, la norma en comento ha sido ya en su redacción actual objeto de múltiples interpretaciones en torno al momento procesal de fijar la caución, los parámetros para determinar su monto, el tipo de procesos en donde se debe exigir, las consecuencias procesales por el incumplimiento de la obligación de caucionar; en fin, una serie de inquietudes jurídico procesales que afectan de forma directa el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, dado que ponen en juego tanto la admisión, la inadmisión, el impulso del proceso y, en general, afectan o condicionan el derecho a obtener una decisión de fondo en torno a un conflicto de contenido económico con el Estado.

Por lo anterior, se hace necesario estudiar en qué consiste la caución para demandar, cuál es el momento procesal en que debe ser fijada, el monto frente al cual debe ser prestada, la forma de prestarla (entre otros), para dar herramientas tanto a los operadores jurisdiccionales, como a los demandantes que acuden en pro de justicia, y para establecer el real alcance y contenido de la carga jurídico procesal de caucionar las pretensiones.

Para realizar el anterior estudio, se utilizará jurisprudencia y la escasa doctrina sobre el tema, para, posteriormente, concluir con la posición propia frente a lo que estimamos es la interpretación correcta de la norma en comento, siempre utilizando para ello los principios procesales constitucionales.

2. EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO DE LA CAUCIÓN PARA DEMANDAR Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA

2.1. Marco normativo de la caución para demandar: Como ya se advirtió, el artículo 140 (original) del C.C.A., consagraba dos obligaciones para quienes pretendían discutir obligaciones relacionadas con impuestos, tasas, contribuciones, multas o créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público:

- En la primera, claramente inspirada en el principio *solve et repete* (cuando normas especiales así lo exigieren), se debía acreditar la consignación, a título de depósito, del valor de la obligación impuesta en discusión, el cual, una vez concluido el proceso, y en el caso de que prosperara el conjunto de las pretensiones, era devuelto en su totalidad. Lo era parcialmente en caso de no serlo así, y, en este último caso, el saldo negado pasaba a ser de titularidad del Estado, al igual que el valor total en caso de ser negadas todas las pretensiones. Sobre el saldo, en caso de ser a favor del accionante, se liquidaban intereses comerciales desde la fecha de la consignación.
- La segunda (exigible como regla general), como obligación de prestar caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago (con los recargos a que hubiere lugar) en el caso de decisión desfavorable.

Adicional a la mencionada norma del C.C.A., existían las siguientes que regulaban de forma especial el tema en materia de impuestos nacionales:

- El párrafo del artículo 9 de la ley 8 de 1970⁷².
- El artículo 93 de la ley 9 de 1983⁷³.
- Dichas normas fueron compiladas por el Decreto 624 de 1989, conocido como el Estatuto Tributario, en su artículo 867⁷⁴.

⁷² "Párrafo. Para interponer el recurso legal ante el Contencioso Administrativo, no será necesario hacer la consignación del impuesto que hubiere liquidado la Administración. Pero la sanción por mora de 21/2% mensual se hará efectiva desde el momento de interponer dicho recurso, sobre las sumas impagadas que resultaren a cargo del contribuyente según el fallo definitivo."

⁷³ "ARTICULO 93.- Para interponer demanda ante los Tribunales Administrativos y ante el Consejo de Estado, en materia de impuestos sobre las ventas, deberá presentarse caución por valor igual al diez por ciento (10%) de la suma materia de la impugnación."

⁷⁴ "Artículo 867. PAGO O CAUCIÓN PARA DEMANDAR. Para interponer el recurso legal ante el Contencioso Administrativo, en materia del impuesto sobre la renta y complementarios, no será necesario hacer la consignación del impuesto que hubiere liquidado la Administración."

En vigencia de las anteriores normas se interpretó que para efectos de impuestos nacionales sólo era exigible la caución en caso de demandas en donde se controvertiera el impuesto a las ventas, sin que fuera exigible dicha carga para efectos del impuesto de renta y complementarios⁷⁵.

- La norma antes mencionada del Estatuto Tributario, artículo 867, fue subrogada por el artículo 7 de la ley 383 de 1997⁷⁶, norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional⁷⁷.
- El artículo 12 del Decreto 3050 de 1997⁷⁸, norma reglamentaria de la anterior ley, fue declarada nula por el Consejo de Estado⁷⁹.

Para interponer demanda ante los tribunales Administrativos y ante el Consejo de Estado, en materia de impuesto sobre las ventas, deberá prestarse caución por valor igual al diez por ciento (10%) de la suma materia de la impugnación."

⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: GUILLERMO CHAHIN LIZCANO. Auto del 10 de abril de 1992. Radicación número: 4057. Actor: MANUEL VERGARA DÍAZ. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS DE SINCELEJO.

⁷⁶ "Artículo 7º. El artículo 867 del Estatuto, quedará así:
"Artículo 867. Garantía para demandar. Para acudir a la vía contencioso administrativa no será necesario hacer la consignación del monto de los impuestos que hubiere liquidado la administración. Cuando el monto discutido sea de cuantía igual o superior a diez millones de pesos (10.000.000) (año base 1997), será necesario acreditar la constitución de una garantía bancaria o de compañía de seguros a favor de la Nación -Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-, cuya vigencia deberá ser por el término de duración del proceso y tres meses más, contados a partir de la fecha de la sentencia o decisión jurisdiccional ejecutoriada. En materia del impuesto de renta y complementarios la garantía será por un monto equivalente al 20% de los valores determinados por la Administración y que sean objeto de discusión. En materia de retención en la fuente, la garantía será por un valor igual al 60% de la suma materia de impugnación. Cuando se trate del impuesto sobre las ventas, la garantía será del 30% del valor impugnado.

Parágrafo. Se podrá descontar del impuesto de renta del año gravable en el cual quede ejecutoriada la sentencia definitiva a favor del contribuyente, el valor de la prima cancelada para la adquisición de la garantía a que se refiere el presente artículo".

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-318/98, del 30 de junio de 1998. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

⁷⁸ "Artículo 12. Garantía para demandar. El término mínimo por el cual deberá suscribirse la garantía para demandar de que trata el artículo 867 del Estatuto Tributario será de un (1) año, contado a partir de la interposición de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Antes de vencerse el término, la garantía deberá renovarse sucesivamente por períodos mínimos de un año, hasta la culminación del respectivo proceso.

La garantía para demandar no será exigible cuando las sanciones se impongan en resolución independiente.

El monto del descuento a que se refiere el parágrafo del artículo 867 del Estatuto Tributario, será equivalente a la sumatoria de las primas canceladas tanto por la garantía inicial, como por sus renovaciones."

⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA Consejero ponente: JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO. Sentencia del 10 de julio de 1998. Radicación número: 11001-03-27-000-1998-00044-00(8837). Actor: VICENTE AMAYA MANTILLA. Demandado: GOBIERNO NACIONAL. Referencia: ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD DECRETO 3050 DE 1997.

2.2. El tratamiento en la jurisprudencia de la caución para demandar:

Como resulta obvio, los cambios normativos condicionan la interpretación que de tal requisito ha realizado la jurisprudencia. Así, para el estudio de este punto, es necesario clasificar el momento en que nos encontramos, para lo cual dividiremos el estudio, en primer lugar, en antes de la declaratoria de inexequibilidad del aparte del artículo 140 del C.C.A., por parte de la Corte Suprema de Justicia; en segundo, desde dicha declaratoria hasta la vigencia de la ley 383 de 1997; en tercero, desde la vigencia de la norma indicada hasta su declaratoria de inexequibilidad y, por último, desde dicha fecha hasta la actualidad. Veamos.

2.2.1. Primera etapa. La plena vigencia del artículo 140 del C.C.A: En esta etapa se encuentra en plena vigencia el texto original del artículo 140 del C.C.A., el cual, como ya mencionamos, contenía por una parte la obligación de pagar y después reclamar y, por otra, la obligación de caución. En esta etapa, la existencia de esta norma cohabita con el parágrafo del artículo 9 de la ley 8 de 1970 y el artículo 93 de la ley 9 de 1983, normas que, como se indicó, fueron compiladas por el Decreto 624 de 1989, conocido como Estatuto Tributario, en su artículo 867.

Teníamos en aquel momento histórico una regla general contenida en el artículo 140 del C.C.A., y unas normas especiales aplicables a los impuestos nacionales que regulaban la caución para los litigios (sobre impuesto a las ventas del 10% del valor en discusión) y excluían de la caución al impuesto de renta.

En esta etapa de la evolución normativa y jurisprudencial, la caución era fijada por el magistrado ponente a través de auto previo a la admisión de la demanda, en donde además se establecía un plazo judicial para su prestación y, en caso de que se incumpliera con dicha obligación, la demanda era inadmitida por incumplir los requisitos formales de la misma, en aplicación del artículo 143 del C.C.A. En caso de que no se cumpliera con la subsanación del defecto formal (en el término indicado en la mencionada norma, cinco (5) días siguientes), era procedente el rechazo de la demanda⁸⁰.

2.2.2. Segunda etapa. La declaratoria de inexequibilidad de la obligación de pago contenida en el artículo 140 del C.C.A: la norma en estu-

⁸⁰ En este sentido, ver la siguiente providencia: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JAIME ABELLA ZARATE. Auto del 24 de mayo de 1991. Radicación número: 3406. Actor: LA SULTANA LTDA. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

dio fue declarada parcialmente inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, corporación que consideró que la obligación de pago previo a la demanda vulneraba el derecho al acceso a la administración de justicia. Esta alta corporación indicó en dicha providencia lo siguiente:

“Contradice esta exigencia la garantía que la Constitución consagra a toda persona, en su artículo 229, de acceder a la administración de justicia, puesto que, tal como ocurre con el artículo 223 del Decreto Extraordinario 444 en la parte arriba examinada, obliga al interesado a cumplir con la sanción que ha impuesto la administración de manera absoluta, sin permitir siquiera el uso de garantías u otro mecanismo de idéntica naturaleza para asegurar el pago de la multa o de la suma debida, en la hipótesis de una sentencia desfavorable a sus pretensiones.

El tipo de multa que por hechos contravencionales u obligaciones de orden cambiario, tributario, etc., imponen o liquidan las autoridades del ramo, hace inaccesible la justicia a quienes tienen derecho de controvertir ese acto sancionatorio y la administración, en ese caso, posee la atribución de Bloquear la acción de la jurisdicción con la imposición de multas o la definición de obligaciones de magnitudes en ocasiones inalcanzables para los afectados. Pero aunque la sanción no llegara a niveles imposibles desde el punto de vista económico para las personas demandantes, el artículo 140 compele a pagar semejante obligación sin alternativa alguna, antes del juicio y quebrantando, así, la garantía que la Constitución de 1991 en su artículo 229 ha consagrado expresamente a quienes necesitan de las definiciones judiciales para establecer la legalidad del acto administrativo que decreta tal obligación.

El artículo 140 considera la alternativa de acompañar a la demanda la póliza o la garantía del pago de la sanción o la obligación económica que defina la providencia de la administración, en caso de ser desfavorable el fallo de la jurisdicción. Sin embargo, limita esta posibilidad a las hipótesis en las cuales una disposición legal no requiera del depósito en efectivo del dinero debido. Por ello no se ajusta la norma acusada al orden constitucional vigente, ya que aparece ostensible el obstáculo al acceso a la justicia para debatir el acto que tal exigencia impone.

Estos motivos causan a declaratoria de inexecutable de la parte del artículo 140 que dispone el comentado presupuesto formal de la demanda en el proceso contencioso subjetivo.

No se trata entonces de que el principio solve et repete haya quedado eliminado totalmente, sino que en adelante “si se trata de de-

manda de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público”, habrá de prestarse la caución correspondiente en los términos de la parte del artículo 140 in fine del Código Contencioso Administrativo, que es declarada exequible en este fallo”⁸¹

Como se puede observar en esta etapa, la Corte Suprema de Justicia aclara el contenido del artículo 140 del C.C.A., eliminando de forma absoluta la obligación de consignación o depósito previo, es decir, elimina el principio de *solve et repete*, (entendido este como pago previo), pero lo deja vigente en su concepción de caución previa a la presentación de la demanda, garantizando y dándole prevalencia a la defensa del patrimonio público sobre el derecho al acceso a la administración de justicia del administrado que pretende discutir impuestos, tasas, contribuciones, multas o créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público.

En esta etapa, la norma en comento igualmente cohabita con el artículo 867 del Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario) en su texto original, por lo que, sobre este particular, el Consejo de Estado fijó el alcance tanto de la declaratoria de inexecutable parcial del artículo 140 del C.C.A., como de la norma tributaria especial. Veamos:

“Así las cosas, estima procedente la Sala precisar que en la actualidad, para ocurrir en demanda contenciosa la situación de los litigantes respecto del pago previo o la caución o de la aplicación del principio «solvo et repete» es la siguiente, atendida la inexecutable parcial decretada por la Corte sobre el artículo 140 del C.C.A. y la existencia de las normas tributarias especiales:

- a. - En ningún caso de demanda originadas en impuestos o en sanciones relativas a ellas, es necesario depositar o consignar su valor como presupuesto para su admisión.*
- b. - en los casos de impuestos sobre las ventas o sanciones derivadas de tal tributo, se debe, según el segundo inciso del art. 867 del Estatuto Tributario caucionar con el 10%.*

En los casos de impuestos sobre las ventas o sanciones derivadas de tal tributo, se debe, según el segundo inciso del art. 867 del Estatuto Tributario caucionar con el 10% del valor de la suma impugnada.

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA, sentencia No 86, julio 25 de 1991. Expediente 2273. Magistrados Ponentes: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez - Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.

c. - *En los casos de impuesto a la renta y complementarlos o sanciones derivadas de su proceso de determinación no es necesario prestar caución alguna.*

d. - *Con relación a los demás impuestos o sus sanciones, diferentes a ventas y renta y complementarios, se deberá prestar la caución en los términos del artículo 140 del C.C.A. y por la cuantía que determine el ponente, salvo que exista norma especial que dispongan otra cosa.”⁸²*

Aclara la mencionada providencia el alcance de las normas vigentes para le época, por lo que no se realiza aclaración adicional.

No obstante lo anterior, en tal época se interpretaba igualmente por parte del Consejo de Estado que la caución, en los casos que era procedente exigirla, debía de aportarse antes de la admisión de la demanda, es decir, el ponente fijaba su monto y plazo. Ahora, vencido éste sin que se procediera a cumplir con la carga, en aplicación del artículo 143 del C.C.A., la demanda era inadmitida por incumplir los requisitos formales de la misma; y en caso de que no se cumpliera con la subsanación del defecto formal en el término indicado en la mencionada norma, (cinco (5) días siguientes), era procedente el rechazo de la demanda⁸³.

2.2.3. Tercera etapa. Los artículos 7 de la ley 383 de 1997 y 12 del Decreto 3050 de 1997, y su expulsión del ordenamiento jurídico: tal como se aludió, estas normas eran aplicables a los impuestos naciona-

⁸² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: GUILLERMO CHAHIN LIZCANO. Auto del 10 de abril de 1992. Radicación número: 4057. Actor: MANUEL VERGARA DÍAZ. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS DE SINCELEJO.

⁸³ En este sentido la providencia citada en el pie de página anterior. En igual sentido, pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JAIME ABELLA ZARATE. Auto del 26 de agosto de 1991. Radicación número: 3582. Actor: PETROFERT IMPORT EXPORT LIMITADA. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JAIME ABELLA ZARATE. Auto del 3 de julio de 1992. Radicación número: 4168. Actor: JUAN ANTONIO DONADO LEVY. Demandado: SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: GUILLERMO CHAHIN LIZCANO. Auto del 24 de julio de 1992. Radicación número: 4214. Actor: SEGUROS UNIVERSAL S.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ. Auto del 19 de noviembre de 1992. Radicación número: 2179. Actor: ALEJANDRO GALLEGO CANO. Demandado: GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE RISARALDA Y OTRO.

les, pues la primera subrogó el artículo 867 del E.T., y la segunda lo reglamentó.

Las mencionadas normas coexistían con el artículo 140 del C.C.A., por lo que ellas eran aplicables a los impuestos y obligaciones derivadas de ellos como: renta, ventas y retención en la fuente; estableciéndose en las normas especiales referenciadas la modalidad de la garantía, la cuantía y la vigencia de la misma. Por otra parte encontramos la norma general, el artículo 140 del C.C.A., aplicable a los demás impuestos, tasas, contribuciones, multas o créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público.

Como ya se mencionó, las anteriores normas especiales fueron expulsadas del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales competentes. Es así como el artículo 7 de la ley 383 de 1997 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por violar, por una parte, el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia; y por otra, parte la igualdad ante la ley. Resulta importante analizar y tener en cuenta los principales argumentos de la Corte, por tal motivo transcribimos los apartes pertinentes:

“13. En la medida en que la norma estudiada persigue dos objetivos constitucionalmente relevantes y que es idónea para alcanzar tales objetivos, se pregunta la Corte si es necesaria, o, en otras palabras, si no existen opciones alternativas, menos restrictivas de los derechos de las personas, que permitan alcanzar la misma finalidad. En efecto, la primacía de los derechos fundamentales (C.P. art. 5) obliga al legislador a seleccionar, de las alternativas existentes, aquélla que los afecte en menor grado.

No obstante, en los eventos en que el juez no esté obligado a realizar un test estricto de proporcionalidad, el juicio de necesidad de una norma legal implica, simplemente, la demostración de que no existe ninguna otra medida que, de manera clara y contundente, produzca en términos constitucionales, igual resultado a un menor costo. Si al evaluar las distintas alternativas resulta que cada una de ellas tiene múltiples aristas que tornan complejo el análisis, el juez debe optar por aplicar el principio democrático y avalar la selección realizada por el legislador.

En el presente caso, uno de los intervinientes alega que existen opciones alternativas menos gravosas para los derechos fundamentales que, sin embargo, alcanzan la misma finalidad perseguida por la disposición demandada. En este sentido, se menciona, por ejemplo, la posibilidad de asignar al funcionario judicial la facultad de

definir el monto y tipo de la caución que deba constituirse, atendiendo a las consideraciones particulares de cada persona.

Si bien como se ha visto, la imposición de una caución para garantizar el pago de una deuda tributaria, es una medida idónea y acorde con los fines constitucionales, la Corte considera que se debe estudiar con más cuidado la opción alternativa mencionada, que contiene el artículo 140 del C.C.A.

Conferir al magistrado encargado de la demanda contenciosa, la facultad de determinar el monto de la caución que habrá de pagar el contribuyente-deudor, significa que cada persona, de acuerdo con su situación individual, tendrá la oportunidad de ser evaluada por el juez. Va de la mano del principio de igualdad, y garantiza - en mayor medida que la norma atacada - que se tendrá en cuenta la capacidad económica del demandante en el momento de exigir de él un depósito temporal de dinero que respalde, al menos en parte, el pago de la deuda existente, y demuestre la seriedad de su pretensión.

Visto así, no se vulneran los derechos constitucionales del demandante; pero es imperativo que la caución, garantía o condición, sea fijada, no de antemano sino luego de admitida la demanda y repartido el proceso, para que el magistrado la ordene de acuerdo con cada caso. De lo contrario, - es decir, como dice la norma demandada - si se exige como un requisito para iniciar un proceso, se está obstaculizando el acceso de una persona a la administración de justicia.

La Corte considera que no es admisible, y que va en contravía del artículo 229 de la Carta Política, exigir una condición para llevar a la justicia, la controversia de un ciudadano con el Estado: no es posible a la luz de los principios contenidos en la nueva Constitución, desechar de plano la admisión de una demanda, por no cumplir con un requisito de esta naturaleza. Efectivamente, mientras el demandante esté en capacidad de constituir la garantía que exige la norma cuestionada, no se estarían vulnerando sus derechos; pero requerir la constitución de un respaldo de este tipo, sin tener en cuenta las condiciones de un gran número de posibles demandantes, es un atentado contra su derecho de acción; no todas las personas tienen acceso al mercado financiero, o cumplen con la cantidad de requisitos que exigen las compañías de seguros para constituir una póliza como la que exige esta disposición. Por tanto, la exigencia de una condición imposible o muy difícil de cumplir, afecta el núcleo esencial del derecho al acceso a los jueces y tribunales y, por contera, del derecho a una tutela judicial efectiva, del derecho de defensa y, por supuesto, del derecho a la igualdad.

14. Resta verificar si la norma estudiada es estrictamente proporcional respecto de la finalidad perseguida. Esto es, indagar si, desde una perspectiva constitucional, los costos que produce resultan inferiores al beneficio que persigue.

Para efectos de hacer el análisis de estricta proporcionalidad, es necesario estudiar, en detalle, el grado de afectación del derecho de acceso a la administración de justicia.

En primer lugar, aprecia la Corte que la restricción que se estudia sólo se produce respecto de quien pretende cuestionar judicialmente una obligación de cuantía igual o superior a diez millones de pesos. En segundo término, la garantía no consiste en pagar, integralmente, la suma discutida, ni en depositar un porcentaje de la misma, sino en constituir una caución correspondiente a una parte de dicho monto. En tercer término, el legislador dispuso que de resultar la sentencia favorable al contribuyente, el monto que hubiere pagado será descontado de su impuesto correspondiente al año siguiente.

En principio, considera la Corporación que las medidas que tiendan a evitar la evasión tributaria o, en general, el fraude a la ley fiscal, así como las que pretendan racionalizar la prestación del servicio público de la justicia, encuentran franco respaldo constitucional; pero éstas no pueden instrumentarse en perjuicio de los derechos que contiene la Carta Política. No es justificable la restricción del acceso a la administración de justicia ni la igualdad en estas condiciones, máxime cuando existen otras opciones, igualmente proporcionales y acordes con los fines de la ley tributaria, que implican un menor sacrificio de las garantías constitucionales.

...

17. En estas circunstancias, la Corte deberá verificar si la finalidad perseguida por el legislador al dar idéntico trato a las personas que reúnan las dos condiciones anotadas - (1) que el monto que buscan controvertir a través de la vía judicial supere los diez millones de pesos, y (2) que estén en capacidad de constituir la garantía exigida como condición para demandar - es suficiente, desde una perspectiva constitucional, para justificar el criterio de configuración genérica utilizado.

Cuando la norma demandada impone un porcentaje fijo para todo aquél que pretenda someter su caso a la jurisdicción, no es inequitativa en apariencia, pues toma como base la cuantía de la presunta deuda. Aunque a primera vista puede parecer justa la medida, no toma en cuenta la capacidad **real** de pago del demandante, ni sus condiciones específicas. No contempla, dentro de

las situaciones disímiles que pretende abarcar, aquélla en la que el demandante no tenga acceso al mercado financiero, o no pueda llenar las exigencias de una póliza. Con esto, recibe un trato desigual con respecto a otros deudores de obligaciones fiscales que se encuentran en su misma situación, y queda desprovisto de toda posibilidad de solucionar su problema con la administración de impuestos.

La Corte considera que con la medida que contiene el artículo 140 del CCA, se da una solución adecuada a este problema; se cumple la intención del Constituyente de garantizar el acceso a la justicia de todas las personas por igual, y la del legislador, de asegurar el funcionamiento del aparato judicial contencioso, y el pago de un porcentaje de las obligaciones que se adeudan al fisco.

18. En consecuencia, habiendo encontrado una solución legal que respeta los derechos constitucionales involucrados y consulta los fines de la ley tributaria y, por ende, consciente de que no existirá un vacío legal en el procedimiento en cuestión, la Corte declarará la inconstitucionalidad de la norma demandada; en su lugar, el juez contencioso deberá regirse por lo preceptuado en el artículo 140 del CCA, y fijar la cuantía y tipo de garantía que debe constituir el demandante para respaldar su pretensión, demostrar la seriedad de su demanda y, en caso de un fallo adverso a sus intereses, garantizar en parte el pago de su obligación tributaria.

En el caso de un ciudadano que no esté en capacidad de constituir una caución sin comprometer los recursos necesarios para su congrua subsistencia, tendrá derecho al denominado “amparo de pobreza”, reconocido en el artículo (sic) 2° de la LEAJ y en los artículos 160 a 167 del Código de Procedimiento Civil, ordenamiento que, como se sabe, se aplica al procedimiento contencioso administrativo en lo no previsto por las leyes especializadas en la materia (art. 267 CCA).”⁸⁴

Como se puede observar, en la ponderación realizada por la Corte se dio prevalencia al derecho al acceso a la administración de justicia, estableciendo que en efecto se vulneraba la igualdad, dado que efectivamente para las demandas que versaban sobre los impuestos y obligaciones derivadas de los impuestos nacionales como renta, ventas y retención en la fuente, la norma declarada inexecutable establecía la modalidad de la garantía, la cuantía y la vigencia de la misma, dejando en manos del juez en los demás casos.

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-318/98, del 30 de junio de 1998. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Por lo tanto, consideramos que, *en todos los casos*, es el juez quien, de forma ponderada y siempre evitando imponer una obligación imposible de cumplir por parte del demandante, debe fijar la caución conforme lo consagra el artículo 140 del C.C.A., es decir, que si bien se pretende con la medida proteger el patrimonio público y el recaudo oportuno de las deudas y demás caudales contenidos en actos administrativos en firme (que por demás se presumen legales), igualmente debe posibilitarse al obligado a controvertir (ante las autoridades judiciales competentes) los mencionados actos sin que la caución sea una carga única, ella debe ser más bien verificada y ponderada por el juez en cada caso, por lo que se debe aplicar la norma general que consagra dichas posibilidades.

Sobre este punto, y con relación a la nulidad del artículo 12 del Decreto 3050 de 1997 (norma reglamentaria de la anterior ley), la nulidad tuvo como argumentos centrales cuestiones de tipo formal de la reglamentación, es decir, específicamente un exceso en la facultad reglamentaria, argumentos que no tienen relación directa con el debido proceso o el acceso a la administración de justicia, aspectos que hacen que no sea necesario ahondar en esta providencia⁸⁵.

2.2.4. Cuarta etapa. La caución, regida plenamente por el artículo 140 del C.C.A.: Como se ha planteado, la Corte Constitucional claramente ha dicho que el requisito de la caución, cuando se controviertan impuestos, tasas, contribuciones, multas o créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público de cualquier tipo, se encuentran regidos por la norma general, es decir, por el artículo 140 del C.C.A. Sobre este punto ha dicho el Consejo de Estado:

“De lo hasta aquí dicho se colige entonces, que declarada inexecutable en su integridad la disposición especial contenida en el

⁸⁵ En efecto, el argumento del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, se resume en el siguiente párrafo: "Ahora bien, que el término de vigencia de la garantía consagrado en el artículo 867 del Estatuto Tributario, tenga o no el carácter de procesal, resulta irrelevante para definir la legalidad del reglamento acusado, y no justifica el exceso en que incurrió el ejecutivo al expedirlo, porque en todo caso los límites de la facultad reglamentaria se enmarcan dentro del contexto de la ley, luego si como ocurre en el caso concreto, la ley no señala un límite de tiempo referido al calendario, sino que toma como presupuesto para fijar el límite por el cual se debe tomar la garantía, la duración del proceso, no puede el reglamento modificar tal presupuesto, estableciendo el término de un año calendario a partir de la presentación de la demanda y adicionalmente la renovación de la garantía por un período igual, pues con ello está desconociendo el contenido de la norma legal reglamentada, desbordando así los límites de la facultad reglamentaria." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA Consejero ponente: JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO. Sentencia del 10 de julio de 1998. Radicación número: 11001-03-27-000-1998-00044-00(8837). Actor: VICENTE AMAYA MANTILLA. Demandado: GOBIERNO NACIONAL. Referencia: ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD DECRETO 3050 DE 1997.

artículo 867 del Estatuto Tributario, en la forma como había sido modificada por el artículo 7 de la ley 383 de 1997, en materia de cauciones se impone la observancia de la norma general contenida en el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo.”⁸⁶

No obstante la claridad de la norma aplicable a todos los casos de impuestos, tasas, contribuciones, multas o créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público de cualquier naturaleza, existe en la jurisprudencia una inquietud sobre el momento procesal oportuno para que el juez o magistrado determine el valor de la caución.

La jurisprudencia inicialmente plantea al respecto una situación más extrema que la que con anterioridad había impuesto al actor, es decir, interpreta que la caución debe ser fijada por el magistrado ponente antes de la admisión, a través de auto en el que fije un plazo judicial para satisfacer dicha carga. Una vez vencido el plazo, procede el rechazo de la demanda. En este sentido la siguiente providencia:

“De lo anterior se desprende que le asiste plena razón al tribunal a quo cuando, mediante el auto de 6 de julio de 1999 (v. folio 135 c. ppal.), fijó en la suma de \$5´510.000 el monto de la caución que debía constituir la parte demandante, dentro de los 15 días siguientes contados a partir de la ejecutoria de esa providencia, carga procesal que el demandante dejó transcurrir en silencio y, por ello, se rechazó su demanda.

No puede afirmarse que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconozca el derecho de acceso a la justicia que le asiste a la sociedad demandante sino, por el contrario, debe entenderse que por su intermedio se ordenó el cumplimiento de la ley que, no obstante el principio constitucional de gratuidad de la justicia, impone a los extremos procesales ciertas cargas que deben cumplir.”⁸⁷

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: GERMÁN AYALA MANTILLA. Auto del 21 de mayo de 1999. Radicación número: 9411. Actor: FUENTES Y RECURSOS EN CONSTRUCCION LTDA "FUREC LTDA.". Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES. En igual sentido la siguiente providencia de la misma corporación, sala y sección: Consejero ponente: JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO. Auto del 21 de mayo de 1999. Radicación número: 25000-23-27-000-1998-0514-01-9432 (9432). Actor: FERRETERIA DISTRIBUIDORA LTDA.

⁸⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA. Auto de 24 de agosto de 2000. Radicación número: 6195. Actor: TAMPA S. A. En igual sentido las siguientes providencias de la misma corporación, sala y sección:

- Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Auto del 20 de octubre de 2005. Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00803-01. Actor: LUIS FERNANDO

Por fortuna para los demandantes, y para la materialización del derecho al acceso a la administración de justicia como derecho fundamental, esta posición es variada a partir del 30 de marzo de 2006, y se ha mantenido uniforme hasta la fecha. La posición actual sobre el tema es que la caución debe fijarse en el auto admisorio de la demanda, indicando en el mismo tanto la cuantía como el plazo para el cumplimiento de dicha carga y, por supuesto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso (para determinar el monto de la cuantía con base en ellas). Todo lo anterior parecía que no se trunque el derecho de acción del demandante. En la providencia hito de esta nueva posición, el Consejo de Estado interpreta:

“Como se advierte del aparte transcrito, la orden de prestar caución es una medida razonable para garantizar los créditos liquidados a favor de la Nación pero no puede constituirse en obstáculo para el acceso a la administración de justicia (art. 229 C.N.), por lo que para su fijación deben tenerse en cuenta, entre otros factores, la oportunidad para exigirla de tal manera que no se impida el ejercicio del derecho de acción ni se deje desprovisto al Estado de una garantía por su crédito y en tal sentido debe darse aplicación al artículo 140 del C.C.A.

De otra parte, para la Sala es evidente que la satisfacción de la caución ordenada no es un requisito formal previo cuyo incumplimiento dé lugar al rechazo de la demanda, por cuanto se desnaturaría el propósito de la garantía y se crearía un presupuesto para la admisión que no está previsto como tal en la ley, amén que corresponde al juez hacer operante el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial (art. 228) y garantizar el derecho de acceso a la justicia, como se indicó. Además debe valorar en cada caso las circunstancias que hacen operante su facultad para fijarla y así hacer efectivos los mencionados derechos.

En el sub-lite la Sala advierte que la orden de prestar caución se formuló previamente a la admisión de la demanda y pese a las especiales circunstancias manifestadas por la sociedad actora y reflejadas en los estados financieros allegados al proceso, en los cuales se aprecia que el patrimonio neto de la sociedad a 31 de diciembre del 2005 era de \$20.588.000, se impone una carga adicional que,

CONTRERAS ROMERO. Demandado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE CUNDINAMARCA.

- Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE. Auto del 23 de febrero de 2006. Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00371-01. Actor: EDIFICIO DE APARTAMENTOS # 2 ORQUIDEA REAL. Demandado: EMPRESA DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE CUNDINAMARCA Y SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

aunque amparada en la ley, no se ajusta a la valoración ponderada del juez en torno a evitar hacer nugatorio el acceso a la administración de justicia. Además no se advierte renuencia por parte de la demandante para dar cumplimiento al auto sino que durante el plazo concedido para ello indicó las causas que le impedirían económicamente hacerlo, sin que el a quo hubiera hecho referencia alguna ni adoptara decisión al respecto.”⁸⁸

Teniendo clara la evolución normativa y jurisprudencial del principio *solve et repete*, y la caución para demandar, pasamos al estudio y análisis crítico de la situación actual de la norma que consagra este deber procesal.

3. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 140 DEL C.C.A.

En primer lugar, es importante partir de la base de que el artículo 140 del C.C.A., limita desde el punto de vista formal el acceso efectivo a la administración de justicia, dado que, como se indicó, si bien la última interpretación del mismo hace que no sea tomado como un requisito formal de la demanda (y esta debe admitirse y en el mismo acto procesal fijarse), el hecho de que no se tome impide el impulso posterior del proceso. Por tales razones es necesario tener en cuenta este punto, dado que se encuentra en juego el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho que, como bien lo interpreta SANTOS, es un derecho bisagra, es decir, un derecho que articula y le da movilidad a los demás derechos, y de su vulneración, o no garantía, claramente se puede desprender la violación de otros derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o, simplemente, legales.⁸⁹

Así pues, todo ello es un parámetro importante para tener en cuenta al momento de que se fije la caución por parte del juez, a fin de no hacer nugatorio el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia, y

⁸⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: MARÍA INÉS ORTÍZ BARBOSA. Auto del 30 de marzo de 2006. Radicación número: 76001-23-25-000-2005-03385-01(15868). Actor: CÁRDENAS CASTRO Y CIA LTDA EN LIQUIDACIÓN. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES. En igual sentido la siguiente providencia de la misma corporación, sala, sección y ponente: Auto del 19 de abril de 2007. Radicación número: 25000-23-27-000-2006-01309-01(16377). Actor: SIETEP S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

⁸⁹ Sobre este punto, nos enseña el profesor SANTOS: "Por un lado, la consagración constitucional de los nuevos derechos económicos y sociales y su nueva expansión paralela a la del Estado-Providencia, transformó el derecho del acceso efectivo a la justicia en un derecho bisagra, un derecho cuya denegación acarrearía la de todos los demás." SANTOS, Boaventura de Sousa. De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, 2006. p. 201.

de que se efectivice (y proteja) el patrimonio público como bien de todos.

3.1. ¿Qué es la caución para demandar y cuál es su finalidad?: En primer lugar, resulta claro que la caución para demandar es una carga procesal en cabeza de las partes, es decir, un imperativo que emana de las normas procesales con ocasión del proceso, no exigible coercitivamente, y cuya no ejecución acarrea consecuencias jurídico procesales desfavorables para el renuente⁹⁰. Lo anterior dado que, de no prestarse la caución (una vez fijada por el juez o el magistrado ponente), el proceso queda sin impulso hasta el cumplimiento de la obligación, y adicionalmente, como se verá más adelante, se constituye en una causal de perención del proceso.

Por otra parte, el objetivo de la norma que obliga a caucionar la obligación en discusión a favor del Estado pretende claramente que el patrimonio público no se vea menoscabado por el hecho de estar en discusión judicial la acreencia a favor de éste, es decir, pretende proteger el interés general representado por el Estado demandado, pues se trata de una obligación que se encuentra impuesta y discutida previamente en vía administrativa (para poder hablar de control judicial de la misma⁹¹).

3.2. ¿En qué tipo de procesos se debe fijar la caución?: Una primera inquietud es la relacionada con los procesos en donde aplica la caución. La norma en estudio nos menciona cinco hipótesis (impuestos, tasas, contribuciones, multas o créditos, definitivamente liquidados a favor del tesoro público), todas teniendo relación esencialmente con la *acción de nulidad y restablecimiento del derecho* como acción procedente y pertinente para la discusión de dichos temas, dado que se pretendería la nulidad del acto administrativo que liquida de forma definitiva la obligación a favor del Estado.

Es importante resaltar que es nuestro criterio que la frase “... *definitivamente liquidados a favor del tesoro público...*”, se hace predicable de las

⁹⁰ Para mayor ilustración ver DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I, p. 10. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000, p. 460.

⁹¹ En este sentido, ha dicho el Consejo de Estado: "Por su parte la caución judicial prevista en el artículo 140 del C.C.A. y exigida dentro del trámite del proceso contencioso administrativo fue establecida por el Legislador con el fin de impedir que quienes hagan uso del derecho de acción acudan de manera injustificada a la administración de justicia o para evadir el cumplimiento de una obligación tributaria." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: MARÍA INÉS ORTÍZ BARBOSA. Sentencia del 17 de noviembre de 2005. Radicación número: 25000-23-27-000-2003-02069-01(15717). Actor: SOCIEDAD ADUANERA DE LOS ANDES S.I.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

cinco formas de obligaciones en discusión judicial, no sólo por la composición gramatical de la norma, sino por la naturaleza misma del proceso en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a través del cual sólo se puede discutir la legalidad de actos administrativos definitivos⁹².

Se hace necesario estudiar las diferentes hipótesis planteadas en la norma:

3.2.1. Los tributos: Partamos de la aclaración de que los tributos, y el derecho tributario, hacen claramente alusión a las distintas formas como el Estado impone obligaciones económicas a los administrados, definiendo en la ley un hecho concreto del cual depende el nacimiento de la obligación. Así pues, no obstante no exista la claridad constitucionalmente deseada en relación con lo anterior, la Corte Constitucional ha interpretado (en la sentencia C-040 de 1993) los tributos como el género de las obligaciones económicas que constituyen un ingreso pecuniario a favor del Estado y los entes públicos, creado por la ley, en donde se describe una situación de hecho que lo genera, situación de la cual se debe inferir la capacidad económica del obligado⁹³.

En efecto, dentro del concepto tributo se enmarcan los siguientes:

3.2.1.1. Los impuestos: Es de la esencia del impuesto el ser una obligación tributaria que se cobra a toda persona que incurre en el hecho generador, del que necesariamente se deduce capacidad de pago, sin relación directa o indirecta con el beneficio que obtenga el contribuyente y que, una vez satisfecha la obligación, el Estado dispone de él de acuerdo con

⁹² De acuerdo a la interpretación sistemática de los artículos 139 y 49 del C.C.A., sólo son susceptibles de control jurisdiccional contencioso administrativo, los actos administrativos definitivos, es decir, entendiéndose por estos "...TODA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD, JUICIO, COGNICIÓN O DESEO QUE SE PROFIERE DE MANERA UNILATERAL, EN EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, Y PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS DIRECTOS O DEFINITIVOS SOBRE UN ASUNTO DETERMINADO ..." (Negritas y mayúscula sostenida del texto original) BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá 2009, p. 108. Ver en este sentido CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Sentencia del 5 de marzo de 2009. Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00150-01(2788-04). Actor: EZEQUIEL VILLA ARIAS. Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 30 de julio de 2009. REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200503570 01. NÚMERO INTERNO: 1620-2008. ACTOR: LUIS OCTAVIO ACERO GUTIÉRREZ.

⁹³ Para mayor ilustración, ver: PIZA RODRÍGUEZ, Julio Roberto (Editor). Curso de Derecho Tributario, procedimiento y régimen sancionatorio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 267 y ss.

criterios y prioridades distintos de los del contribuyente. No tiene relación directa con un servicio público determinado, sino que engrosa las arcas generales y se destina para atender los servicios necesarios⁹⁴.

Dentro de estos tenemos, a título de enunciativo:

- Impuestos nacionales: al patrimonio, a las ventas, a la renta y complementarios, y el de timbre.
- Impuestos departamentales: al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas; al consumo de cigarrillo y tabaco elaborado; al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares; registro; unificado de vehículos y circulación y tránsito; degüello de ganado mayor⁹⁵.
- Impuestos municipales: predial, industria y comercio, municipal de espectáculos públicos, servicio de alumbrado público, delineación urbana, degüello de ganado menor⁹⁶.

3.2.1.2. Las tasas: La tasa, por su parte, es definida por el Consejo de Estado como “... *un pago que se hace por un servicio estatal que se recibe de manera individual y directa, de modo que hay una relación directa y biunívoca entre el pago y el servicio, que usualmente es de carácter administrativo, y cuyo monto responde al cálculo del costo en que se incurre para su prestación y el pago constituye una contraprestación al beneficio personal que se recibe y busca permitirle al Estado cubrir o recuperar tales costos.*”⁹⁷. Tal como lo consagra el inciso 2 del artículo 338 de la C.P., la tasa se fija teniendo en cuenta la recuperación del costo del servicio que se presta.

⁹⁴ En este sentido ver: CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Sentencia del 11 de diciembre de 2001. Radicación número: S-028. Actor: BERNARDO ORTÍZ AMAYA Y OTRO. Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE E INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Igualmente PIZA RODRÍGUEZ, Julio Roberto (Editor). Op. cit, p. 267 y ss., BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael. Nociones Fundamentales de Derecho Tributario. Bogotá: Legis S.A., 2009, p. 22 y ss.

⁹⁵ Sobre este tema, puede consultarse el libro PIZA RODRÍGUEZ, Julio Roberto (Editor). Régimen impositivo de las entidades territoriales en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

⁹⁶ Ibídem.

⁹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Sentencia del 6 de mayo de 2010. Radicación número: 08001-23-31-000-2001-02369-01. Actor: ECOPETROL. Demandado: MUNICIPIO DE SABANALARGA - ATLÁNTICO.

Dentro de estas tenemos, a título de enunciativo:

- Tasa por el pago de licencias sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control de los insumos para la salud y productos de competencia del INVIMA.
- Tasa por la importación de explosivos a favor de INDUMIL.
- Tasa para el pago de servicios notariales.
- Tasa para el pago de servicios aduaneros.
- Tasa aeroportuaria.

3.2.1.3. Las contribuciones: Son ingresos tributarios que se originan en la realización de obras públicas o actividades de interés colectivo, de donde se desprende un beneficio para una persona o grupo. Por ello, se causa y paga en proporción al beneficio obtenido. Estos valores se destinan a financiar las obras o actividades ⁹⁸.

Dentro de éstas tenemos (a título de enunciativo) contribución:

- A la plusvalía.
- Por valorización.
- De Cuota de fiscalización de las contralorías.
- De Cuota de compensación militar.
- Al FOSYGA.
- Al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción.
- De las entidades vigiladas a las diferentes Superintendencias.
- Al Arancel judicial.

⁹⁸ Ver: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. Sentencia del 24 de octubre de 2002. Radicación número: 05001-23-26-000-1999-0797-01(13408). Actor: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. Demandado: CONCEJO MUNICIPAL DE ENVIGADO.

3.2.2. Las multas: Son ingresos no tributarios (artículo 27 del Decreto 111 de 1996), consistentes en la sanción administrativa impuesta por un entidad pública en ejecución de la autotutela administrativa, por el incumplimiento algún deber u obligación impuesto por la ley al administrado, y que genera la obligación de pagar una suma de dinero determinada. La multa obviamente conlleva a la existencia de norma expresa que faculte a la administración a su imposición, atendiendo el principio de legalidad, y previo el agotamiento del debido proceso administrativo⁹⁹.

En este sentido, no se comparte la interpretación que ha dado el Consejo de Estado al concepto de multa, dado que diferencia entre ésta y la sanción, conceptos que claramente son sinónimos cuando la sanción corresponde al pago de una suma de dinero¹⁰⁰.

3.2.3. Los créditos: El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, define crédito como: "*Cantidad de dinero, o cosa equivalente, que alguien debe a una persona o entidad, y que el acreedor tiene derecho de exigir y cobrar.*" ¹⁰¹.

De lo anterior podemos inferir que se trata de cualquier obligación a favor del Estado o de una entidad pública, que conste en cualquier tipo de documento que preste mérito ejecutivo, incluidos los actos administrativos que liquidan de forma clara, expresa y exigible una obligación. Así, es importante concordar este aparte de la norma en estudio con la ley 1066 de 2006, "*por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones*", normativa que consagra una se-

⁹⁹ El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, define la multa como "Sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero." (en línea) www.rae.es consultada el 29 de junio de 2010.

¹⁰⁰ Dijo el Consejo de Estado sobre el tema: "De la disposición transcrita palmariamente se evidencia que la misma establece la caución para el evento de que lo impugnado sean actos administrativos que impongan "multas", sin mencionar las sanciones en materia tributaria, en la forma como lo precisó la Sección en providencia del 9 de octubre de 1998, expediente N° 9185, C.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán y como lo que aquí pretende controvertir la demandante es una sanción "por no declarar" relacionada con el impuesto sobre las ventas, resulta obligado concluir la improcedencia de la garantía dispuesta por el Tribunal mediante el auto del 31 de julio de 1998." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO. Auto de 21 de mayo de 1999. Radicación número: 25000-23-27-000-1998-0514-01-9432(9432). Actor: FERRETERIA DISTRIBUIDORA LTDA. Reitera lo anterior la siguiente providencia de la misma corporación, sala y sección: Consejero ponente: GERMÁN AYALA MANTILLA. Auto de 21 de mayo de 1999. Radicación número: 9411. Actor: FUENTES Y RECURSOS EN CONSTRUCCION LTDA "FUREC LTDA.". Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

¹⁰¹ Real Academia, Diccionario de la Lengua Española, (en línea) www.rae.es consultada el 29 de junio de 2010.

rie de obligaciones y herramientas para una gestión de manera ágil, eficaz, eficiente y oportuna de la cartera pública, a fin de fin de obtener liquidez para el Tesoro Público.

Así pues, dentro de estas podemos encontrar a título de ejemplo:

- El acto administrativo que liquida aportes parafiscales.
- El acto administrativo que liquida unilateralmente el contrato estatal con saldo a favor de la entidad pública contratante.
- El acto administrativo que liquida las cuotas partes pensionales por pensiones que una entidad pública reconoce.
- El acto administrativo que ordena seguir adelante con la ejecución en el procedimiento de cobro coactivo administrativo.
- En general, todo acto administrativo en firme que imponga una obligación de pagar una suma líquida de dinero a favor de una entidad pública (artículo 68 No. 1 del C.C.A.).

3.3. Parámetros para fijar el valor de la caución: La norma bajo análisis, valga reiterar, el artículo 140 del C.C.A., no posee parámetros para que se fije el valor de la caución. Se resalta que las normas anteriores, como el artículo 7 de la ley 383 de 1997, fueron declaradas inexequibles por el hecho mismo de fijar unos porcentajes fijos para determinar el valor de la caución.

Así las cosas, corresponde pues tal tarea al *arbitrio iudicis*, para lo cual deben tenerse en cuenta (para que la obligación de caución no se torne en extremo excesiva y entre a vulnerar el derecho al acceso a la administración de justicia del actor) factores como el monto de la obligación en discusión y las condiciones económicas del demandante.

Tenemos entonces que deben ponderarse en el caso concreto, por una parte, la obligación de cumplir con la finalidad última de la causón de proteger el erario o los caudales públicos y, por la otra, no imponer una obligación excesiva al actor, por lo que deberá el juez, o el magistrado ponente, en el auto de admisión de la demanda, imponer un valor equivalente a un porcentaje del valor de la obligación en discusión con el fin de que se satisfaga el interés general representado por el patrimonio público; pero también debe sopesar las capacidades económicas del demandante,

efectivizando así el derecho al acceso a la administración de justicia, y para que el accionante pueda obtener una decisión de fondo para sus pretensiones. Igualmente, dado que no existe plazo legal para el cumplimiento de la obligación de caución, debe el operador judicial otorgar un plazo judicial acorde con dichas condiciones, so pena de convertir en exorbitante esta carga procesal.

Para llevar a cabo lo anterior, el juez o magistrado debe hacer uso de los *test de ponderación* que ha elaborado la Corte Constitucional para solventar los choques entre derechos fundamentales, dado que nos encontramos efectivamente ante el choque de dos principios: la defensa del interés general (representado por el patrimonio público), y el derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia (el que claramente constituye un principio central dentro de un Estado democrático de Derecho como el nuestro). Por lo tanto, se deben ponderar los derechos en conflicto para lograr una adecuación, y satisfacer al máximo (y hasta donde sea posible) ambos derechos sin entrar a eliminar de plano uno de los dos¹⁰².

3.4. Formas de caucionar la obligación a favor del tesoro público:

Como puede verse, no se extraen del texto mismo de la norma (que consagra la caución para demandar) las formas en que se puede estimar la caución. Por lo tanto, ha de hacerse uso de la norma de remisión contenida en el artículo 267 del C.C.A. y acudir a los artículos 678, 679 y 680 del C.P.C., normas estas que regulan el tema de la caución en términos generales, consagrando como modalidades de la misma la caución en dinero, real, bancaria, y la otorgada por compañía de seguros o entidad de crédito.

Por lo tanto, la caución podrá ser la consignación de la suma de dinero a órdenes del despacho que conoce del proceso en la cuenta de depósitos judiciales; en caso de caución real, la misma debe ser otorgada a favor del despacho que conoce de la causa.

Sobre el tipo de caución, el Consejo de Estado ha dicho que la obligación de caucionar no puede ser súplica con los saldos a favor que tenga el contribuyente.

“En cuanto al primer motivo invocado, fundamenta el mismo en que

¹⁰² Sobre el tema puede consultarse ALZATE RÍOS, Luis Carlos. EXPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN ROBERT ALEXANDER. En: REVISTA INCISO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Universidad La Gran Colombia. Año 2007, no. 09.

debido a la dificultad económica por la que atraviesa le es imposible cumplir con la caución fijada. En virtud de lo anterior, planteó al Tribunal la posibilidad de que se entendiera cumplida tal obligación con un saldo a favor que tiene en contra de la DIAN, generada en la declaración de renta del año gravable de 2001, por valor de \$79.7350.000.

Al respecto, reitera la Sala lo manifestado en auto de 6 de julio de 2006:

“... ”

Por lo demás, la Sala estima conveniente precisar que las devoluciones de los saldos a favor que el actor solicitó a la DIAN en relación con la declaración de impuestos de renta por un determinado período gravable, no pueden ser destinadas al pago de conceptos tales como la caución fijada en un proceso, pues, se trata de dos figuras totalmente diferentes: la devolución de un saldo a favor generado en una declaración tributaria, obedece a un procedimiento especial regulado por el Estatuto Tributario, en el que luego de compensadas las deudas y las obligaciones de plazo vencido del contribuyente o responsable, se realiza la devolución de los saldos a favor mediante cheque, título o giro.

*Mientras que la caución que se impone en un proceso administrativo de carácter tributario, obedece a lo dispuesto por el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo; con ella se pretende garantizar que si el proceso resulta adverso al actor, los dineros del Estado se pueden cobrar y además, se evite el abuso del derecho de acción para evadir el cumplimiento de la obligación tributaria, es por ello que la omisión de este deber impide que el actor sea oído dentro del proceso hasta tanto demuestre la seriedad de su causa.”*¹⁰³

Por último, se resalta que, conforme a la norma especial consagrada en el artículo 680 del C.P.C., el auto que fija la caución, al igual que el que la acepta o la rechace, es apelable, dado que éste, como se ha advertido hasta el cansancio, puede comportar la vulneración del derecho al acceso efectivo a la administración de justicia.

3.5. La caución y el amparo de pobreza: El amparo de pobreza no es otra cosa que un trámite procesal que pretende garantizar el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia de quienes no posean la capacidad económica de afrontar un proceso judicial sin poner en riesgo

¹⁰³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ. Auto del 19 de octubre de 2006. Radicación número: 25000-23-24-000-2004-02014-01(15961). Actor: GERARDO GAETH LEMOS. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

su propia subsistencia y la de las personas a las que se les debe alimentos por ley, es decir, es la materialización al interior del proceso de la igualdad real y material ante la ley.

Por disposición de la norma de remisión ya mencionada del C.C.A., el artículo 267, los artículos 160 a 167 del C.P.C. que consagran esta figura procesal, son aplicables al proceso contencioso administrativo.

Entonces, si una persona se encuentra en la posición consagrada en el artículo 160 del C.P.C., puede solicitar el beneficio procesal mencionado. De la lectura del artículo 160 del C.P.C., se ha interpretado por algunos que el amparo de pobreza sólo procede a favor de personas naturales, lo que se infiere del texto mismo de la norma, que hace alusión a la subsistencia y a las personas a las que se deben alimentos. Sin embargo, parte de la doctrina hace extensivo este beneficio a las personas jurídicas¹⁰⁴, interpretación que consideramos más acorde no sólo con el derecho a la igualdad, sino también con el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia, el que en muchas ocasiones se ve truncado por los factores económicos que se derivan de emprender un proceso judicial¹⁰⁵.

La jurisprudencia contenciosa interpreta que efectivamente las personas jurídicas pueden encontrarse en situaciones económicas que impidan afrontar un proceso judicial y los gastos que de él se derivan, dentro de los cuales se encuentra la caución. Sin embargo, da una interpretación diferente al amparo a favor de personas naturales y jurídicas, dado que a las primeras, conforme lo consagrado en el artículo 161 del C.P.C., les basta con afirmar bajo juramento encontrarse en la situación consagrada en el artículo 160 de la misma obra; mientras que las personas jurídicas deben correr con la carga de demostrar que su situación económica les hace imposible correr con las cargas económico procesales impuestas. De estas decisiones, me permito citar el siguiente aparte:

“Para la Sala, las personas jurídicas pueden presentar de manera similar que las personas naturales, situaciones económicas que les impidan atender los gastos del proceso, lo cual les obstaculizaría el

¹⁰⁴ En este sentido consultar a LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal civil Colombiano. Bogotá: Editorial Dupré, 1997, tomo I, p. 417.

¹⁰⁵ Sobre los problemas económicos y la influencia de ellos y los estratos sociales frente el derecho al acceso efectivo a la justicia, puede consultarse a SANTOS, Boaventura de Sousa. De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, 2006. En especial el capítulo III, en donde se analiza el fenómeno de la doble victimización de las clases populares frente a la administración de justicia, dado que las victimiza tanto el victimario inicial como el tribunal que les impide el acceso a una justicia efectiva.

acceso a la justicia, en defensa de sus intereses e inclusive contribuiría a su total resquebrajamiento económico, afectando de paso, a las personas naturales que la conforman.

Por lo anterior, conforme a lo expuesto por la Sala, resulta procedente darle un alcance amplio a la norma, adecuándola a las condiciones propias de las personas jurídicas, lo cual no permite afirmar de manera categórica que tales entes se encuentran excluidos del beneficio previsto en el artículo 160 del C.P.C.

En todo caso, la posibilidad de que las personas jurídicas accedan al amparo de pobreza es excepcional, debiéndose valorar en cada situación particular su verdadera situación financiera conforme a los medios probatorios allegados para tal fin.

...

Teniendo en cuenta lo anterior y revisado el expediente encuentra la Sala que el apoderado de la parte actora no aporta pruebas, como lo serían las declaraciones de renta y estados financieros actualizados, que permitan concluir que la sociedad demandante está en incapacidad de garantizar los resultados del proceso en el evento de que le fuera desfavorable la sentencia.”¹⁰⁶

Se resalta que esa posición (unánime de la sala) había tenido salvamento de voto del consejero de Estado Dr. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ, en el siguiente sentido:

“Previamente manifiesto, como lo expuse en Sala, que estoy plenamente de acuerdo con el amparo de pobreza tiene cabida tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas; sin embargo, lo que resulta contrario a derecho es imponerle a éstas, como requisito para que proceda el beneficio, la prueba de la incapacidad

¹⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. Auto del 5 de julio de 2007. Radicación número: 25000-23-27-000-2006-01330-01(16416). Actor: SIETEP S.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES. Esta posición, es reiterada en las siguientes providencias de la misma corporación, sala y sección:

- Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ. Auto del 5 de julio de 2007. Radicación número: 25000-23-27-000-2006-01304-01(16415). Actor: POLIMETAL S.A. EN LIQUIDACIÓN. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.
- Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. Auto del 3 de mayo de 2007. Radicación número: 25000-23-27-000-2006-01305-01(16313). Actor: POLIMETAL S.A. - EN LIQUIDACION. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

económica para asumir los costos de la litis, cuando el artículo 161 [inc.2] del Código de Procedimiento Civil, señala que al solicitante le basta afirmar bajo juramento, que se considera prestado por la presentación de la solicitud, que se encuentra en incapacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia.

El anterior artículo señala un trámite simple, sin distinguir el tipo de sujeto que solicita el amparo, para determinar la prueba a pedir, pues, basta con la afirmación, bajo la gravedad del juramento, de que se encuentra en precaria situación económica, para que el juez otorgue de plano el amparo. Ahora, si se llega a demostrar que el solicitante contaba con capacidad económica, se habrá de revocar el amparo para negarlo, caso en el cual, además, se impondrá multa de un salario mínimo mensual (artículo 162 ibídem) y, a su vez, se deberá adelantar por el juez competente la acción penal por el delito de falso juramento.

En consecuencia, el amparo se debió conceder sin exigirle a la sociedad que probara su incapacidad económica, por lo demás, negación indefinida exenta de prueba, conforme a básicos principios de derecho probatorio.”¹⁰⁷

Como puede observarse, el salvamento de voto se fundamenta en que no obstante se interprete que el amparo de pobreza es aplicable a las personas jurídicas, se les hace más gravoso a éstas el trámite del mismo, dado que se les exige la carga de demostrar la incapacidad económica, lo que no posee fundamento normativo en el artículo 162 del C.P.C., que hace exigible solamente la afirmación bajo juramento de dicho hecho. No obstante lo anterior, como se advierte en las providencias citadas con antelación a pie de página 35, éstas no poseen salvamento de voto, por lo que claramente esta posición del consejero disidente fue posteriormente abandonada.

3.6. Consecuencias procesales de no prestar la caución: la caución debe prestarse dentro del término judicialmente fijado por el juez o magistrado ponente al momento de admitir la demanda. En caso de que no se cumpla con la obligación mencionada en el plazo indicado, la única consecuencia procesal que de tal hecho se deriva es, simplemente, el no

¹⁰⁷ Salvamento de voto del Consejero Consejo Dr. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ, a la providencia del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejera ponente: MARÍA INÉS ORTÍZ BARBOSA, Auto de 19 de abril de 2007, Radicación número: 25000-23-27-000-2006-01309-01(16377), Actor: SIETEP S.A., Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

impulso del proceso, es decir, la litis no puede trabarse hasta tanto no se cumpla con la obligación mencionada.¹⁰⁸

Sin embargo, no puede el juez esperar indefinidamente a que la parte incumplida corra con la carga impuesta, dado que, como consecuencia procesal adicional, encontramos la perención, artículo 148 del C.C.A., figura jurídico procesal que pone término al proceso como consecuencia de la inactividad del actor, el cual, por la falta de impulso procesal (por seis (6) meses o más), hace que el proceso termine una vez se declare la existencia del mismo por parte del despacho judicial. Teniendo en cuenta que se ha reiterado que la caución se fija en el auto admisorio de la demanda, el mencionado plazo de inactividad se cuenta desde la notificación de esta providencia al delegado del Ministerio Público.¹⁰⁹

Es importante resaltar que de acuerdo a la posición reiterada del Consejo de Estado, la perención no es un hecho que se causa por el simple transcurso del tiempo, sino que debe su existencia a la declaratoria judicial del mismo, en consecuencia, si el demandante moroso apela el auto de primera instancia que declara la perención, y cumple con la carga de la caución, la perención no llegó a existir, dado que el auto que la declaraba no cobró fuerza ejecutoria.¹¹⁰

¹⁰⁸ "En primer término, debe aclararse que la caución constituye una carga procesal que el demandante debe cumplir y dado que con ella se busca la satisfacción parcial del crédito liquidado a favor del tesoro público, de serle adversa la decisión, ha de estimarse que el juez como director del proceso (art. 37 num. 1º C.P.C.), no podría impulsar el proceso soslayando tal carga, porque haría inane la aplicación del artículo 148, norma especial del procedimiento contencioso administrativo." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Auto del 8 de abril de 2010. Radicación número: 25000-23-27-000-2008-00229-01(18014). Actor: GRANADOS Y VÁSQUEZ S.A. Demandado: DIRECCIÓN DISTRITAL DE IMPUESTOS DE BOGOTÁ.

¹⁰⁹ En este sentido, pueden consultarse las siguientes providencias:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Auto del 27 de agosto de 2009. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Ref.: Expediente N°: 25000232700020080034. N° interno: 17707. Los Tres Elefantes S.A. contra Secretaría de Hacienda- Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Auto del 26 de octubre de 2009. Radicación número: 25000-23-27-000-2006-01304-02(17694). Actor: POLIMETAL S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

¹¹⁰ "Lo anterior demuestra que si bien el proceso permaneció inactivo por más de seis meses, ya que la parte actora constituyó la caución el 18 de marzo de 2009 y tan sólo la aportó al expediente el 3 de abril de 2009, lo cierto es que no procede la perención, por cuanto el actor acreditó el pago de la caución en el término de ejecutoria del auto.

En efecto, para la fecha en que la demandante aportó la póliza el auto no había adquirido ejecutoria, habida cuenta de que ésta se interrumpió con la presentación del recurso de apelación, que por mandato del inciso final del artículo 148 se concede en el efecto suspensivo." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUAR-

3.7. Consecuencias procesales de que el juez omite fijar la caución:

La caución resulta ser una carga para el actor y un deber para el juzgador al momento de admitir la demanda. Pero, ¿qué consecuencias procesales se derivan de la omisión de fijar la caución (con su monto y plazo) en el auto admisorio de la demanda?

En primer lugar, y de conformidad con lo consagrado en el artículo 165 del C.C.A., en concordancia con el artículo 140 del C.P.C., dicha omisión sería sólo una irregularidad procesal que, de no ser advertida (por el demandado al momento de notificarse la demanda) y debidamente impugnada (a través de los recursos ordinarios), se tendrá por subsanada. Sobre este punto, la Sala de Consulta del Consejo de Estado nos ilustró respecto del deber de la entidad pública de velar por el cumplimiento de la caución y hacerla exigible a favor del tesoro público:

“Para que el deudor pueda solicitar dentro de un proceso administrativo coactivo el levantamiento de las medidas cautelares debe presentar copia certificada del auto admisorio de la demanda contra el título ejecutivo y constancia del respectivo despacho judicial de que el proceso se encuentra en trámite. Como medida de protección del tesoro público, se recomienda a las Entidades Públicas estar pendientes de las cauciones prestadas por los accionantes con el propósito de hacerlas efectivas de manera oportuna.”¹¹¹

Igualmente, como lo ha interpretado el Consejo de Estado, el no fijar la caución es una omisión que no es imputable al actor, por tanto, no puede tener consecuencias procesales adversas a éste. En este sentido la siguiente providencia:

“En lo que atañe a la excepción de falta de pago o garantía de la multa impuesta, para la Sala no está llamada a prosperar pues, de

TA. Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Auto del 8 de abril de 2010. Radicación número: 25000-23-27-000-2008-00229-01(18014). Actor: GRANADOS Y VÁSQUEZ S.A. Demandado: DIRECCIÓN DISTRITAL DE IMPUESTOS DE BOGOTÁ.

En igual sentido:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Auto del 24 de septiembre de 2009. Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Radicación: 66001-23-31-000-2008-00226-01. Ref. Número interno: 17773. Actor: MERCADEO Y SERVICIOS INTEGRADOS LIMITADA- MERESER LTDA.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Auto del 10 de diciembre de 2009. Radicación número: 1500123-31-000-2007-00639-01 (37450). Actor: MIGUEL ALEJANDRO PINZÓN A. Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y OTROS. Asunto: Acción Contractual.

¹¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Concepto del 9 de agosto de 2007. Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00052-00(1835). Actor: MINISTRO DE MINAS Y ENERGÍA. Referencia: PROCESO ADMINISTRATIVO COACTIVO. Excepciones y medidas cautelares.

conformidad con el artículo 140 del C.C.A., es al ponente al que, previamente a la admisión de la demanda, le corresponde fijar el monto de la caución que debe prestar el demandante para garantizar el pago de la multa impuesta. En este caso ello no aconteció y si tal omisión no puede endilgársele al actor, mucho menos de la misma puede derivarse una consecuencia jurídica en su contra.”¹¹²

4. EL PRINCIPIO SOLVE ET REPETE Y LOS RECURSOS EN VÍA GUBERNATIVA

Merece especial comentario el artículo 52, numeral 2 del C.C.A., norma que consagra los requisitos de los recursos en vía gubernativa, la que consagra claramente una obligación de pago o garantía como requisito formal para la concesión del recurso, dado que, en concordancia con el artículo 53 del mismo código, establece que si no se llenan los requisitos expuestos en el artículo 52, el recurso deberá rechazarse.

La norma en mención contiene dos cargas impuestas al recurrente:

- Se debe pagar lo que el recurrente reconoce deber, es decir, que si el recurrente impugna la totalidad de la obligación impuesta por el acto administrativo, no tiene obligación alguna de pagar.
- Debe garantizar el cumplimiento total o parcial de la obligación que recurre, condicionado lo anterior a que la obligación se haga exigible conforme a la ley. Lo anterior en concordancia con los efectos (efecto suspensivo) en que por regla general se conceden los recursos en vía gubernativa, (artículo 55 del C.C.A.), lo cual hace que la regla general sea que la obligación impugnada en vía gubernativa no se haga exigible y, por tanto, no nace el deber de garantizar la obligación.

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, el efecto general en que se conceden los recursos, y la presunción de inocencia (que igualmente es predicable del procedimiento administrativo y sólo llega a desvirtuarse cuando existe un acto administrativo en firme que se presume legal y que posee fuerza ejecutoria y ejecutiva), no debería en ningún caso exigirse

¹¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Sentencia del 8 de mayo de 2003. Radicación número: 19001-23-31-000-1995-03001-01(7701). Actor: LUIS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE. Demandado: JEFE DE LA DIVISIÓN DE TRABAJO E INSPECCIÓN Y VIGILANCIA DE LA DIRECCIÓN REGIONAL DEL TRABAJO DEL CAUCA.

pagar o garantizar la obligación impuesta por el acto administrativo como condición para tramitar los recursos en contra de ellos. Miremos la siguiente jurisprudencia y doctrina:

*“El principio solve et repete, precisamente riñe con este efecto suspensivo de los recursos administrativos, toda vez que su aplicación se interpreta como una forma de ejecutar el acto impugnado antes de que se decidan los recursos ... de allí que admita el uso de dicho principio sólo en circunstancias y condiciones especiales, y por expresa autorización de la ley.”*¹¹³

La Corte Constitucional ha inaplicado por inconstitucionales normas que exigen el pago previo para el acceso a los recursos. En este sentido las siguientes providencias:

*“En el presente caso, el INTRA Regional Santander violó el debido proceso administrativo al rechazar los recursos interpuestos contra la Resolución No. 0120 del 16 de marzo de 1992, en la que resolvió sancionar a la INSPECCION MUNICIPAL DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE FLORIDABLANCA, cuando ésta impugnó ese acto, con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1270 de 1991, que en su párrafo único dispone que: “Los recursos contra una resolución que imponga sanción de multa, sólo serán concedidos previo depósito de su valor, o garantizando en forma idónea el cumplimiento de la obligación». Esta disposición resulta inconstitucional al colocar a la Inspección en la imposibilidad de ejercer los recursos de la vía gubernativa contra el acto que la sancionó por la suma de nueve millones setecientos setenta y cinco mil cincuenta pesos (\$9'775.050) moneda corriente; toda vez que, como lo anota el accionante, le resulta legalmente imposible a una institución de derecho público, cuya disposición de bienes debe ajustarse según la ley a la prescripción presupuestal y no existe apropiación presupuestal para cubrir tal evento, según certificación que obra al folio 8 del expediente. Tampoco fue posible, según se deduce de las pruebas, que hubiese podido obtenerse expedición de garantía a la Inspección de Compañía de Seguros, para asegurar en forma idónea la obligación. El principio de solve et repete que consagra la norma, realmente se ha convertido en un obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa en el presente caso, y por lo tanto la norma debe ser inaplicada porque viola el derecho fundamental al debido proceso administrativo en esas circunstancias.”*¹¹⁴

¹¹³ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Op. Cit., p. 407.

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala de Revisión, Sentencia T-576 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORÓN DÍAZ.

“La tutela objeto de estudio se constituye en el mecanismo jurídico apropiado para que se inaplique el artículo 8o. de la Ley 1a. de 1963, pues la exigencia en él consagrada relativa al previo pago del valor de la multa para que el afectado pueda presentar los recursos correspondientes en vía gubernativa, no se ajusta a lo dispuesto en la Carta Política, y esta situación es causa de la vulneración de los derechos fundamentales de defensa y de acceso a la justicia de la accionante.”¹¹⁵

Vemos entonces que ha de interpretarse de forma muy restringida el requisito de pagar o garantizar en la etapa de los recursos en vía gubernativa, dado que la corte ha dicho claramente que estos requisitos son una talanquera que impide el derecho de defensa y el acceso efectivo a la administración de justicia.

No obstante lo anterior, existe una decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que avala las normas que consagran el pago o garantía previo a la concesión de los recursos en vía gubernativa. En el aparte más relevante de la mencionada providencia, el Consejo de Estado Afirma:

*“En resumen, la Sala estima que no es válido jurídicamente afirmar, de modo absoluto, que el principio **solve et repete** es improcedente en la vía gubernativa, si bien debe sujetarse en su aplicación a condiciones de necesidad y de ponderación que lo hagan razonable y accesible a los afectados, condiciones que se cumplen en las disposiciones acusadas.”¹¹⁶*

Se resalta que la anterior providencia tuvo salvamento de voto de los consejeros DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA, MARIO ALARIO MÉNDEZ y RICARDO HOYOS DUQUE, quienes, de forma directa, pregonaron la inconstitucionalidad de la exigencia de pago o garantía en vía gubernativa por violar los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, consideramos que es menester del juez, al momento de admitir la demanda, analizar si efectivamente debe

¹¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-279 de 1995, MAGISTRADO PONENTE: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

¹¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA. Sentencia del 21 de enero de 1997. Radicación Expediente No. AI-03. Actor: CARLOS E. CAMPILLO PARRA. Demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra los artículos 118 y 122 del Decreto 1787 de 1990.

darse aplicación al inciso final del artículo 135 del C.C.A., dado que, en el caso de que la administración haya puesto como requisito para la concesión del recurso en vía gubernativa el pago o la caución de la suma en discusión, y éste se torne en un requisito inaceptable por las razones antes indicadas, es decir, por ser excesivamente oneroso, o por no ser necesario (pues se concede el recurso en efecto suspensivo), debe interpretarse que tales barreras son claramente negativas e injustificadas para la concesión del recurso, por lo que se debe habilitar la posibilidad de demandar directamente los correspondientes actos como consecuencia de que la administración imposibilitó injustificadamente el ejercicio de los recursos, lo cual no puede ser un obstáculo para el ejercicio del derecho de acción.

5. CONCLUSIONES

- El principio *pague y después discuta* (al ser una carga excesiva para quien pretende acceder a la administración de justicia cuando se pretende discutir el acto administrativo definitivo que liquida una obligación a favor del tesoro público) pierde vigencia contemporánea. Por lo tanto, ésta obligación se ha transformado en una obligación de caución.
- Por su parte, la norma vigente para efectos de caución procesal contencioso administrativa es claramente el artículo 140 del C.C.A., (con la redacción como quedó después de la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Suprema de Justicia). Tal norma se aplica a todo tipo de impuestos, tasas, contribuciones y créditos a favor del Estado.
- La caución no es un requisito formal de la demanda, por lo que el incumplimiento de esta carga no acarrea con consecuencia procesal la inadmisión o rechazo de la misma.
- La caución debe ser fijada por el juez o el magistrado ponente en el auto admisorio de la demanda, allí debe establecerse: su monto, sus opciones y el plazo para tomarla.
- Para fijar el monto de la caución, el juez o magistrado ponente debe ponderar, por un lado, la protección del patrimonio público y, por otro, el derecho al acceso a la administración de justicia. Con fundamento en lo anterior, debe establecerse el monto del valor

de la caución de conformidad con las características económicas del actor.

- El incumplimiento de dicha carga procesal es simplemente la inactividad del proceso, pudiendo llegar a constituirse en perención si se cumple con las condiciones legales de plazo para que tal fenómeno procesal opere.
- El principio *solve et repete* debe igualmente ser interpretado de forma restrictiva con relación a los recursos en vía gubernativa, pues es claramente contrario al debido proceso administrativo, a la presunción de inocencia, al efecto suspensivo (que por regla general tienen estos recursos) y, por último, por constituir una talanquera para el acceso efectivo a la administración de justicia.

6. LA CAUCIÓN PARA DEMANDAR EN NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En la nueva regulación adjetiva no se encuentra norma expresa que consagre el tema de la caución para demandar, por lo que como se planteó en el estudio realizado en los numerales 2.2.1. a 2.2.4., en la actualidad no existe norma por fuera del Código Contencioso Administrativo que consagre dicha obligación y por ello cuando a partir de la vigencia de la nueva norma adjetiva (2 de julio de 2012, artículo 308 de la Ley 1437 de 2011) se demanden o discuten actos relacionados con impuestos, tasas, contribuciones, multas o cualquier crédito definitivamente liquidado a favor del tesoro público, no existirá la carga procesal de la caución para el demandante.

Por lo anterior, la nueva regulación normativa da prevalencia al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia por sobre la protección del patrimonio público, principios que entran en colisión al momento de imponer la carga de pagar o caucionar para poder discutir jurisdiccionalmente este tipo de conflictos.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE RÍOS, Luis Carlos. EXPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN ROBERT ALEXY. En: REVISTA INCISO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Universidad La Gran Colombia. Año 2007, no. 09.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Medellín: Señal Editores, 2009.
- BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2009.
- BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael. Nociones Fundamentales de Derecho Tributario. Bogotá: Legis S.A., 2009.
- CHÁVES GARCÍA, Milton. Caución para demandar – El principio *solve et repete*. En: REVISTA DE ORIENTACIÓN TRIBUTARIA IMPUESTO. Legis S.A. Año 2008, no. 149.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Bogotá: ABC, 1981.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1984.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal civil Colombiano. Bogotá: Editorial Dupré, 1997, tomo I.
- PIZA RODRÍGUEZ, Julio Roberto (Editor). Curso de Derecho Tributario, procedimiento y régimen sancionatorio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PIZA RODRÍGUEZ, Julio Roberto (Editor). Régimen impositivo de las entidades territoriales en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- PUERTA ECHEVERRI, María Patricia. Manual del Proceso Ordinario Contencioso Administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez LTDA, 2006.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo III.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, 2006.

CAPÍTULO IV

EL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES DE FONDO DENTRO DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Una necesidad imperiosa para no vulnerar el debido proceso probatorio del actor

“... era obligación del Tribunal de Apelación, que no estaba vinculado por ningún plazo predeterminado, asegurar que cada parte pudiese impugnar las pruebas documentales que la otra parte hubiese presentado o desease presentar y, de ser necesario, suspender las actuaciones. Al no existir la igualdad de condiciones entre las partes respecto de la presentación de pruebas para los fines de la vista del caso, el Comité determina que se ha cometido una violación del párrafo 1 del Pacto.”¹¹⁷

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. EL DEBIDO PROCESO EN GENERAL Y EL DEBIDO PROCESO PROBATORIO EN ESPECIAL.- 3. LAS EXCEPCIONES DE FONDO O MÉRITO.- 4. LAS EXCEPCIONES DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- 4.1. El trámite de las excepciones de fondo de acuerdo a la doctrina procesal administrativa.- 4.2. El trámite de las excepciones de fondo de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado.- 4.3. Deconstrucción del argumento que sustenta la negativa del traslado de las excepciones.- 4.4. Deconstrucción del argumento que sustenta la procedencia del traslado de las excepciones.- 5. LA INTERPRETACIÓN (CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA) DEL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- 6. CONCLUSIÓN.- 7. EL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES EN NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad no existe claridad al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en lo tocante a si debe o no correrse traslado al actor (tal como lo ordenan las normas del procedimiento civil) de las ex-

¹¹⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Jansen-Gielen c. Países Bajos, párr. 8.2., citado por O'DONNELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004. p. 362.

cepciones de fondo (presentadas oportunamente por el demandado) en el procedimiento ordinario contencioso administrativo. A título de ejemplo, tal traslado es ordenado por el H. Tribunal Administrativo de Caldas, y los Juzgados Administrativo del Circuito de Manizales. En cambio, tal cosa no es practicada por el H. Tribunal Administrativo del Quindío, ni por los Juzgados Administrativos del Circuito de Armenia.

Igualmente, como se verá en el análisis, la doctrina no es unánime al respecto. Además, existe un pronunciamiento reciente de una de las secciones del máximo tribunal de lo contencioso administrativo que se inclina por la respuesta negativa.

Por lo anterior, el problema a tratar y resolver se circunscribe al siguiente interrogante:

¿Deben trasladarse al demandante las excepciones de fondo propuestas en término por el demandado (dentro del procedimiento contencioso administrativo), a fin de otorgarle un plazo especial a aquel para que pida pruebas en tono a ellas?

O, en otros términos ¿Es aplicable el artículo 399 del C.P.C., al procedimiento ordinario contencioso administrativo, en concordancia con la remisión general que hace el artículo 267 del C.C.A., a las normas procesales civiles?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, se desarrollaran las ideas básicas sobre el contenido esencial del debido proceso como principio procesal, derecho fundamental y garantía procedimental; también las normas nacionales e internacionales que soportan la anterior garantía; así como las excepciones de fondo, su contenido y fundamentación procesal como medio de defensa esencial del demandado. Igualmente se entraremos a analizar la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional respecto del traslado de las excepciones de fondo en el proceso contencioso administrativo.

Una vez desarrollados los anteriores temas, se entrará a concluir sobre la respuesta adecuada, desde el punto de vista procesal y constitucional, al problema jurídico presentado.

2. EL DEBIDO PROCESO EN GENERAL Y EL DEBIDO PROCESO PROBATORIO EN ESPECIAL

El debido proceso posee varias dimensiones, es decir, es una realidad jurídica compleja. Es un derecho fundamental, léase, un derecho de garantía reforzada, de textura abierta en condición de principio¹¹⁸, por lo que de él puede pregonarse que posee un contenido esencial, esto es, un núcleo intangible e innegociable que debe ser respetado por todas las autoridades del Estado y cuya vulneración hace procedente su protección a través de los medios sumarios e idóneos correspondientes (como, por ejemplo, la acción de tutela).

Para hallar ese núcleo intangible del derecho fundamental al debido proceso, es importante partir de las normas mismas que lo consagran y desarrollan como derecho fundamental y garantía judicial.

Así pues, de las normas transcritas en el anterior pie de página, podemos inferir del contenido esencial del debido proceso (en su aspecto probatorio), las siguientes garantías intangibles¹¹⁹:

¹¹⁸ Robert Alexy plantea, por una parte el concepto de norma como genérico y, la regla y el principio como especies de normas, todas ellas como expresiones deónticas que manifiestan el deber ser (Mandato, permisión y prohibición).

Dentro del estudio de dicha clasificación, se encuentran dos posiciones para fijar la diferencia existente entre reglas y principios; una de ellas basada en la idea de los principios y la optimización, es decir, plantea la existencia de principios que se caracterizan por ser mandatos de optimización, llamada la TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, que pregona la existencia de los principios, plantean varios criterios para la diferenciación. Uno de los criterios es el de la generalidad, es decir, se basan en el aspecto cuantitativo de la norma para plantear su diferenciación. Así, si la norma consagra premisas generales y abstractas es un principio y si consagra premisas particulares y concretas en una regla. Sobre el tema ver: ALZATE RÍOS, Luis Carlos. EXPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN ROBERT ALEXY. En: REVISTA INCISO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Universidad La Gran Colombia. Año 2007, no. 09. p. 69 a 82.

¹¹⁹ Sobre este punto, se tomarán esencialmente el artículo 29 de la C.P. y los artículos 8 párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en referencia al sistema Americano de derechos humanos, y 14 párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), con relación al sistema Universal de derechos humanos, normas estas últimas que hacen parte del Bloque de constitucionalidad stricto sensu, a la luz del artículo 93 superior. Dichas normas son transcritas para su mejor entendimiento:

"ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

- El derecho a presentar pruebas. Sobre el tema ha dicho la doctrina internacional más connotada: "... *Ciertamente, el derecho a la prueba se encuentra íntimamente ligado a la defensa, en la medida que éste último no es posible si se impide a alguna de las partes el derecho a traer al proceso los medios justificativos o demostrativos de las propias alegaciones o los que desvirtúen los de la parte contraria*¹²⁰". En igual sentido, la doctrina italiana ha mencionado: "... *Aunque hoy día se acepta en general que se debe reconocer el derecho de las partes a la prueba para que el derecho al debido proceso sea efectivo, las cosas no son mucho menos claras cuando se pasa de la formulación de un principio muy general a su aplicación específica.*¹²¹"
- El derecho a controvertir las pruebas aducidas en su contra. Lo anterior no es más que la materialización del principio procesal de la contradicción. Se trata del hecho de que el proceso (que se desarrolla de manera dialéctica) se ejecuta como método para resolver los conflic-

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

"ARTÍCULO 8.- GARANTÍAS JUDICIALES.

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 carácter."

"Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas 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. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores."

¹²⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Barcelona: Bosch, 1997. p. 145.

¹²¹ TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 56 y 57.

tos intersubjetivos de intereses, motivo por el cual la tesis del demandante es expuesta al demandado con el fin de que éste la contradiga. Se sobreentiende entonces que el demandante tiene que tener el derecho a controvertir probatoriamente la tesis del demandado.

- El derecho a ser oído con las debidas garantías. Es el derecho a presentar todos los argumentos, pruebas, interpretaciones y hechos que soporten tanto la acción como la excepción.
- El derecho al trato igual ante los tribunales y cortes de justicia. Sobre este punto ha dicho la H. Corte Constitucional: *“El art. 29 C.P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio audiatur et altera pars, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.”*¹²²
- Del anterior derecho a la igualdad, la doctrina desprende el derecho a la no indefensión, definido éste como *“... la prohibición o limitación del derecho de defensa, que se produce en virtud de los actos de los órganos jurisdiccionales que suponen una mengua o privación del derecho a alegar o probar contradictoriamente, y en situación de igualdad”*¹²³

Las anteriores garantías probatorias serán el marco de análisis del problema planteado. Pasamos entonces a desarrollar el tema de las excepciones de fondo o mérito.

3. LAS EXCEPCIONES DE FONDO O MÉRITO

Para proseguir con el estudio del tema propuesto se hace necesario ahondar en la naturaleza jurídica de las excepciones de fondo o mérito. Podemos definir las como *una de las formas a través de las cuales el demanda-*

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-267 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. 17 de marzo de 2005.

¹²³ PICÓ I JUNOY, Joan. Op. Cit. p. 95.

do, dentro de un proceso jurisdiccional, ejerce su derecho de acción¹²⁴, es decir, frente a la acción ejercida por el demandante y para equilibrar las cargas dentro del proceso, se consagra la excepción a favor de su contraparte: el demandado.

Así pues, las excepciones de fondo o mérito no son más que hechos nuevos, incluidos en el proceso por el demandado en ejercicio de su legítimo derecho de defensa, como forma especialísima de ejercer el derecho de acción. La doctrina nacional define la excepción en una forma que resulta ser bastante clara e ilustrativa:

*“... la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que el corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos.”*¹²⁵

Por su parte, la jurisprudencia contencioso administrativa nos ilustra sobre las excepciones de fondo en la siguiente providencia:

*“Las excepciones de fondo, por lo general, son medios de defensa del demandado que contienen hechos nuevos para el juicio, o anteriores a la demanda o sobrevinientes a la interposición de ésta, que tienen a destruir, total o parcialmente, los derechos que invoca el demandante; por regla general las excepciones de fondo atacan el derecho sustantivo en que se fundamentan los hechos que alega el demandante para construir el derecho que quiere que se declare.”*¹²⁶

Por lo anterior, nuestra legislación adjetiva civil consagra que, presentadas las excepciones de fondo por parte del demandado dentro de un procedimiento de tipo ordinario, debe correrse traslado de ellas al demandante para que éste conozca los hechos nuevos introducidos por el aquel en contra de sus pretensiones, y para que pueda pedir pruebas si lo esti-

¹²⁴ Tal como lo define con maestría el latínajo "reus, in excipiendo, fit actor", es decir, el demandado que excepciona, finge ser actor.

¹²⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Bogotá: ABC, 1981. Tomo I, p. 250.

¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Sentencia del 22 noviembre de 2001. Radicación número: 52001-23-31-000-1994-6158-01(13356). Actor: BENHUR HERRERA V. Y CIA. LTDA. Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO S. A. Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

ma pertinente¹²⁷. Lo anterior no es más que la materialización legal (dentro del proceso) de la igualdad de armas en materia probatoria entre las partes, dado que es más que obvio que, ante nuevos hechos introducidos por el demandado, tenga el demandante la posibilidad de contradecirlos a través de una nueva oportunidad probatoria, pues en la anterior (la demanda) no tenía conocimiento de la teoría fáctica que presentaría el demandado en torno a su demanda.

Se inclina igualmente en este sentido el artículo 14, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y la interpretación que de él realiza el Comité de Derechos Humanos, caso Jansen-Gielen c. Países Bajos, párr. 8.2., transcrito en el epígrafe del presente acápite¹²⁸.

Teniendo claro el anterior marco de la excepción de fondo, pasemos a analizar la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional relacionada con el tema del traslado de las excepciones de fondo en el proceso contencioso administrativo.

4. LAS EXCEPCIONES DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Resulta más que obvio que el legislador (al momento de regular su trámite en el procedimiento ordinario contencioso administrativo) haya consagrado las excepciones como una de las formas de resistencia del demandado a la pretensión aducida en su contra. Es así como el artículo 164 del C.C.A.¹²⁹, se ocupa del tema.

¹²⁷ La norma en mención, es del siguiente tenor literal: "ARTÍCULO 399. PRUEBAS ADICIONALES DEL DEMANDANTE. Si el demandado propone excepciones que no tengan el carácter de previas, el escrito se mantendrá en la secretaría por cinco días a disposición del demandante, para que éste pueda pedir pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan."

¹²⁸ Es importante resaltar que la constitución misma establece que los derechos en ella consagrados, deben ser interpretados a la luz de los tratados de derechos humanos sobre la materia, ratificados por Colombia (Artículo 93 de la C.P.) y la interpretación doctrinaria que de estos hagan los organismos internacionales competentes como el Comité, resulta ser una clara pauta para fijar el contenido de los tratados. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en las siguientes providencias: Sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras.

¹²⁹ "ARTICULO 164. EXCEPCIONES DE FONDO. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la "reformatio in pejus."

Del análisis de la norma misma no se desprenden ni la respuesta negativa, ni la positiva (con relación a si de dichas excepciones debe correrse traslado al demandante). Veamos cómo se ha tratado el tema por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional.

4.1. El trámite de las excepciones de fondo de acuerdo a la doctrina procesal administrativa: Citaremos inicialmente a los doctrinantes que acogen el trámite del traslado al demandado, después analizaremos a los que, tácitamente, se inclinan por la negativa de dicho trámite.

En primer lugar, el que podríamos llamar el más clásico de los doctrinantes del derecho administrativo procesal, afirma:

“5.6.4. Las excepciones de fondo y las pruebas del demandante. Pese a que omitimos tocar este aspecto en las pasadas ediciones, creemos que el punto amerita comentario aparte, aunque el código administrativo guarda silencio a este respecto.

En el proceso civil si el demandado propone excepciones que no tengan el carácter de previas, el escrito se mantendrá en la secretaría por cinco días a disposición del demandante, para que éste pueda pedir pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan (art. 399).

La norma tiene su lógica al otorgar una oportunidad petitoria adicional de las pruebas a la parte actora. De otra manera ésta no podría solicitar nuevos medios para comprobar los hechos alegados por la demandada como fundamento de la excepción o excepciones propuestas, ya que su oportunidad probatoria ordinaria feneció con la presentación de la demanda.

Y en el proceso administrativo sucede algo similar. El demandante debe pedir sus pruebas con la demanda (art. 137 nl. 5) y el demandado con la contestación o dentro del término de fijación en lista (art. 144 ibídem). Pero si la parte opositora formula excepciones y solicita pruebas para su demostración, deberá dársele al actor una nueva oportunidad para que pida las pruebas que busquen enervar los efectos de las excepciones propuestas. La solución no es más que consecuencia del principio de la igualdad de las partes ante la prueba.

La norma del código procesal civil que permite ese término adicional es así plenamente aplicable en el proceso administrativo, pese al silencio que se observa en el código de la materia, porque la situación que regula aquélla se puede presentar asimismo en éste. Su aplicación tiene fundamento en el artículo 267 del c.c.a. por no

*ser aspecto incompatible con la naturaleza de los procesos que se siguen ante la jurisdicción administrativa”.*¹³⁰

Otro de los doctrinantes que se inclina por el traslado, es el profesor de GÜECHÁ MEDINA, quien afirma:

“3.9.3. Traslado de excepciones: otra oportunidad para el actor de pedir pruebas.

*Vencido el término de fijación en lista, se correrá traslado a la parte demandante por un término de cinco días para que se pronuncie sobre las excepciones de fondo propuestas, si es que se ha propuesto y solicite las pruebas que considere conveniente y que se refieran a los hechos objeto de la excepción. 550 No es una oportunidad general de solicitar pruebas, sino que se limita a los hechos que se debaten en la excepción.”*¹³¹

Por su parte, el magistrado JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, se inclina igualmente por el traslado aludido, en los siguientes términos:

*“El CCCA no consagra un término o traslado específico para que el actor se pronuncie respecto de las excepciones previas (por no existir un trámite especial) de las perentorias porque respecto de ellas guarda silencio.”*²³¹

Aunque algunos autores sostienen que el artículo 399 del CPC, referido a traslado en el caso de las excepciones de fondo, es aplicable al proceso contencioso administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del CCA que indica que en los aspectos no regulados se sigue aquella normatividad (sic), lo cierto es que la práctica judicial no es uniforme en tal sentido – algunos Tribunales conceden el traslado-

....

*231. La inexistencia de este traslado podría considerarse una violación al principio de publicidad y a su vez de la bilateralidad entendido como igualdad procesal de los litigantes.”*¹³²

Se inclina por la posición negativa el profesor SANTOFIMIO GAMBOA, quien, al desarrollar el tema de la fijación en lista como término para con-

¹³⁰ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Medellín: Señal Editores, 2009. p. 372 y 373.

¹³¹ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, 2008. p. 446 y 447.

¹³² RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio. Las Excepciones. Publicada en La Dirección del Proceso Contencioso Administrativo, Primera Parte. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2009. p. 258.

testar la demanda por parte del demandado, establece que el paso que sigue es el del decreto de pruebas, omitiendo el tema del traslado de las excepciones de fondo, dando a entender que dicho trámite no hace parte de procedimiento ordinario contencioso administrativo.¹³³

Se pronuncian en igual sentido los autores PALACIO HINCAPIÉ y PUERTA ECHEVERRI, quienes afirman que después de la fijación en lista, sigue de inmediato el período probatorio:

“Período Probatorio

*Una vez vencido el término de fijación en lista, se abre el período probatorio (artículo 209 del C.C.A.), siempre que la controversia no sea de puro derecho”*¹³⁴

“Período Probatorio

*Una vez concluido el término de fijación en lista, inicia el período probatorio (artículo 209 del C.C.A.)...”*¹³⁵

Vemos cómo la doctrina nacional no es unánime con relación al trámite de las excepciones de fondo dentro del proceso contencioso administrativo. Analicemos ahora la jurisprudencia del máximo organismo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre el tema.

4.2. El trámite de las excepciones de fondo de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado: Realizada una búsqueda exhaustiva en la jurisprudencia del Consejo de Estado (a través de los discos compactos que compilan sus decisiones y de la página web de la corporación¹³⁶), sólo se encuentra dos decisiones, en sí eminentemente contradictorias:

La primera de ellas es un auto de la Sección Tercera, con ponencia del Dr. BETANCUR JARAMILLO, cuya posición doctrinaria se acaba de exponer. En la mencionada providencia se es tajante en la remisión al C.P.C., por parte del C.C.A., en este tema. Me permito transcribir el siguiente aparte:

¹³³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo III. p. 579 a 581.

¹³⁴ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho procesal administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez LTDA, 2000. p. 572.

¹³⁵ PUERTA ECHEVERRI, María Patricia. Manual del Proceso Ordinario Contencioso Administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez LTDA, 2006. p. 101.

¹³⁶ www.consejodeestado.gov.co

“En el proceso civil si el demandado propone excepciones que no tengan carácter de previas, el escrito se mantendrá en la secretaría por cinco días a disposición del demandante, para que éste pueda pedir pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan (art. 399).

La norma tiene su lógica al otorgar una oportunidad petitoria adicional de pruebas a la parte actora. De otra manera ésta no podría solicitar nuevos medios para comprobar los hechos alegados por la demandada como fundamento de las excepciones no excepciones propuestas, ya que su oportunidad probatoria ordinaria feneció con la presentación de la demanda.

Y en el proceso administrativo sucede algo similar. El demandante debe pedir sus pruebas con la demanda (art. 137, num. 5º) y el demandado con la contestación o dentro del término de fijación en lista (art. 144 ibídem). Pero si la parte opositora formula excepciones y solicita pruebas para su demostración, deberá dársele al actor una nueva oportunidad para que pida las pruebas que busquen enervar los efectos de las excepciones propuestas. La solución no es más que consecuencia del principio de igualdad de las partes ante la prueba.

La norma del código de procedimiento civil que permite ese término adicional es así planamente aplicable en el proceso administrativo, pese al silencio que se observa en el código de la materia, porque la situación que regula aquélla se puede presenta así mismo en éste. Su aplicación tiene fundamento en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, por no ser aspecto incompatible con la naturaleza de los proceso que se siguen ante la jurisdicción administrativa.”¹³⁷

En decisión más reciente, encontramos reflejada una posición contraria que de manera tajante reprocha al Tribunal *a quo* por el trámite dado a las excepciones de fondo, esto es, por correr traslado de las mismas. Dicha decisión es, en su aparte relevante, del siguiente tenor:

“Ahora bien, la Sala observa que en el trámite de la primera instancia el Tribunal, por auto del Magistrado Sustanciador, ordenó correr el traslado señalado en el artículo 399 del C.P.C. para que la demandante se pronunciara sobre las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

¹³⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 9 de junio de 1988, radicación 4980. Consejero Ponente CARLOS BETACUR JARAMILLO. Publicada en el Código Contencioso Administrativo de hojas sustituibles de LEGIS, llamada 1299.

Este trámite no está contemplado dentro del procedimiento ordinario de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa y por esta razón, los jueces deberán someterse a lo preceptuado en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo que ordena decidir sobre las excepciones propuestas, en la sentencia definitiva.”¹³⁸

Vemos cómo esta decisión es expresa y tajante en afirmar que el traslado de las excepciones consagrado en el artículo 399 del C.P.C., no es aplicable por la remisión del artículo 267 del C.C.A., dado que el artículo 164 de la misma obra, consagra las excepciones de fondo y su trámite, para ser decididas en la sentencia, sin que se consagre el traslado aludido.

Para darle a la anterior decisión el alcance que en realidad merece, es necesario que se realice una reconstrucción de los argumentos con el fin de determinar si, realizado el análisis estático de la providencia, el mencionado extracto hace parte de la *ratio decidendi* de la decisión o si, por el contrario, es *obiter dicta*.

En la mencionada providencia se resuelve un recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde ésta corporación se inhibe de pronunciarse de fondo, en atención a que se materializó la caducidad de la acción. Por su parte, el Consejo de Estado plantea como problema jurídico a resolver, si los oficios demandados son en realidad actos administrativos atacables jurisdiccionalmente, problema que, realizado el análisis correspondiente, llega a la conclusión de que los mismos no son actos administrativos, por lo que confirma la decisión de instancia.

Como se puede observar, nada tiene que ver el argumento relacionado con el traslado de las excepciones de fondo con el mérito del proceso, con el problema jurídico a resolver, ni con la resolución a que se llegó. Por consiguiente, es claro que el aparte antes transcrito sólo hace parte de la *obiter dicta* de la sentencia razón por la cual no tiene fuerza vinculante y no constituye sino doctrina para los demás operadores jurídicos.

A igual conclusión se llega si se analiza formalmente el lugar que ocupa el mencionado argumento en la providencia, ya que se alude a él en el aparte de la conclusión sin que se plantee este tema en otro aparte de la

¹³⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. MAGISTRADA PONENTE: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN. Sentencia de 2 de abril de 2009. Ref.: Expediente 25000232700020000092101. Actor: EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS ECOPETROL.

providencia, es decir, este punto no es más que una cuestión accidental dentro de ella.

Teniendo en cuenta lo anterior, y para empezar la construcción de las conclusiones del presente capítulo, es necesario analizar la argumentación de quienes adoptan la negativa del trámite del traslado de las excepciones de fondo.

Miremos los argumentos.

4.3. Deconstrucción del argumento que sustenta la negativa del traslado de las excepciones: el argumento se encuentra basado en las siguientes premisas:

- La literalidad de la norma que consagra las excepciones de fondo, es decir, el artículo 164 del C.C.A., consagra, como trámite de las mismas, su decisión en la sentencia.
- Ante la inexistencia de vacío en el Código Contencioso Administrativo, resulta improcedente acudir al artículo 267 de la misma obra (norma general de reenvío al procedimiento civil), para aplicar el artículo 399 de este conjunto normativo adjetivo.
- Existe una premisa tácita, la que estaría constituida por la afirmación de que los jueces, por disposición del artículo 230 de la C.P., se encuentran sometidos al imperio de la ley, con arreglo a lo cual deben aplicar *estrictamente* el tenor literal del artículo 164 del C.C.A.

De las anteriores premisas se concluye (según esta posición) la improcedencia de la aplicación del artículo 399 del C.P.C., al procedimiento ordinario contencioso administrativo.

Podríamos adicionar la siguiente premisa al argumento:

- La existencia de unos claros momento de petición de pruebas para cada una de las partes del proceso contencioso, es decir, para el demandante en la presentación de la demanda (artículos 137 y 139 del C.C.A.), y para el demandado tanto en el término de fijación en lista como en la contestación de la demanda (artículo 144 y 207 numeral 5 de la misma obra). Espacios estos que hacen improcedente una nueva oportunidad probatoria para el demandante.

En consecuencia, las oportunidades probatorias consagradas legalmente en el Código Contencioso Administrativo, dentro del procedimiento ordinario, no incluyen una nueva oportunidad probatoria para el actor en lo concerniente a las excepciones propuesta por el demandado.

4.4. Deconstrucción del argumento que sustenta la procedencia del traslado de las excepciones: Esencialmente se reconstruirá el argumento del profesor BETANCUR JARAMILLO, dado que el del profesor GÜECHÁ MEDINA, carece de premisas expresas que soporten su conclusión. Esta posición se encuentra basada en las siguientes premisas:

- El artículo 399 del C.P.C., es aplicable al procedimiento ordinario contencioso administrativo como consecuencia de que existe en éste un vacío con relación al trámite de las excepciones de fondo, por lo que, en aplicación del artículo 267 del C.C.A., es procedente acudir a las normas procesales civiles.
- El traslado de las excepciones *no es incompatible* con la naturaleza del procedimiento contencioso administrativo.
- Si bien las oportunidades probatorias para el demandante se encuentran limitadas a la demanda (artículo 137, numeral 5 del C.C.A.) y para el demandado a la contestación de la misma, o dentro del término de fijación en lista (artículo 144 del C.C.A.), el *principio de la igualdad* de las partes ante la prueba hace necesario ordenar dicho traslado.

De las anteriores premisas se concluye la procedencia de la aplicación del artículo 399 del C.P.C., al procedimiento ordinario contencioso administrativo y, consecuentemente con ello, la necesidad de ordenar el traslado de las excepciones al demandante para que éste pueda pedir pruebas en torno a las mismas.

Las dos interpretaciones citadas previamente no toman en cuenta las normas constitucionales (y del Bloque) que consagran las garantías judiciales al interior del proceso, o lo que es lo mismo, que regulan el debido proceso y, en especial, el debido proceso probatorio.

Resulta entonces pertinente que construyamos un nuevo argumento, partiendo no sólo de las premisas normativas de los códigos adjetivos, sino también de las normas constitucionales (incluidas las del Bloque), dado que el Derecho en términos generales ha pasado de una teoría legicéntrica, a una teoría constitucional, en donde la Carta Superior deja de ser un

simple proyecto político, y pasa a ser una norma de aplicación obligatoria, directa e inmediata por parte del Estado y los particulares.

Así pues, encontramos que los derechos fundamentales irrigan la actuación del Estado en todos sus niveles. Ésa es la razón por la cual el Estado debe actuar como garante, protector y materializador de tales derechos, lo que obliga a que cualquier interpretación de una norma jurídica debe hacerse a la luz de la Constitución (y de las normas que consagran el Bloque), tal como se puede inferir de la interpretación sistemática de su preámbulo, y de los artículos 2, 4, 85, 93, 228, 229 y 230.

5. LA INTERPRETACIÓN (CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA) DEL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como mencionamos al tratar el tema del debido proceso en general, y las garantías probatorias que hacen parte del núcleo esencial de este derecho fundamental, cualquier interpretación de las normas procesales probatorias debe partir de los artículos 29 de la C.P., por una parte, y de los artículos 8 párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; y 14 párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), es decir, a la argumentación que afirma la tesis de la procedencia del traslado de las excepciones no sólo debe incluirse la interpretación de las normas legales sino que, además, deben incorporarse las garantías judiciales, constitucionales y del Bloque.

Por lo anterior, habrá de construirse un nuevo argumento donde se incluyan estos postulados normativos, adicional a que deben tenerse en cuenta los artículos 2, 4, 85, 93, 228, 229 y 230 de la C.P., como parámetro obligatorio de interpretación, y el contenido mismo de las excepciones, desde el punto de vista de la teoría general del proceso.

El argumento en mención estaría compuesto de las siguientes premisas:

- Para toda interpretación de una norma legal debe tenerse en cuenta la prevalencia de la Constitución y los derechos en ella consagrados, la materialización de los fines del Estado (artículos 2 y 4 de la C.P.), la interpretación conforme a los tratados que conforman el Bloque de Constitucionalidad (artículo 93 *ibídem*) y, en materia procesal, resulta ser paradigmática la norma que consagra la publici-

dad y la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales, léase, en el proceso jurisdiccional (artículo 228 *ibídem*).

- De la anterior premisa se deduce que debemos dar aplicación, en cualquier interpretación procesal, a los artículos 29 y 228 de la C.P., así como a los artículos 8 párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, y 14 párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Debemos garantizar la aplicación (en todo proceso) del contenido esencial mínimo consagrado en dichas normas, las cuales contienen las garantías para las partes del derecho a presentar pruebas, el derecho a controvertir las pruebas aducidas en su contra, el derecho a ser oídas con las debidas garantías, el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, y el derecho a la no indefensión, las que, en su contenido, son desarrolladas con anterioridad.
- Las excepciones de fondo son esencialmente hechos nuevos que introduce el demandante al proceso, y que afectan la materialización de la pretensión.
- Las garantías del derecho a presentar y controvertir las pruebas, y la igualdad procesal y probatoria, hacen que al actor tenga el derecho a que se le dé una nueva oportunidad para solicitar pruebas y controvertir esos nuevos hechos aducidos en su contra; pero eso sí, limitándolo exclusivamente a los nuevos hechos relatados en las excepciones.
- El derecho fundamental, principio y garantía del debido proceso, conlleva necesariamente a que exista el debido proceso probatorio, lo que se materializa a través de la contradicción de la prueba.
- El proceso, como método para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, se desarrolla de manera dialéctica, con lo cual tenemos que la tesis del demandado, soportada en hechos destructivos, impeditivos y/o dilatorios de la pretensión, debe ser expuesta al demandante para éste pueda contradecirla, es decir, el demandante tiene el derecho constitucional de poder controvertir probatoriamente la tesis del demandado.
- El derecho de acción conlleva no sólo a la introducción de la pretensión por parte del demandante, sino a la introducción de la excepción por el demandado; entonces, en atención al ejercicio de tal

derecho, debe corrérsele traslado al actor para su efectiva contradicción e igualdad probatoria, lo cual no es más que el uso debido de las garantías mínimas del debido proceso, consagradas en la Constitución Política (artículo 29), y en las normas del Bloque ya mencionadas.

- Del hecho de que el artículo 164 del C.C.A., no consagre el traslado de las excepciones no se puede desprender que dicha norma lo vede (como lo interpretó el Consejo de Estado en la providencia citada anteriormente), pues tal interpretación, literalista por demás, no tiene en cuenta los estándares constitucionales e internacionales sobre el derecho a la prueba, a la contradicción y a la igualdad procesal; ni la calidad que poseen las excepciones de fondo como ejercicio del derecho de acción por parte del accionado. No se desconoce la importancia que posee el Consejo de Estado en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dado que éste es el órgano de cierre de la misma, y quien con autoridad interpreta las normas del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, tal como se desprende del análisis de la providencia que comenta la no procedencia del traslado de las excepciones de fondo, el argumento construido para darle soporte a dicha posición es sólo un dicho de paso dentro de la sentencia, por lo que no posee fuerza obligatoria (ni horizontal ni vertical) como precedente.
- Se evidencia un vacío dentro del código contencioso administrativo, ya que, al no contemplar la igualdad probatoria, debe acudirse a las normas superiores antes mencionadas y, en aplicación de la remisión genérica del artículo 267 de la misma obra, es menester aplicar el artículo 399 del C.P.C., para llenar el vacío que deja el artículo 164 del C.C.A., y poder así correr el correspondiente traslado de las excepciones, logrando con ello generar una nueva posibilidad probatoria para el actor.
- El imperio de la ley a que alude el artículo 230 de la C.P., al cual deben sujetarse los jueces incluye, de forma igualmente imperativa, la aplicación de la Constitución Política y del Bloque de Constitucionalidad, debido a que tales normas son un parámetro de interpretación de las leyes en general, y de las garantías procesales en particular. En consecuencia, ordenar el trámite indicado en el artículo 399 del C.P.C., en un procedimiento ordinario contencioso administrativo *en ningún momento* contraría el imperio de la ley, diremos más bien que, por el contrario, lo materializa.

- El ordenar el traslado tantas veces aludido no viola ni vulnera lo estipulado el artículo 164 del C.C.A., pues justo es decir que tal trámite sólo tiene como fin otorgarle al actor una nueva etapa de solicitud de pruebas en atención a los nuevos hechos introducidos en el proceso. La decisión de la excepción se hará en la sentencia (como lo ordena la norma en comento) teniendo en cuenta las pruebas que *ambas partes* aportan para sustentar los nuevos hechos, no sobre la base de las de *una sola*: la demandada, como lo pretende el Consejo de Estado en la sentencia citada.
- La interpretación esgrimida por el Consejo de Estado respecto de la materia que nos ocupa ha sido rechazada y catalogada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU como *violatoria de la igualdad procesal* (ver el informe transcrito en el epígrafe que introduce el presente escrito), pues se trata de una interpretación que no se compadece con el derecho a la igualdad procesal que predica el artículo 14 párrafo 1 del del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

6. CONCLUSIÓN

Dentro del procedimiento contencioso administrativo *deben trasladarse* las excepciones de fondo propuestas en término por el demandado al demandante, todo con el objetivo de otorgarle un plazo especial, y a fin de que cuente con la posibilidad de solicitar pruebas (si lo estima conveniente) relevantes a los *hechos nuevos*, en aplicación del artículo 399 del C.P.C., y en concordancia con la remisión general que hace el artículo 267 del C.C.A., a las normas procesales civiles.

De no hacerlo así, el despacho judicial estaría vulnerando el debido proceso probatorio, el derecho a la contradicción, la igualdad de armas y la estructura misma del proceso jurisdiccional, el cual es esencialmente dialéctico.

7. EL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES EN NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011 y que empezará a regir los procesos que sean iniciados a partir del 2 de julio de 2012,

queda zanjada la anterior discusión, dado que de forma expresa el párrafo 2 del artículo 175¹³⁹, en concordancia con el artículo 212 de la misma normativa adjetiva, consagra dicho traslado sin necesidad de auto que lo ordene, por tres (3) días.

Por lo anterior, el nuevo procedimiento de lo contencioso administrativo claramente consagra el traslado de las excepciones al accionante, por lo que éste en dicho término tendrá la oportunidad de presentar pruebas en torno a los hechos nuevos introducidos al proceso por el accionado, materializando así su legítimo derecho de contradicción y el debido proceso probatorio. Observamos como el artículo 212 consagra el período de oposición a las excepciones como una oportunidad probatoria adicional del actor frente a los hechos constitutivos de excepciones de fondo, regulación esta que ya no suscitará las controversias interpretativas analizadas en torno al actual C.C.A.

Sin embargo, queda planteada la siguiente inquietud en torno a la interpretación de la nueva normativa: ¿a qué se refiere el numeral 1 del artículo 180 del C.P.A. y de lo C.A., norma esta que regula la audiencia inicial, cuando establece que esta audiencia se programará una vez vencido el término de traslado de la contestación de las excepciones?

Analizada la nueva normativa, no se encuentra en norma alguna dicho término y sólo encontramos la enunciación de que la audiencia inicial sólo se programará una vez vencido el término de traslado de la contestación de las excepciones, por lo que en el nuevo procedimiento contencioso administrativo no solamente se dará traslado de la demanda, sino que una vez presentadas la contestación a esta y propuestas excepciones, deben trasladarse estas al accionante (párrafo 2 del artículo 175 en concordancia con el artículo 212 del C.P.A. y de lo C.A.) y si el actor las contesta, darse traslado de la contestación de las excepciones al demandado (numeral 1 del artículo 181 del C.P.A. y de lo C.A.), pero sin que se establezca en el artículo 212 del C.P.A. y de lo C.A. una nueva oportunidad probatoria para el demandado frente a la contestación de las excepciones. Queda abierta la discusión.

¹³⁹ "Párrafo segundo. Cuando se formulen excepciones se correrá traslado de las mismas por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene, por el término de tres (3) días."

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE RÍOS, Luis Carlos. EXPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN ROBERT ALEXANDER. En: REVISTA INCISO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Universidad La Gran Colombia. Año 2007, no. 09.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Medellín: Señal Editores, 2009.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Auto del 9 de junio de 1988, radicación 4980. Consejero Ponente CARLOS BETANCUR JARAMILLO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. MAGISTRADA PONENTE: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN. Sentencia de 2 de abril de 2009. Ref.: Expediente 25000232700020000092101. Actor: EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS ECOPETROL.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-406 de 1996.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-251 de 1997.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-568 de 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-010 de 2000.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-1319 de 2001.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-671 de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-558 de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-786 de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-267 de 2005.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Bogotá: ABC, 1981.
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.
- O'DONNELL, Daniel. Derecho internacional de los derechos humanos. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho procesal administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez LTDA, 2000.
- PICÓ I JUNOY, Joan. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Barcelona: Bosch, 1997.
- PUERTA ECHEVERRI, María Patricia. Manual del Proceso Ordinario Contencioso Administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez LTDA, 2006.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo III.
- TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio. Las Excepciones. Publicada en La Dirección del Proceso Contencioso Administrativo, Primera Parte. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2009.

CAPÍTULO V

LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Una interpretación conforme a la Constitución Política de los artículos 169, 234 y 242 del C.C.A.

*“... iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium”*¹⁴⁰

*“... en la gran mayoría de los casos, la bondad de las sentencias está en relación directa con el grado de esmero puesto por el juez al indagar exactamente la relación de hecho”*¹⁴¹

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. DEFINICIÓN Y FIN DEL PROCESO JURISDICCIONAL EN GENERAL Y DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN PARTICULAR.- 2.1. La relación entre proceso, verdad y justicia.- 2.1.1. La relación proceso – verdad.- 2.1.2. La relación proceso – justicia.- 2.2. El proceso contencioso administrativo.- 3. LAS NORMAS ESPECIALES QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- 4. LAS PRUEBAS DE OFICIO EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA Y CONSTITUCIONAL.- 4.1. LA PRUEBA DE OFICIO COMO FACULTAD DISCRECIONAL.- 4.2. POSICIÓN GARANTISTA DEL PROCESO.- 5. ¿SE VIOLA LA IGUALDAD PROCESAL DE LAS PARTES, AL MOMENTO EN QUE EL JUEZ DECRETA UNA PRUEBA DE OFICIO QUE PRETENDE SOLVENTAR LOS VACIOS PROBATORIOS DE ALGUNA DE LAS PARTES?- 6. LA CARGA DE LA PRUEBA: ¿Se encuentra distribuida de forma igualitaria al interior del proceso contencioso administrativo?- 7. ¿DEBE NUEVAMENTE CORRESE TRASLADO PARA ALEGAR DE CONCLUSIÓN CUANDO SE DECRETA PRUEBA DE OFICIO ESTANDO EL NEGOCIO A DESPACHO PARA SENTENCIA?- 8. UN ARGUMENTO HISTÓRICO A FAVOR DE LAS PRUEBAS DE OFICIO.- 9. CONCLUSIONES.- 10. LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- 11. BIBLIOGRAFÍA.

¹⁴⁰ El anterior latinajo, es traducido como el juez debe fallar con arreglo a lo alegado y probado por las partes. Sobre el mencionado brocardo, resultan ilustrativas las palabras de Joan Picó I Junoy, quien en su libro "El juez y la prueba", hace una interesante investigación histórica sobre el mismo y sobre la forma en que es indebidamente traído, en su criterio, por sus traductores y glosadores. Sobre el tema, se utilizará éste argumento más adelante para construir las conclusiones. Ver: PICÓ I JUNOY, Joan. El juez y la prueba. Barcelona: J.M. Bosch Editora, 2007.

¹⁴¹ CALAMANDREI, Piero. La génesis lógica de la sentencia civil. Citado TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2005. p. 64.

1. INTRODUCCIÓN

El Código Contencioso Administrativo posee tres normas relacionadas con las pruebas de oficio: los artículos 169, 234 y 242, los cuales regulan la forma, oportunidad y requisitos sustanciales para que se decreten las pruebas de oficio dentro del procedimiento ordinario, y especial contencioso administrativo. Estas normas deben ser interpretadas igualmente a la luz del artículo 177 del C.P.C., que consagra la carga de la prueba, en atención a la remisión expresa que trae el Código Contencioso Administrativo en materia de pruebas en el artículo 168, y la remisión genérica a los aspectos no regulados, contenida en el artículo 267 de la misma normativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, el tema de la prueba de oficio (a la luz del debido proceso en general, y del debido proceso probatorio en particular) tiene una íntima relación con los temas del fin del proceso jurisdiccional, dentro del cual se incluyen la relación entre verdad y proceso; la justicia material al interior del proceso jurisdiccional (lo que tiene igualmente relación con la verdad dentro del proceso y la prevalencia del derecho sustancial dentro del proceso -artículo 228 de la C.P. y 4 del C.P.C.-); la igualdad o equilibrio de las partes procesales (lo que incluye las igualdades probatorias), y, en fin, una serie de garantías que deben ser respetadas por el juez dentro del proceso jurisdiccional, para que tal mecanismo de solución racional de los conflictos se surta conforme a todas las garantías constitucionales y, a su vez, cumpla con los fines del Estado.

Resulta entonces sumamente necesario fijar el alcance de la facultad oficiosa consagrada en las normas objeto de análisis, en particular lo relacionado con “... *el esclarecimiento de la verdad...*” (inc. 1, artículo 169 del C.C.A.) y “... *para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda.*” (inc. 2, *ibídem* e inc. 5 del artículo 234 del C.C.A.) y “*aclarar los puntos dudosos de la controversia*” (inc. 3 del artículo 242 del C.C.A. con la modificación introducida por el artículo 106 de la Ley 1395 de 2010), normas que ponen una serie de condiciones materiales para la procedencia del decreto oficioso, de acuerdo a la oportunidad procesal en que se encuentre el proceso.

Así, el problema a tratar y resolver se refleja en los siguientes interrogantes:

- ¿Existen condiciones para el decreto de dichas pruebas, bien sean especiales, o dependientes del estado o etapa en que se encuentre el proceso?

- ¿Es el decreto de pruebas de oficio dentro del proceso contencioso administrativo un deber del juez, o se trata simplemente de una potestad o facultad discrecional?
- ¿Cuáles son las condiciones legales (interpretadas conforme a la Constitución Política) para que el juez entre de manera oficiosa a decretar pruebas de oficio?

Partiremos inicialmente para nuestro análisis de la doctrina existente sobre el tema, tomando los aspectos generales planteados anteriormente: el fin del proceso, la relación verdad–proceso, la justicia material, la prevalencia del derecho sustancial. Posteriormente analizaremos la reglamentación normativa en el Código Contencioso Administrativo y la interpretación dada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual será paralelamente desarrollada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Concluiremos asumiendo la posición del máximo organismo de la jurisdicción contenciosa para, acto seguido, plantear la respuesta a la interpretación conforme a la Constitución Política, fijando por último la posición personal sobre el tema en debate.

2. DEFINICIÓN Y FIN DEL PROCESO JURISDICCIONAL EN GENERAL Y DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN PARTICULAR

En términos generales, podemos definir el proceso jurisdiccional como un mecanismo ideado por las sociedades modernas para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses que se suscitan al interior de un Estado jurídicamente organizado, el cual destina una de las ramas del poder público (por regla general la judicial) para que, de forma autónoma¹⁴², independiente¹⁴³, imparcial¹⁴⁴ e *imparcial*¹⁴⁵ (previo el rito de las formas procesales que garanticen el derecho de contradicción y defensa), solucione racionalmente la controversia con fundamento en la normas jurídicas pre-

¹⁴² Entendemos por autonomía aquella característica esencial del juez de no estar sujeto a jerarquía orgánica alguna, de estar libre de presiones de tipo político, administrativo, social etc.

¹⁴³ Entendemos por independencia el hecho de que el juez no debe estar subordinado a las partes del proceso.

¹⁴⁴ Entendemos por imparcialidad el principio que define al juez como la persona que carece totalmente de interés subjetivo respecto de las pretensiones de las partes en el proceso.

¹⁴⁵ Entendemos por imparcialidad el principio que define al juez como un tercero diferente y ajeno a las partes del proceso, que se haya en un lugar equidistante entre ambas, es decir, que no está situado en posición de parte dentro de la relación jurídico-procesal.

viamente adoptadas por otro de los poderes públicos, por lo general, las ramas legislativa y ejecutiva.

Se comparte así una visión del proceso jurisdiccional como garantía, es decir, entendiendo por *garantismo procesal* la teoría defendida por LUIGI FERRAJOLI, la cual se basa en el establecimiento del proceso como “... *instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas*”¹⁴⁶; visión claramente aplicable al proceso jurisdiccional contencioso administrativo, el cual se caracteriza por siempre encontrar a una entidad pública como parte accionada¹⁴⁷.

Así pues, el proceso es una garantía para limitar tanto el poder en general, como el poder público en particular (para el caso de los procesos contenciosos). Es necesario entonces fijar de qué forma se materializa esta garantía, haciendo énfasis en el aspecto de las pruebas (en función de la verdad al interior del proceso), y en las relaciones de éstas con la justicia de la decisión.

2.1. Las relaciones entre proceso, verdad y justicia: Resultan ser problemáticos desde el punto de vista filosófico los conceptos de verdad¹⁴⁸ y justicia¹⁴⁹. Sin embargo, es importante abordar estos temas cuando se

¹⁴⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: Rasgos principales. En CARBONELL, Miguel (Editor). *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de LUIGI FERRAJOLI*, Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 21. Para el profundizar sobre el tema ver: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2002; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2002; FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001, entre otros. Sobre una visión garantista del proceso, BENABENTOS, Omar Abel, et. al. *Teoría Unitaria y Garantista del Derecho Procesal*. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica Dike y Universidad Pontificia Bolivariana, 2003.

¹⁴⁷ Sobre este punto, ver el capítulo I, Objeto de la jurisdicción contencioso administrativa.

¹⁴⁸ Sobre la relación entre verdad y proceso, ver: FURNO, Carlo. *Verdad y Proceso*. Bogotá: Editorial Leyer, 2008. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. FERRER BELTRÁN, Jordi. *PRUEBA Y VERDAD EN EL DERECHO*. Madrid: MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. 2005. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. 2007. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Madrid: MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. 2004.

¹⁴⁹ Sobre este punto, puede consultarse el siguiente artículo: ALZATE RÍOS, Luis Carlos. *MEDITACIONES IUS-FILOSÓFICAS SOBRE LA JUSTICIA, EL DERECHO Y EL ESTADO*. En: *REVISTA INCISO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS* Universidad La Gran Colombia. Año 2006, no. 08. p. 33 a 40. Igualmente, resulta ilustrativa el siguiente texto: *¿QUÉ ES LA JUSTICIA?* 1953. Hans Kelsen. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. México D.F: Editorial Distribuciones Fontanamara S.A., 1998. Sobre una teoría contemporánea de la justicia, ver: RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

habla del proceso y de la prueba, dado que poseen con ellos una íntima conexión, la que no ha sido desconocida por los estudiosos de los fenómenos jurídicos en general y procesales en particular.

Por más obvio que parezca, diremos acá que, desde un punto de vista racional, la decisión jurisdiccional basada en hechos falsos resulta inaceptable, pues tal sustento le resta legitimidad y la postula como claramente injusta.

Para ahondar en lo anterior, desarrollaremos en primer lugar el concepto general de verdad con relación al proceso para, acto seguido, pasar a la relación entre proceso y justicia.

2.1.1. La relación proceso – verdad: Antes de entrar en esta relación, es importante fijar el alcance que se le dará al concepto de verdad, el cual resulta ser un concepto filosóficamente problemático que tiene conexión directa con el conocimiento humano.

Existen varias acepciones desde el punto de vista filosófico de lo que es la verdad. Tomaremos la verdad (para efectos del presente escrito) como concepto semántico, de conformidad con la teoría expuesta por ALFRED TARSKI¹⁵⁰. Según este autor:

“Nos gustaría que nuestra definición hiciera justicia a las intuiciones que se desprenden de la concepción aristotélica clásica de verdad - intuiciones que quedan reflejadas en las conocidas palabras de Aristóteles en su obra Metafísica:

Decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso y decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero.

Si queremos adaptarnos a la terminología filosófica moderna, quizá podríamos expresar esta concepción mediante la conocida fórmula: La verdad de una oración consiste en su adecuación (o correspondencia) con la realidad.

(Para una teoría de la verdad que tiene que basarse en la última formulación se ha sugerido el término “teoría de la correspondencia”.)

¹⁵⁰ TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica. (En línea) A parte Rei, Revista de Filosofía, 6 (1999). (Consultada el 20 de abril de 2010). Disponible en Internet: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/index.html>

Si, por otro lado, decidiéramos extender el uso popular del término “designar” y aplicarlo no sólo a los nombres, sino también a las oraciones, y si acordáramos hablar de las designaciones de las oraciones como “estados de hecho”, podríamos utilizar posiblemente para el mismo propósito la siguiente frase:

Una oración es verdadera si designa un estado de hecho existente¹⁵¹.

Sin embargo, todas estas formulaciones pueden dar lugar a malentendidos, y ninguna de ellas es suficientemente clara y precisa (si bien hay que decir que esta objeción es menos achacable a la formulación original aristotélica que a cualquiera de las otras; de cualquier forma, ninguna de ellas constituye una definición satisfactoria de verdad. Tenemos, por lo tanto, que buscar una expresión más precisa de nuestras intuiciones.¹⁵²) (La nota a pie de página No. 12 es del original pero con otra numeración)

Tendremos en cuenta el concepto de *verdad* como correspondencia, desechando las posiciones escépticas o las definiciones metafísicas que la plantean como algo inalcanzable. Partiremos de la base de que la realidad es apreciable por medio del conocimiento humano, y para efectos del proceso, a través de los medios de prueba, por lo que allí puede lograrse cierta verdad relativa con relación a lo que históricamente sucedió.

Se colige entonces que el proceso busca (a través de unos medios y unas etapas limitadas en el tiempo) acercarse lo más posible a la realidad, para con fundamento es ésta, tomar la decisión de fondo que solicitan las partes. En consecuencia, el problema de la verdad dentro del proceso no es en realidad un problema filosófico sino un práctico, dado que las limitantes temporales, económicas, legales y humanas (propias del proceso) hacen que ése acercamiento a la verdad sea realmente restringido.

En palabras de FURNO, la verdad en el Derecho es un problema práctico. Jurídico – procesalmente tiene relación directa con el fin del proceso, es decir, existe entre verdad y proceso una relación técnico funcional de medio a fin. La verdad sirve al proceso en tanto ésta lo hace conseguir o mate-

¹⁵¹ Véase la formulación aristotélica en Aristóteles, *Metafísica G*, 727. Las otras dos formulaciones son corrientes en la literatura, pero desconozco quién las formuló. Se puede encontrar una discusión crítica de las distintas concepciones del concepto de verdad en: Kotarbinski, *Elementy teorii poznania* (disponible sólo en polaco) págs. 123 y ss.; y Russell, *An Inquiry into Meaning and Truth*, págs. 362 y ss.

¹⁵² TARSKI, Alfred. Op. Cit. p. 3.

rializar su fin. La verdad no es en sí el fin del proceso, aunque es deseable para adoptar una decisión que corresponda con la realidad histórica¹⁵³.

Con relación al Derecho objetivo, éste por lo general se encuentra sometido al principio *iura novit curia*¹⁵⁴, sin embargo, su verdad se puede discutir (pero solamente con relación a la autoridad que representa quién dice el Derecho), dado que la definición de éste (en el caso concreto) depende totalmente de un criterio político de autoridad al interior del Estado, puesto que la verdad referente a la interpretación de la ley es un fenómeno que se halla íntimamente ligado con la jerarquía que legalmente se le otorgue a la autoridad judicial que pronuncia el Derecho¹⁵⁵, enunciación ésta que se hace simplemente a título explicativo, ya que el objeto de presente texto es la verdad probatoria relacionada con los hechos, no con el Derecho.

Teniendo en cuenta las limitantes del proceso (en especial las de tipo legal, como el debido proceso), existen claros obstáculos para acceder a la certeza histórica buscada, pues si ésta se obtiene en violación del debido proceso en general, carece de validez jurídico procesal. Tenemos entonces que el fenómeno de la verdad al interior del proceso no puede abordarse desde un punto de vista netamente epistemológico, sino que debe estar claramente delimitado por las fronteras jurídicas propias del proceso jurisdiccional.

Así pues, la verdad ingresa al proceso, pero lo hace por vías estrechas y peligrosas. Por un lado son en principio las partes las que proponen el tema y el objeto de la prueba a través de los hechos introducidos como fundamentos de sus pretensiones o de sus excepciones, es decir, son allegadas por personas que poseen claros intereses contrapuestos con relación al tema en discusión; y por otro, las vías para que ingrese el proceso son limitadas por los términos procesales (especialmente los de la etapa de práctica de la prueba), al igual que por factores inherentes a los mismos medios de prueba, como las reglas de solicitud, decreto, práctica y valoración de la misma. Por lo anterior, el juez nunca tendrá conocimiento directo de los hechos o enunciados fácticos de las partes, pues

¹⁵³ FURNO, Carlo. Verdad y Proceso. Bogotá: Leyer, 2008. p. 10 y 11.

¹⁵⁴ Sobre este punto, ver el capítulo II, el paradigma de la justicia rogada para el estudio de la legalidad de los actos administrativos.

¹⁵⁵ Sobre el tema de la verdad en el derecho objetivo, puede consultarse a DWORKIN. Ronald. Los derechos en serio, Barcelona: Editorial Ariel, 2003. Igualmente puede verse su conferencia pronunciada por éste autor durante la Bienal de Jurisprudencia de la Biblioteca del Congreso de los E.E.U.U., sobre el tema: "Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History", en el siguiente link: http://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk&feature=player_embedded consultado el 1 de julio de 2010.

siempre tendrá una versión reconstruida históricamente con ayuda de los medios idóneos para ello: las pruebas.

Por todo lo anterior podemos concluir que el proceso busca la verdad como correspondencia con la realidad, pero no es éste su fin último, ya que, en ocasiones, por los mismos límites de la herramienta procesal, se cumple con el fin de obtener una decisión de fondo sin obtener la *verdad real*. Sin embargo, y no obstante lo dicho con antelación, La verdad en el proceso siempre está presente (así sea una simple verdad formal basada en las mismas reglas procesales), por ejemplo en la regla de la carga de la prueba, en la presunción de inocencia, entre otras. Es deseable que el proceso se acerque lo más posible a la verdad histórica o real, pero sin que ésta sea el fin último del mismo.

2.1.2. La relación proceso–justicia: En un Estado de Social de Derecho, en donde la acción de todas las autoridades públicas deben tender por la búsqueda y consecución de los fines del Estado y la materialización de los valores y principios que inspiran el actuar público, la justicia debe ser un valor por el que todas las autoridades deben propender. Las decisiones jurisdiccionales no sólo deben basarse únicamente en el derecho objetivo vigente, sino que la aplicación de éste al caso concreto debe estar basada en la verdad histórica. Por lo tanto, el deseo de justicia se satisface en el momento en que la decisión se acerca a la *verdad* (como correspondencia).

Consecuentemente, la obtención de la verdad real en el proceso hace que dentro de éste se materialice la justicia como el valor supremo que debe buscar el actuar de las entidades públicas.

2.2. El proceso contencioso administrativo: La especialización de la función jurisdiccional de lo contencioso administrativo ha tenido históricamente su fundamento en el hecho de que el litigio de Derecho público es, esencialmente, y por la naturaleza de los intereses en conflicto, diferente del litigio *ius* privado.

En el proceso contencioso administrativo encontramos siempre la presencia de una entidad pública que, en ejercicio de la autoridad estatal (en cualquiera de sus ámbitos), afecta los derechos de otra persona pública o privada.

En efecto, en el litigio administrativo encontramos siempre involucrado los intereses del Estado, los cuales son generales y afectan tanto a los

integrantes de la sociedad, como al patrimonio público, casi siempre representado en un particular que ve vulnerados sus derechos legales o constitucionales por el ejercicio de la autoridad administrativa. Quien detenta el poder tiende por lo general a abusar de él, por tal razón hay que introducir un control externo, imparcial e independiente, justamente el control que para tales efectos es ejercido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante la anterior diferenciación, el proceso contencioso administrativo busca adoptar una decisión de fondo alrededor de un litigio de contenido especial, siendo igualmente deseable que dicha decisión se base en la verdad y la justicia. Son en consecuencia predicables del proceso contencioso administrativo las anteriores descripciones sobre el proceso general.

3. LAS NORMAS ESPECIALES QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como ya se indicó en la introducción del capítulo, las pruebas de oficio dentro del proceso contencioso administrativo las encontramos reguladas en los artículos 169, 234 y 242 del C.C.A., la primera de ellas relacionada con el procedimiento ordinario y la segunda y tercera con el especial de nulidad electoral. Aun con redacciones diferentes, las mencionadas normas contienen una interpretación similar, dado que, de acuerdo a la etapa procesal en que vaya la actuación, existe o total libertad de decreto de pruebas de oficio, o una libertad regulada. A continuación fragmentaremos de manera simultánea el contenido de las mencionadas normas.

De la lectura integral de los artículos 169, 234 y 242 *ejusdem*, podemos inferir que existen dos momentos procesales (sustancialmente diferentes) en los que el juez contencioso administrativo puede decretar pruebas de oficio. Estos momentos son:

- Cuando nos encontramos en la etapa de decreto de pruebas, es decir, una vez vencido el término de fijación en lista, tanto en el proceso ordinario como en el especial. En este momento procesal, como se puede desprender del texto mismo de las normas, el juez tiene total libertad de entrar a decretar pruebas de oficio, haciendo enfático el artículo 169 al decir que estas son las “(...) *que considere necesario para el esclarecimiento de la verdad*”. Sin embargo, igual libertad consagra el artículo 234 al regular que las pruebas de

las partes se decretarán “(...) *junto con las que de oficio ordene el ponente (...)*”.

Ambas normas son claras en determinar que en esta etapa procesal no existe ningún límite para el juez o magistrado, dado que es la voluntad de éstos la que prima para establecer si se decreta alguna prueba, (independientemente de a quién favorezca), siempre y cuando lo que se busque sea esclarecer la verdad al interior del proceso.

Se concluye así que el decreto de pruebas en el proceso contencioso administrativo es un momento procesal crucial en donde el juez o magistrado debe tener claro tanto la teoría del caso del demandante como la del demandado, sólo así podrá inferir de ellas las estrategias de ataque y defensa de ambas partes, y entrar en consecuencia a determinar qué pruebas son necesarias para esclarecer la verdad real o histórica que las partes tratan de monopolizar a la hora de construirla al interior del proceso.

- Ambas normas poseen una redacción igual en esta segunda parte, tornándose más exigente la interpretación para el juez o magistrado. Es importante aclarar que en el inciso final de las normas en comento nos encontramos en una etapa avanzada del proceso, es decir, el mismo ya se encuentra sustanciado y está en la etapa de decisión. En estos casos, el director del proceso sólo puede disponer la práctica de pruebas de acuerdo al texto mismo de las normas “... *para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda.*”, esto es, ya no hay una total libertad probatoria para buscar y obtener la verdad a toda costa, sino que las pruebas han de estar determinadas para despejar la oscuridad o las dudas que surjan (en el espíritu del fallador) de las pruebas practicadas en la etapa procesal oportuna.

Sí analizamos juiciosamente lo anterior, es en esta etapa cuando ya existen un cúmulo de elementos probatorios debidamente practicados y cuando empiezan a nacer (en la conciencia de quién los valora) una serie de inquietudes que, por las mismas limitaciones del proceso, hacen que se llegue sólo a una verdad imperfecta, a una aproximación a la realidad. Tal es la justificación para que exista la posibilidad de no adoptar (así, sin más) la decisión de fondo sin antes adicionar de oficio las pruebas que se estimen pertinentes para llegar a un fallo más acoplado a la realidad histórica y, por ende, a la justicia.

De lo anterior podemos colegir la respuesta al primero de los interrogantes planteados en la introducción, dado que la prueba de oficio es libre si se decreta junto con las pruebas de las partes, pero es restringida a los puntos oscuros o dudosos si se pretende decretar antes del momento de fallar, por lo que las exigencias o condiciones para el decreto de pruebas de oficio se cualifican de conformidad con la etapa en que se encuentre el proceso.

Sobre este punto, en especial el relacionado con las pruebas de oficio al momento de fallar y su cualificación, se justifica esta última en la carga de la prueba, regulada por el artículo 177 del C.P.C., norma plenamente aplicable al proceso contencioso administrativo por la expresa remisión del artículo 168 del C.C.A. Dicha norma es clara en imponer la carga de probar el supuesto de hecho de la norma a quien pretenda que se le apliquen los efectos jurídicos consagrados en la misma.

En consecuencia, la mencionada carga debe cumplirse acorde con el debido proceso, es decir, las pruebas deben solicitarse por las partes dentro de los momentos procesales oportunos (de acuerdo al proceso contencioso administrativo), ya que las oportunidades probatorias se encuentran limitadas (para la parte demandante) a la demanda, su corrección o aclaración, y en el término de traslado de las excepciones de fondo¹⁵⁶ (artículos 137 numeral 5 y 208 del C.C.A.); y para la parte demandada a la contestación o dentro del término de fijación en lista (artículo 144 del C.C.A.). Las pruebas deben decretarse una vez vencido el término de fijación en lista (artículos 169 y 234 del C.C.A.), y deben practicarse dentro de los plazos legales (artículos 209 y 234 *ibídem*). Si no se corre con la carga dentro de estas oportunidades, en aplicación de la carga de la prueba, técnico-procesalmente no queda otro camino que la negativa de la pretensión, o la declaratoria de *no probada* de la excepción.

Una vez realizada la anterior aclaración frente a la carga de la prueba, tema sobre el que se volverá más adelante, pasemos a analizar el alcance que la jurisprudencia contenciosa ha dado a las pruebas de oficio, en especial al momento de estar el negocio a despacho para sentencia, es decir, cómo interpreta el máximo organismo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la frase ya comentada del decreto de pruebas *para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda*.

¹⁵⁶ Como se puede observar en el capítulo IV de esta obra, el traslado de las excepciones de fondo, dentro de procedimiento ordinario contencioso administrativo, no es un tema pacífico al interior de la jurisprudencia, la doctrina y la aplicación procesal práctica.

4. LAS PRUEBAS DE OFICIO EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA Y CONSTITUCIONAL

Es necesario distinguir en primer lugar que, analizada la jurisprudencia contenciosa relacionada con el tema de la prueba de oficio, existen varios temas o problemas jurídicos que pueden desprenderse del mismo. Estos son:

- ¿Es el decreto de prueba de oficio un deber o una facultad discrecional de juez?
- ¿Ante la inactividad probatoria de una de las partes, debe el juez intervenir? ¿Es su intervención un deber? O, por el contrario ¿debe abstenerse de actuar y soportar en la carga de la prueba su decisión a fin de evitar la violación de la igualdad probatoria de las partes?
- ¿Debe respetar el juez la equidistancia con las partes en el tema de la prueba de oficio y, en todo caso, abstenerse de inclinar la balanza hacia una de ellas al momento de ponderar la necesidad de decretar pruebas de oficio?
- ¿Se rige el proceso contencioso administrativo en materia probatoria por el principio dispositivo? ¿Acaso por el inquisitivo?

Para dar respuesta a lo anterior, clasificaremos de la siguiente forma las providencias encontradas sobre el tema.

4.1. LA PRUEBA DE OFICIO COMO FACULTAD DISCRECIONAL: El primer grupo interpreta la prueba de oficio como una potestad o facultad discrecional del juez, limitando su actividad sólo a lo que define la norma como puntos *oscuros o dudosos*, sin que este tipo de pruebas lleguen a suplir la inactividad probatoria de una de las partes. Se le da así prevalencia a la igualdad probatoria de las partes y a la forma procesal, que califican como garantía, la cual se vería afectada con las pruebas que pretendan suplir la inactividad de una de las partes. Tal es la razón por la cual clasifican el proceso contencioso administrativo como de corte *dispositivo* o *acusatorio*, un proceso de *partes* en materia probatoria.

En este grupo encontramos la mayoría de providencias del Consejo de Estado sobre el tema; se trata de una posición predominante y casi unifor-

me. Dentro de este grupo encontramos las siguientes providencias (se hará la correspondiente cita del argumento fundamental y de las consideradas más relevantes sobre el tema):

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA. Sentencia del 21 de enero 1987. Radicación número: 4993. Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE ARMENIA "TELEARMENIA".
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA. Sentencia de 5 de octubre de 1994. Radicación número: 1112. Actor: VICTOR RAÚL APONTE MONROY. Demandado: REPRESENTANTE A LA CAMARA POR EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Sentencia del 13 de marzo de 1997. Radicación número: 1562. Actor: JAIME ALBERTO RAMÍREZ JARAMILLO Y OTRO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Radicación número: 4729. Actor: JOSÉ JESÚS LAVERDE OSPINA. Demandado: GOBERNADOR DEL QUINDÍO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA. Sentencia del 14 de diciembre de 2001. Radicación número: 44001-23-31-000-2000-0812-01(2747). Actor: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR. Demandado: CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE RIOHACHA.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: DARIO QUIÑONES PINILLA. Sentencia del 1 de septiembre de 2005. Radicación número: 20001-23-31-000-2004-00350-01(3566). Actor: EDISON DUARTE RAMOS. Demandado: CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE AGUACHICA.

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Auto del 11 de mayo de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00924-01(24162). Actor: CONSORCIO SUMAPAZ. Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 16188. Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ¹⁵⁷.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 24 de enero de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02398-01(32004). Actor: INECONTE S.A. Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS. Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL - RECURSO DE SÚPLICA.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia del 24 de enero de 2007. Radicación número: 25000-23-26-000-1991-07664-01(14287). Actor: JAIRO ARTURO CÁRDENAS AVELLANEDA. Demandado: TELECOM.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON. Sentencia del 1 de marzo de 2007. Radicación número: 54001-23-31-000-2006-01349-01(PI). Actor: WILLIAM BAUTISTA ÁLVAREZ. Demandado: VICENTE GARCÍA GRANADOS.

¹⁵⁷ "Acerca de este punto, aclara la Sala que en procesos contenciosos o controversiales como el presente, el juez no puede adoptar decisiones que no estén fundadas en las pruebas debidamente allegadas al proceso, ni le corresponde descargar a las partes de sus deberes probatorios, puesto que se incurriría en una violación flagrante de los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, así como también se estarían vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del interviniente que resulte afectado.

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

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera ponente: MARÍA NOHEMI HERNÁNDEZ PINZÓN. Auto del 16 de mayo de 2007. Radicación numero: 11001-03-28-000-2006-00062-00(3996). Actor: JOSÉ ANTONIO QUINTERO JAIMES. Demandado: REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR EL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ. Sentencia del 8 de mayo de 2008. Radicación numero: 76001-23-31-000-2001-03541-01(15613). Actor: SUPER 7 S.A. Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Auto del 3 de junio de 2009. Consejera Ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN. Expediente No: 110010328000200900005-00. Demandante: K á r o l Mauricio Martínez Rodríguez. Demandado: Rector Universidad Surcolombiana.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Auto del 9 de julio de 2009. Radicación número: 11001-03-27-000-2008-00022-00 (17301-17377). Actor: JAVIER HERNANDO MUÑOZ SEGOVIA. Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 3 de febrero de 2010. Radicación No.: 70001233100019969558201. Expediente: 17.636. Actor: William Guillermo Villanueva y otros. Demandado: Instituto Nacional de Vías “INVIAS” y otros.

De esta última providencia me permito citar el siguiente aparte (de gran relevancia para el tema en debate):

“No supone lo anterior, contrario a lo precisado en diversas ocasiones por la Corte Constitucional¹⁵⁸, un evento de exceso ritual mani-

¹⁵⁸ Sobre el particular, se pueden consultar las sentencias T-264 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, y T-599 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao.

fiesto¹⁵⁹, sino el cumplimiento riguroso de los requisitos legales y sustanciales que integran el proceso de responsabilidad patrimonial; una postura diversa supondría llevar al traste con las exigencias, deberes y cargas procesales que supone un juicio de naturaleza contenciosa. En efecto, el juez no es el llamado a probar los supuestos de hecho en que fundamenta el demandante sus pretensiones o el demandado sus excepciones, salvo ciertas excepciones en que se permiten aligeramientos probatorios; una intervención velada del juez en ese sentido implicaría, en la mayoría de los casos, el favorecimiento a uno de los sujetos procesales, circunstancia que deviene inaceptable. En efecto, el juez está llamado e impelido por los principios, valores y derechos constitucionales a la búsqueda de la verdad, circunstancia que supone un ejercicio serio y juicioso de las facultades probatorias de oficio, así como en el esclarecimiento de puntos oscuros o dudosos a través de los autos de mejor proveer, sin que esas potestades se puedan traducir en una patente de corso para que, por sí mismo, sea quien integre el acervo probatorio y estructure los supuestos fácticos dentro del proceso, todo lo cual iría en clara contradicción del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia contencioso administrativa en virtud del artículo 267 del C.C.A.

En esa línea de pensamiento, destaca la Sala, que la defensa acérrima de la verdad material en el proceso, como manifestación del

¹⁵⁹ "El defecto procedimental en las providencias judiciales, incorpora dos tipos de garantías constitucionales, el derecho al debido proceso y el derecho al acceso a la administración de justicia. En relación con el primer derecho se produce un defecto procedimental de carácter absoluto cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso ajeno al autorizado o porque omite una etapa sustancial de éste. En relación con el derecho de acceso a la administración de justicia el defecto se produce, cuando por un exceso ritual manifiesto se entraba este acceso, es decir, cuando "un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia."

"(...) De la lectura de los hechos, se infiere que el Tribunal Administrativo del Huila tenía el deber de preservar el principio de igualdad en consideración a la sentencia que esta Corporación profirió en segunda instancia y como órgano de cierre el 23 de mayo de 2008, lo cual ha debido motivarlo a hacer uso de sus facultades inquisitivas, con el fin de decretar el recaudo del oficio No. 1015 de 1999 o en su defecto obtener el reconocimiento de su contenido a través de testimonios de los suscribientes e incluso revisar la posibilidad de efectuar el traslado de la prueba del expediente del señor Herrera al expediente de la señora Cavidez en los términos del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, en consideración a que la parte contra la cual se aduce dicha prueba: Nación - Policía Nacional, fue parte en los dos procesos por la misma causa.

"(...) En el caso concreto la omisión en la práctica (sic) de esta prueba se traduce en un claro exceso ritual manifiesto que lesiona de bulto los preceptos constitucionales que garantizan el acceso a la justicia y la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales. La no prevalencia del derecho sustancial, como falta de compromiso por la búsqueda de la verdad en el proceso, se traduce en una denegación de justicia que favorece fallos inocuos que desconocen la realidad, al tiempo que anega la confianza legítima de los particulares en quienes administran justicia al cambiar de manera injustificada e inesperada su posición frente a una caso idéntico en un limitado espacio de días." Sentencia T-599 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao.

derecho - principio de acceso efectivo a la administración de justicia, en los términos avalados por la jurisprudencia constitucional, puede transgredir, de paso, otros derechos de rango igualmente constitucional y fundamental, como lo son el de igualdad de las partes en del proceso –que supone bilateralidad y contradicción, es decir, que el juez sea equilibrado y no favorezca a ninguno de los litigantes en las oportunidades, recursos, y en la posibilidad de pedir y controvertir las pruebas dentro de la actuación judicial–, así como el debido proceso y el derecho de defensa de la parte respecto de la que se oponen, de manera sorpresiva, las medidas inquisitivas a que hace referencia el Tribunal Constitucional.” (Las notas a pie de página incluidas en la cita con del original pero con numeración diferente)

Es importante resaltar los siguientes puntos de las anteriores providencias, todos extractados de la argumentación en ellas contenidas para fundamentar la presente posición expuesta en torno al tema general de la prueba de oficio por parte del juez de lo contencioso administrativo:

- La prueba de oficio es una potestad o facultad (limitada) que puede serle útil al juez (cuando el proceso se encuentra a despacho para sentencia), a la hora de esclarecer *puntos oscuros o dudosos*.
- Cabe resaltar que las pruebas de oficio no tienen como fin suplir la inactividad probatoria de una de las partes, pues, de hacerse esto, se vulneraría en términos generales el derecho a la igualdad por parte del juez, o (en términos procesales) la igualdad de las partes dentro del proceso.
- Teniendo en cuenta lo anterior, el proceso contencioso administrativo se inspira (desde el punto de vista probatorio) en el principio dispositivo o acusatorio, dado que en él la actividad probatoria se deja en manos de las partes, y cada una debe soportar la carga de la prueba del supuesto de hecho de las normas de las cuales pretende derivar la consecuencia jurídica pretendida o excepcionada.
- *Puntos oscuros o dudosos* de la contienda son aquellos que, por una parte, impiden al juez pronunciarse de fondo, es decir, sólo puede el juez decretar una prueba de oficio cuando no se estructuran en el proceso los presupuestos procesales para la sentencia de fondo o mérito (y siempre y cuando pueda, a través de su actividad probatoria, suplir tal falencia); y por otra, puntos en donde el juez, por las características mismas de la prueba, no se encuentre en capacidad

de valorar debidamente la misma, es decir, por ejemplo nos encontremos en presencia de una prueba técnica o científica que no tenga la claridad deseada, por lo que puede solicitarse las aclaraciones necesarias de oficio para darle la posterior valoración adecuada.

- Miremos lo que, según la doctrina nacional tradicional sobre el tema, debe entenderse *por puntos oscuros o dudosos de la contienda*:

“En el primer lugar, cabe mencionar que los aludidos autos no constituyen un deber ni una obligación probatoria para el juzgador, sino que se decreto está al prudente arbitrio, como decisión potestativa que es, del juzgado, tribunal o Consejo de Estado y con el único fin de aclarar puntos oscuros o dudosos de la contienda,

Quiere decir lo precedente, no sólo que estos organismos pueden dictarlo o no, (sin que su decisión negativa sea obstáculo para la aplicación del principio de la carga de la prueba) sino que si decreto busca completar el acervo probatorio, pero nunca producirlo en su integridad. Es más lógico que la oscuridad o la duda sobre la existencia de los hechos nazca de la deficiente certeza que arrojan las pruebas incompletas que obran dentro del proceso pero no de su ausencia. En este último extremo no cabe hablar de cierto grado de certeza, sino de carencia de la misma.”¹⁶⁰

Como puede observarse, para la posición mayoritaria, y la que podríamos llamar la *línea predominante* en el interior del Consejo de Estado (dado que nos encontramos con sentencias de todos los tiempos y de todas las secciones), se le deben poner límites a las pruebas de oficio, quizás para beneficiar los intereses de la parte demandada, por lo general pública, y de contera los intereses del Estado o el erario, dado que de la forma como se encuentra distribuida en la actualidad la carga de la prueba (artículo 177 del C.P.C., norma aplicable al proceso contencioso administrativo por expresa remisión del artículo 168 del C.C.A.), ésta se encuentra en cabeza del actor, pretendiente o excepcionante¹⁶¹, pero que, por lo general, se soporta de manera más asidua en cabeza de quien pretende, dado que si éste no prueba, se hace innecesario estudiar las excepciones, teniendo así que la carga de la prueba lo vencerá antes que las excepciones propuestas.

¹⁶⁰ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Medellín: Señal Editores, 2009. p. 396. Apoya la interpretación de la discrecionalidad de la decisión de decretar pruebas de oficio estando el proceso para fallo, GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. Bogotá: Universidad Santo Tomas, Grupo Editorial Ibáñez, 2008. p. 477.

¹⁶¹ Como lo dijimos con anterioridad en esta obra, "reus, in excipiendo, fit actor", es decir, el demandado que excepciona, finge ser actor.

4.2. POSICIÓN GARANTISTA DEL PROCESO: Un segundo grupo de sentencias que podríamos llamar garantistas, propugnan por la prueba de oficio como un deber del juez para la búsqueda de la verdad real, para satisfacer la justicia material, es decir, ponen en primer término estos valores de verdad y justicia por sobre la igualdad probatoria de las partes y los formalismos procesales, razón por la cual clasifican el proceso contencioso administrativo como de *corte inquisitivo* en materia probatoria.

Entre de este grupo encontramos las siguientes providencias del Consejo de Estado:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 1 de febrero de 2000. Radicación número: AC-7974. Actor: MANUEL ALBERTO TORRES OSPINA. Demandado: HUMBERTO PAVA CAMELO¹⁶².
- CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: GERMÁN AYALA MANTILLA. Sentencia del 5 de febrero del 2001. Radicación número: AC-10528 Y AC-10967. Actor: JORGE IVÁN MANZANO QUINTERO, PABLO Y MYRIAM BUSTOS SÁNCHEZ. Demandado: JUAN IGNACIO CASTRILLÓN ROLDÁN¹⁶³.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA. Sentencia de 16 de noviembre de 2001.

¹⁶² "Si el decreto de pruebas de oficio no se discute en los procesos en los cuales sólo entran en juego los intereses particulares de los demandantes, mucho menos puede serlo cuando se trata de asuntos que involucran el interés general. En consecuencia, la Sala sí estaba facultada para decretar pruebas de oficio.

Ahora bien, en el caso concreto las pruebas podían ser decretadas al final de la audiencia, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 169 del C.C.A. en la oportunidad procesal de decidir se "podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda", norma esta que resulta aplicable en este procedimiento por mandato del artículo 8 de la ley 153 de 1887 que establece el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico, según el cual no hay lagunas o vacíos insalvables toda vez que cuando no existe ley exactamente aplicable al caso, el juez está obligado a aplicar la ley que regula casos o materias semejantes.

El punto siguiente que debe ser resuelto es si la prueba ordenada tuvo por fin esclarecer puntos "oscuros o dudosos de la contienda" o se trató de acreditar hechos nuevos, ajenos al proceso."

¹⁶³ "Así, pues, el Juez como director del proceso, puede apartarse de los conceptos presentados por el demandante, pues tiene el deber en todos los casos de esclarecer la verdad real, sin que tal posición desconozca la congruencia de la sentencia."

Radicación número: 20001-23-31-000-1999-0257-01(6587). Actor: JOSÉ FRANCISCO MEJÍA MORÓN¹⁶⁴.

De estas providencias, las dos primeras son expedidas dentro de procesos en ejercicio de acciones constitucionales públicas, como lo es la acción de pérdida de la investidura, por lo que, al no existir en estos procesos partes en sentido material¹⁶⁵ (que se encuentren defendiendo intereses propios, pues en estos existe es intereses generales o sociales en discusión), el Consejo de Estado se da mucha más libertad en el campo de las pruebas de oficio.

La última de las decisiones enunciada se dicta dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, pero resulta ser, en estricto sentido, una posición aislada de esta corporación, como se puede observar al compararla con las providencias estudiadas en el numeral anterior.

Por otra parte, resultan ser de gran relevancia las siguientes providencias de la Corte Constitucional, ya que tratan de forma expresa las inquietudes aquí planteadas y las responden con la tendencia que se analiza en este numeral, dando prevalencia al derecho sustancial, a la verdad real y a la justicia material; considerando el proceso contencioso como de corte *inquisitivo* en materia de prueba de oficio, y ésta (la prueba de oficio), no como una facultad, sino como un deber del juez para materializar el derecho al acceso a la administración de justicia de forma real y efectiva (y no

¹⁶⁴ "En cuanto al fundamento de la providencia del Tribunal a quo, la Sala observa que si bien es cierto que la carga de la prueba o la "... carga procesal es una situación jurídica, instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él." ; también lo es que los artículos 37, numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en materia contencioso administrativa por mandato expreso del artículo 267 del C.C.A., muestran que la actuación del juez en el campo de la prueba debe tener presente el principio inquisitivo, el cual le impone a dicho funcionario el deber de esclarecer oficiosamente la realidad fáctica en litigio, para garantizar de esa manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas en forma justa. Resulta así que el cometido del juez no puede quedarse en la simple aplicación de las leyes ante un material probatorio dado, sin posibilidad alguna, motu proprio, de adelantar inquisiciones propias que lo lleven a formar su conciencia y a adquirir el grado de convicción necesario para desatar el litigio planteado.

El juez tiene, pues, la misma iniciativa, o incluso una más amplia, frente al debate probatorio que la propia de los extremos en litigio, pues a él no lo mueven intereses privados, como a las partes, sino uno público, de mayor jerarquía, cual es la realización de la justicia, como fin esencial del Estado."

¹⁶⁵ El sujeto del derecho sustancial que se discute. En los procesos en ejercicio de acciones públicas, no existe en realidad derecho sustancial de titularidad de la parte demandante que se discuta. En este sentido se puede consultar a: DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Bogotá: ABC, 1981. Tomo I, p. 333. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000, p. 325 y 326.

meramente formal), pero sin llegar al extremo de imponer al juez la carga probatoria, que por regla general, sigue en cabeza de las partes:

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera de Revisión. SENTENCIA T - 599 – 2009. Referencia: Expediente T-2271680. Peticionario: Beatriz Caviedes. Demandado: Tribunal Administrativo del Huila - Sala Cuarta de Decisión. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia del 28 de agosto de 2009¹⁶⁶.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Segunda de Revisión. SENTENCIA T - 654 – 2009. Referencia: Referencia: expediente T-2271638. Acción de tutela interpuesta por Espedito Manuel Duque Cuadrado contra el Juzgado Tercero Administrativo de Montería y la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba. Magistrada Ponente: Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Sentencia del 17 de septiembre de 2009¹⁶⁷.

¹⁶⁶ "De esta manera si bien en principio la carga de la prueba instituida por la ley corresponde al sujeto que tiene interés en ella, también lo es, que una interpretación sistemática de los artículos del Código Contencioso Administrativo y del Código de Procedimiento Civil al cual remite expresamente el estatuto contencioso a través del artículo 267, informa que el juez contencioso no debe desatender el deber de esclarecer oficiosamente la realidad fáctica del litigio.

...

De todas formas, aunque la facultad oficiosa del juez administrativo para decretar pruebas sirve como medio de búsqueda de la verdad real y esclarecimiento de los hechos, no se puede pretender que se haga uso de éste poder para suplir una exacerbada negligencia de los apoderados respecto de los medios probatorios. Lo anterior quiere decir, que no se puede esperar que el juez administrativo decrete pruebas de oficio que pretendan dar cuenta de hechos que las partes no han tenido diligencia en demostrar por otros medios; la prueba de oficio se justifica cuando ella es apta para otorgar al juez certeza respecto de hechos que a pesar de estar insinuados a través de otros medios de prueba no han ofrecido el grado de convicción requerido."

¹⁶⁷ "Esta condición se suma a otra, y es que el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 234 preceptúa, singularmente para el proceso electoral, que "[l]as pruebas que las partes soliciten se decretarán junto con las que de oficio ordene el ponente mediante auto que se debe proferir el día siguiente al del vencimiento del término de fijación en lista". De modo que la propia ley le confiere al juez el poder de decretar pruebas de oficio. Pero, además, esta disposición está complementada por otra, contenida en el inciso quinto del mismo artículo, que faculta al juez, en cualquiera de las instancias, para disponer hasta antes de decidir, "que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda". Por lo demás, en cualquier clase de proceso contencioso y en cualquier instancia, de acuerdo con la Ley, el juez puede "decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad" (art. 169, C.C.A.).

Estas normas, según la interpretación de la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, no expresan una obligación judicial, sino una facultad que el juez puede ejercer libre y discrecionalmente "sólo cuando lo crea pertinente y a fin de esclarecer puntos oscuros o dudosos". Pero esa interpretación está débilmente soportada. A lo sumo, podría deducirse de una lectura fragmentaria del texto legal, pero apartada en todo caso de la Constitución. Pues es cierto que el juez tiene una autonomía para decidir cuándo existen puntos oscuros o dudosos. Sin embargo, si hay puntos oscuros o dudosos en un caso, él está obligado a decretar pruebas de oficio. Pero, aún más, si está en duda que determinado acto puede

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional siempre ha interpretado que de acuerdo a la Constitución Política, y en todos los órdenes procesales (excepto en el proceso penal), es el juez el garante del derecho sustancial sobre el formal, de la verdad real y de la justicia material, por lo que se ha interpretado siempre la prueba de oficio como un deber, más allá de una simple facultad discrecional. En este sentido, se puede observar la siguiente providencia:

“La igualdad sustancial de las partes y el respeto a sus derechos fundamentales obliga al juez a abstenerse de decretar y practicar (sic) ciertas pruebas que resulten incompatibles con el ordenamiento constitucional. Pero, sin perjuicio de lo anterior, el juez en términos generales tiene la obligación positiva de decretar y practicar (sic) las pruebas que sean necesarias para determinar la verdad material, pues esta es la única manera para llegar a una decisión de fondo que resuelva la controversia planteada y en la que prime el derecho sustancial y el valor justicia, como lo ordena el artículo 228 de la Constitución Política. En este sentido, debe reinterpretarse a la luz de la Constitución, el alcance de la carga de la prueba regulada por algunos códigos de procedimiento.”¹⁶⁸

En decisión de tutela frente a un proceso de contenido civil, expresó nuestro máximo intérprete constitucional:

“4.9 En síntesis, el decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad postestativa del Juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material.”¹⁶⁹

Por su parte, la doctrina nacional plantea lo siguiente con relación al tema:

“En el tema probatorio, también se ha presentado importantes

amenazar o violar derechos fundamentales, el juez está obligado a decretarlas. En ese caso, no puede permanecer estático. Su libertad se reduce a determinar cuáles y cuántas pruebas debe decretar; no a decidir si debe decretarlas. Porque en definitiva no es en abstracto que puede hablarse de los deberes del juez de decretar pruebas de forma oficiosa, sino sólo en el contexto fáctico de cada caso concreto. Eso procede a hacer la Corte a continuación.”

¹⁶⁸ Sentencia C-543 de 1992.

¹⁶⁹ Sentencia T-264 de 2009.

variaciones que merecen análisis separado. Los poderes del Juez de lo Contencioso Administrativo encargado de trámite de un proceso concebido en su estructura bajo el principio dispositivo, se han visto ampliados bien por mandato del legislador fundamentalmente en las acciones populares y de grupo, ora por interpretación que el Juez Contencioso Administrativo ha hecho a normas constitucionales que hoy informan la actuación ante la administración de justicia, como aquellas que consagran la equidad, la igualdad, la prevalencia del derecho sustancial, la buena fe, entre otros y que han servido para justificar en veces, inclusive cambiar el sujeto en el cual recae la carga de la prueba o acudir de manera amplia a la prueba de oficio, con el fin de cumplir con el principio de paridad de partes a través de aligerar la de la parte más débil (calidad que generalmente se reconoce en el particular frente al Estado) y en cabio exigir mayor actividad probatoria de aquella que está en mejores condiciones de probar.”¹⁷⁰

Trazadas las anteriores posiciones reflejadas en la jurisprudencia nacional, es importante resolver los siguientes interrogantes, antes de fijar la posición frente al tema:

5. ¿SE VIOLA LA IGUALDAD PROCESAL DE LAS PARTES EN EL MOMENTO EN QUE EL JUEZ DECRETA UNA PRUEBA DE OFICIO QUE PRETENDE SOLVENTAR LOS VACIOS PROBATORIOS DE ALGUNA DE LAS PARTES?

Resulta ser la igualdad probatoria de las partes, y la afirmación de que las pruebas de oficio no pueden solventar las carencias o falencias probatorias de ellas (so pena de vulnerar este derecho fundamental y principio general del Derecho y del proceso, *la igualdad ante la ley y la imparcialidad e independencia del juez*) el argumento que más sustenta la posición mayoritaria del Consejo de Estado, descrita y analizada en el numeral 4.1., anterior.

Así pues, es importante analizar el anterior argumento.

Para fijar la respuesta a este interrogante, es necesario primero fijar el fin y objetivo del proceso jurisdiccional en general y el contencioso administrativo en particular. Como ya se ha introducido en los numerales anteriores, la posición que se adopta frente a este tema es claramente

¹⁷⁰ CORREA PALACIO, Ruth Stella. Aspectos Procesales y Probatorios en la jurisprudencia contencioso administrativa. En: MEMORIAS XXIX CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL Universidad Libre. Año 2008. p. 613.

una posición garantista a la luz de los mandatos constitucionales vigentes que propugnan por que el Estado, en términos generales, busque la materialización de sus fines, entre los que encontramos la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, por un orden social más justo (artículo 1 de la C.P.); y específicamente en torno a la función jurisdiccional que se materializa dentro del proceso, se debe propender por la primacía del derecho sustancial sobre el procesal, y se debe garantizar un acceso real y efectivo a la administración de justicia, esto es, que se obtengan en realidad decisiones de fondo y no simples decisiones formales.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez debe inclinarse no a favor de alguna de las partes, sino a la realización de toda la actividad jurisdiccional en la búsqueda de los anteriores fines, para que el proceso no sea una simple forma que garantice únicamente una decisión de fondo pero materialmente vacía. Por lo anterior, cuando el juez decreta una prueba de oficio, estando el proceso para sentencia, aunque en la práctica accesoriamente favorezca a una de las partes, el fin de la prueba de oficio no es éste, sino el cumplimiento efectivo de los mandatos constitucionales en pro de una justicia material y un acercamiento lo más posible a la verdad real o histórica, para que la decisión de fondo sea lo más justa posible.

Adicionalmente, el principio de igualdad de las partes, no es otra cosa que la aplicación en el campo procesal del principio general del derecho y la garantía constitucional de la igualdad ante la ley. En el campo procesal, se entiende que el juez como tercero imparcial e imparcial, protege igualmente los derecho del actor y del demandado, en torno a la estimación o desestimación de la pretensión, derecho que se materializa al interior del proceso a través de la regla técnica de la contradicción, en donde se ponen a las partes en igualdad de condiciones para hacer valer sus derechos y defensas.

Como materialización igualdad de las partes al interior del proceso, encontramos la carga de la prueba y la distribución que de ella se realiza dentro del proceso, como combinación de la igualdad y la autorresponsabilidad de las partes, al momento de determinar quien tiene que probar y cuáles serán las consecuencias de probar o no probar, lo que se verá reflejado en la decisión de fondo.

Como lo expresa ROCCO, "... ya por el principio de disposición o de responsabilidad de las partes, a ellas incumbe preparar para el juez el material de conocimiento (iudex indicare debet secundum alligata et

*probata) y cada una sufre las consecuencias de su inactividad, de ese principio deriva el que cada una de ellas debe probar los hechos que quiere que se estimen como verdaderos por el juez, es decir, que cada parte debe probar los hechos en cuya admisión tiene interés”*¹⁷¹

Sin embargo, consideramos que no se vulnera la igualdad procesal y probatoria de las partes, dado que éstas participan en la práctica y contradicción de la prueba, pues en aplicación del principio de publicidad y contradicción, deben tener siempre esta posibilidad para que la prueba cumpla con estos principios y pueda ser válidamente apreciada en el momento de adoptar la decisión de fondo por parte del juez.¹⁷²

Como bien lo advirtió la Corte Constitucional:

*“... la justicia se dirige a los usuarios de la misma, no se destina a los apoderados. El abogado es simplemente un instrumento con conocimiento informado que habilita el uso eficaz de determinadas acciones, cuya asistencia exige la ley con el fin de que los particulares puedan hacer efectivos sus derechos, pero no son éstos los destinatarios de la administración de justicia. Esta observación implica otro elemento que debe tenerse en cuenta en el momento en el que se interpreta la utilización de los poderes oficiosos de los jueces, puesto que, en la medida en que los mismos tengan claridad respecto de los destinatarios de su encargo, podrán cumplir con su misión de privilegiar el derecho sustancial en aras de la consolidación democrática de la Nación.”*¹⁷³

Por lo tanto, atendiendo los nuevos paradigmas constitucionales que permean el proceso en general, la prueba de oficio es un mandato constitucional que busca una decisión más justa y lo más cercana posible a la verdad real, así, si se respetan las reglas propias del proceso para la práctica e incorporación de las pruebas, no existe ninguna violación a la

¹⁷¹ ROCCO, Alfredo. La Interpretación de las Leyes Procesales. Bogotá: Editorial Leyer, 2008. p. 70.

¹⁷² En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado: "Por supuesto y como no podría ser de otra manera, el ejercicio de dicha potestad oficiosa debe supeditarse al lleno de las exigencias requeridas para garantizar el debido proceso y los derechos de contradicción y de defensa de las partes, a quienes debe brindarse tanto la posibilidad de controvertir las decisiones en comento, como la de participar en la práctica o recaudo de las pruebas y durante la controversia de los correspondientes medios probatorios". Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sección Tercera. PI 11308 del 11 de diciembre de 2007.

¹⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera de Revisión. SENTENCIA T - 599 - 2009. Referencia: Expediente T-2271680. Peticionario: Beatriz Caviedes. Demandado: Tribunal Administrativo del Huila - Sala Cuarta de Decisión. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia del 28 de agosto de 2009.

igualdad de las partes en el proceso, ya que tal igualdad no debe ser meramente formal, debe, por el contrario, ser siempre una igualdad material en búsqueda de la justicia y la verdad como fuente de la decisión judicial.

6. LA CARGA DE LA PRUEBA: ¿Se encuentra distribuida de forma igualitaria al interior del proceso contencioso administrativo?

Adicional a lo anterior, es importante resaltar el tema de la carga de la prueba. Las doctrinas procesales contemporáneas han morigerado la carga estricta de la prueba consagrada para el caso que nos ocupa, en el artículo 177 del C.P.C., aplicable al proceso contenciosos por remisión especial del artículo 168 del C.C.A., en lo que se conoce como la *carga dinámica de la prueba*, por lo que debe valorarse el caso concreto y, ante la imposibilidad jurídica y fáctica de demostrar por parte del actor (quien por regla general tiene la carga de la prueba de las pretensiones, o en su caso del demandado, quien tiene la carga de probar la excepción), debe correrse dicha carga en cabeza de quien se encuentre legalmente en pro de la justicia material y de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal a fin de garantizar el acceso efectivo a una justicia material y no meramente formal.

Sobre este punto, la doctrina nacional nos enseña:

“La omisión de colaboración con el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, impide la consecución del bien común, el cual es debido a todos por ser la realización del interés general.

Hoy debe imperar el criterio, según el cual, en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o las partes no cooperan de buena fe en su producción, sin importar la posición que ocupa en el proceso, se atenúa el peso de la carga de la prueba consagrado en las reglas rígidas, desplazándose a la parte que se encuentre en mejor condición de aportarla. Si uno de los fines ontológicos de la sociedad y del Estado, lo constituye precisamente el logro de la justicia material, entonces esconder las pruebas o dificultar la actividad probatoria no sería más que desplegar una conducta que no compagina con la organización propuesta por la Constitución.”

174

¹⁷⁴ TRUJILLO CABRERA, Juan. La Carga Dinámica de la Prueba. Bogotá: Leyer, 2006. p. 38.

Dadas las previas razones, en cada caso concreto debe valorarse la carga de la prueba y a quién se le impone, pues, como lo habíamos afirmado más arriba, la carga de la prueba se encuentra en cabeza del actor, pretendiente o excepcionante (aunque por lo general se soporta de manera más asidua en cabeza de quien pretende, dado que si éste no prueba, se hace innecesario estudiar las excepciones, y la carga de la prueba lo vencerá antes que la defensa o las excepciones propuestas). Debe en consecuencia equilibrarse dicha carga, a través de la dinámica de la misma para el caso concreto.

7. ¿DEBE CORRESE NUEVAMENTE TRASLADO PARA ALEGAR DE CONCLUSIÓN CUANDO SE DECRETA PRUEBA DE OFICIO ESTANDO EL NEGOCIO A DESPACHO PARA SENTENCIA?

Al margen de la discusión anterior, e independientemente de la posición que se asuma frente al tema central del presente capítulo, es necesario entrar a estudiar y dilucidar el interrogante que titula el presente numeral.

Estudiada la jurisprudencia encontramos sobre el tema sólo dos decisiones del Consejo de Estado que se encuentran en posiciones totalmente opuestas. Me permito citar (por su relevancia) las mencionadas providencias:

“Respecto a la solicitud de traslado de la prueba de oficio decretada por el Despacho, se advierte que el objeto de trasladar las pruebas ordenadas es que las partes puedan conocer su contenido y pronunciarse sobre las mismas, de tal forma que se garanticen el debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción.

Sólo cuando la etapa probatoria ha culminado y en virtud de la facultad oficiosa del juez se decretan pruebas para mejor proveer, es cuando se justifica correr traslado a las partes pues, como es evidente no fueron confrontadas por los sujetos procesales.”¹⁷⁵

En el sentido opuesto:

“Si bien es cierto, para la validez y valoración de las pruebas allegadas al proceso ordinario deberá garantizarse a las partes un esce-

¹⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. Auto del 6 de julio de 2006. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00669-01(15318). Actor: BAKER HUGHES DE COLOMBIA. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

nario en el cual puedan controvertirlas; también lo es, que esta garantía del principio de contradicción de la prueba no se opone a la procedencia y legitimidad de las pruebas decretadas a instancia de la sala, sección o subsección, mediante el auto para mejor proveer, de que trata el inciso 2 del artículo 169 del C.C.A., pues éstas fueron establecidas por el legislador para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda, sin que ello, desconozca el derecho de defensa ni el debido proceso que consagra el artículo 29 superior.

En estas condiciones, debe desestimarse el presente cargo, pues los demandantes gozaron de las garantías previstas en el procedimiento ordinario para hacer valer su derecho a presentar oposición oportuna y a la publicidad de las pruebas decretadas en la etapa correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 del C.C.A, así como de aquellas dispuestas por el juzgador antes de emitir el fallo de segunda instancia, las que no fueron determinantes al momento de proferir el mismo.”¹⁷⁶

Conforme lo dijimos con anterioridad, para que no se vulneren los derechos de las partes, en especial a la afectada por la prueba decretada de oficio (con fundamento en la publicidad y la contradicción que debe regir en el interior de un proceso judicial en una sociedad democrática), debe interpretarse siempre que el juez ha de adoptar su decisión con base en pruebas legalmente arrojadas al proceso, y en donde las partes hayan tenido la oportunidad de participar en su práctica, en consecuencia, debe darse nuevamente traslado para alegar de fondo, ya que esta es claramente la oportunidad procesal que tienen las partes para realizar una crítica de las pruebas (nuevas) y presentar al despacho una propuesta de valoración de las mismas. Por ende, claramente se debe inclinar la balanza hacia la posición de dar nuevamente traslado para alegar de fondo una vez se haya practicado la prueba de oficio decretada previamente estando el proceso a despacho para sentencia.

Igualmente, el artículo 242 del C.C.A., aplicable al procedimiento electoral, de acuerdo a la nueva redacción de la norma conforme a la modificación introducida por el artículo 104 de la Ley 1395 de 2010, en si inciso cuarto consagra que:

“Las pruebas así decretadas se practicarán en el término improrrogable de diez (10) días y una vez recaudadas el Secretario correrá

¹⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejo ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 11 de agosto de 2009. Radicación numero: 11001-03-15-000-2001-00127-01(REV-017). Actor: LUIS FERNANDO MACIAS GÓMEZ Y JUAN CARLOS LÓPEZ GONZÁLEZ. Demandado: MINISTERIO DE SALUD.

traslado a las partes por tres (3) días. Contra el auto que las decreta no cabrá recurso alguno.”

Así aclara el tema con relación al procedimiento electoral, dado que de forma expresa se consagra el traslado a las partes por tres (3) días a fin de que se pronuncien sobre las pruebas decretadas de oficio.

8. UN ARGUMENTO HISTÓRICO A FAVOR DE LAS PRUEBAS DE OFICIO

En este aparte retomaré un argumento ajeno, elaborado de manera maestra por parte del profesor español PICÓ. Éste, en su obra *“El juez y la prueba”*, hace una interesante investigación histórica sobre un latinajo utilizado por los defensores de la visión dispositiva del proceso con relación a las pruebas. ROCCO transcribe el mencionado latinajo como *“iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium”*, es decir, *“el juez debe fallar de acuerdo a la alegado y probado por las partes”*, lo que, a criterio del autor en comento, no es más que una mala traducción que ha llegado hasta nuestros días a través de CHIOVENDA, autor italiano de gran influencia en el Derecho y la doctrina procesal latinoamericana.

Concluye:

*“El análisis directo de las fuentes históricas de la doctrina del ius commune permite deducir que la expresión iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium no es correcta, pese a que generalmente se afirma su tradición histórica destacando su carácter de aforismo o brocardo. Realmente, la doctrina medieval de la Escuela de Bolonia que glosó la obra de Justiniano formuló el brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam. Por ello, sólo esta última expresión es el único y verdadero brocardo”*¹⁷⁷

Se ve entonces que históricamente no existe límite probatorio para el juez, lo que existe es el límite de la congruencia del fallo y su fundamento en la ley (y no en la conciencia).

¹⁷⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: J.M. Bosch Editora, 2007. p. 161.

9. CONCLUSIONES

Como conclusiones de todo lo anterior, presentamos los siguientes:

- La interpretación de la prueba de oficio en el interior del proceso contencioso administrativo, de acuerdo a la posición predominante en la jurisprudencia del máximo órgano de la misma, es restringida cuando nos encontramos en el momento de fallar, es decir, ésta se interpreta, por una parte, como una potestad o facultad discrecional que debe ser usada por el juez de forma limitada a probar cuestiones totalmente excepcionales que, o sean un obstáculo para fallar de fondo, o sean cuestiones especializadas que no se encuentren claras al momento de fallar (y sean determinantes en tal momento), pero siempre limitado a que su actividad no llegue a solventar la inactividad probatoria de las partes.
- La anterior es una visión desviada de los fines actuales del Estado y de la función judicial, dado que limita la obtención de una decisión justa, basada en la verdad o en una aproximación a ella, y basa la decisión del juez más en la simple legitimidad que da la forma procesal, que la que otorga la sustancia y lo material.
- La igualdad dentro del proceso no se encuentra violada con la prueba de oficio, ya que el proceso, más de ser un simple carril procedimental formal, debe ser el vehículo que conduzca al juez a la verdad real o a una aproximación a ella y a la decisión justa, respetando siempre la contradicción y la publicidad como forma de materializar la igualdad en el proceso.
- El juez es claramente el director del proceso¹⁷⁸, y por lo tanto, debe adoptar todas las medidas que se encuentren a su alcance para lograr materializar los fines del Estado, dentro de los cuales se encuentra la materialización de una sociedad más justa y el cumplimiento de los derechos constitucionales, el acceso efectivo a la administración de justicia, no meramente formal, sino de fondo, por lo que, constitucionalmente, la prueba de oficio no es una potestad discrecional del juez, sino un deber en pro de cumplir a cabalidad con sus funciones, los fines del Estado y los fines y objetivos del proceso jurisdiccional.

¹⁷⁸ En este sentido puede verse a LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso. Bogotá D.C. Editorial Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.

- La igualdad de las partes se encuentra técnicamente garantizada dentro del proceso con la publicidad y la contradicción, por lo que éstas pueden participar de la práctica y crítica de la prueba. Todo lo anterior garantizado por el nuevo término de traslado para alegar de conclusión, que debe correrse una vez practicada la prueba de oficio, como ya se explicó.

10. LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La nueva normativa adjetiva contencioso administrativa que entrará a regir los procesos que sean iniciados el 2 de julio de 2012 (artículo 308 de la Ley 1437 de 2011) acorde con los nuevos postulados constitucionales y la interpretación planteada en el presente capítulo, le otorga de manera expresa amplias facultados oficiosas al juez de lo contencioso administrativo, tal como lo podemos observar en las siguientes normas:

“ARTÍCULO 176. Allanamiento a la demanda y transacción. *Cuando la pretensión comprenda aspectos que por su naturaleza son conciliables, para allanarse a la demanda la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional y las demás entidades públicas requerirán previa autorización expresa y escrita del Ministro, jefe de departamento administrativo, gobernador o alcalde o de la autoridad que las represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas. En los casos de órganos u organismos autónomos e independientes, tal autorización deberá expedirla el servidor de mayor jerarquía en la entidad.*

En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente sentencia. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión, o lo pida un tercero que intervenga en el proceso.

Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción.”

“ARTÍCULO 180. Audiencia inicial. *Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:*

...

10. Decreto de pruebas. *Sólo se decretarán las pruebas pedidas por las partes y los terceros, siempre y cuando sean necesarias para*

demostrar los hechos sobre los cuáles exista disconformidad, en tanto no esté prohibida su demostración por confesión, o las de oficio que el juez o magistrado ponente considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad.

En todo caso, el juez, antes de finalizar la audiencia, fijará fecha y hora para la audiencia de pruebas, la cual se llevará a cabo dentro de los cuarenta (40) días siguientes.”

“ARTÍCULO 213. Pruebas de oficio. *En cualquiera de las instancias el juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.*

Además, oídas las alegaciones el juez o la sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decrete pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decrete.”

“ARTÍCULO 254. Pruebas. *Si se decretaren pruebas de oficio o a solicitud de parte, se señalará un término máximo de treinta (30) días para practicarlas.”*

Por lo anterior, conforme a las estas normas transcritas, el juez contencioso administrativo posee las facultadas probatorias oficiosas necesarias para esclarecer la verdad, es decir, existe un nuevo parámetro para determinar esta función como es obtener la verdad como objeto procesal, tema ya desarrollado, el que a la luz igualmente del artículo 103 del C.P.A. y de lo C.A. que consagra como objeto y principios de la labor que lleva a cabo la jurisdicción de lo contencioso administrativo la efectividad de los derechos constitucionales y legales y la preservación del orden jurídico, hace que se deba interpretar que el juez contencioso administrativo posee no sólo una facultad de decretar pruebas de oficio, sino que tiene un claro deber, a fin de que el proceso contencioso administrativo sea el vehículo para la materialización del objeto y principios ya mencionados, lo que como se ha reiterado hasta la saciedad, solo se consigue cuando el proceso busca o se acerca a la verdad.

11. BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE RÍOS, Luis Carlos. MEDITACIONES IUS-FILOSÓFICAS SOBRE LA JUSTICIA, EL DERECHO Y EL ESTADO. En: REVISTA INCISO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Universidad La Gran Colombia. Año 2006, no. 08.
- BENABENTOS, Omar Abel, *et. al.* Teoría Unitaria y Garantista del Derecho Procesal. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica Dike y Universidad Pontificia Bolivariana, 2003.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Medellín: Señal Editores, 2009.
- CARNELUTI, Francesco. El concepto jurídico de la prueba. Bogotá: Leyer S.A., 2007.
- CORREA PALACIO, Ruth Stella. Aspectos Procesales y Probatorios en la jurisprudencia contencioso administrativa. En: MEMORIAS XXIX CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL Universidad Libre. Año 2008.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Bogotá: ABC, 1981. Tomo I.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, Barcelona: Editorial Ariel, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. La Valoración Racional de la Prueba. Madrid: MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. 2007.
- FURNO, Carlo. Verdad y Proceso. Bogotá: Leyer, 2008.
- KELSEN, Hans ¿QUÉ ES LA JUSTICIA? 1953. México D.F: Editorial Distribuciones Fontanamara S.A., 1998.
- LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. Las pruebas de oficio en el proceso civil en Colombia. En: Controversia procesal. Medellín: Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, 2006.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso. Bogotá D.C. Editorial Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: Rasgos principales. En CARBONELL, Miguel (Editor). Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de LUIGI FERRAJOLI, Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. Madrid: MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. 2004.
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. Bogotá: Universidad Santo Tomas, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.
- MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba. Bogotá: Leyer S.A., 2007.
- QUEVEDO MENDOZA, Efraín I. Carga de la prueba. (En línea) Revista de Derecho Procesal. - Año 2005 - 1. Prueba - I. Rubinzal Consoni Editores (Consultada el 20 de abril de 2010). Disponible en Internet:

- http://www.egacal.com/upload/AAV_EfrainQuevedo.pdf
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000.
 - PARRA QUIJANO, Jairo. Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio. Bogotá: Temis S.A., 2004.
 - PICÓ I JUNOY, Joan. El juez y la prueba. Barcelona: J.M. Bosch Editora, 2007.
 - PICÓ I JUNOY, Joan. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Barcelona: Bosch, 1997.
 - RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. Facultades probatorias del juez en el Estado social de derecho. (En línea) UNIVERSIDAD DEL CENTRO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES – Facultad de derecho. (Consultada el 20 de abril de 2010). Disponible en Internet: www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/Ponencia%20Carvajal.pdf
 - RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
 - RAWLS, John. Teoría de la Justicia. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
 - ROCCO, Alfredo. La Interpretación de las Leyes Procesales. Bogotá: Editorial Leyer, 2008.
 - SALINAS RIVAS, Rosemary Ximena. La prueba de oficio. (En línea) REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA 2008. (Consultada el 20 de abril de 2010). Disponible en Internet: www.egacal.com/upload/AAV_RosemarySalinas.pdf
 - SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo III.
 - TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica. (En línea) A parte Rei, Revista de Filosofía, 6 (1999). (Consultada el 20 de abril de 2010). Disponible en Internet: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/index.html>
 - TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008.
 - TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2005.
 - TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. (En línea) DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006). (Consultada el 20 de abril de 2010). Disponible en Internet: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/34694062109036198410457/031993.pdf?incr=1>
 - TRUJILLO CABRERA, Juan. La Carga Dinámica de la Prueba. Bogotá: Leyer, 2006.
 - VELLOSO, Alvarado. Debido proceso versus pruebas de oficio. Bogotá: Temis S.A., 2004.

CAPÍTULO VI

LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES

Análisis de la posición jurisprudencial del Consejo de Estado frente a una inquietud sin respuesta normativa expresa en el C.C.A.

“Es verdad que la Ley no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la Ley sigue siendo insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma la expresión del principio democrático.

...

Sigue siendo exacto, conforme a la formulación originaria, que la representación del pueblo, como “voluntad general”, es predicable únicamente de la Ley; los gobernantes no son exactamente representantes del pueblo, sino sus agentes, en cuanto ellos mismos están sometidos a las Leyes y no están exentos de su imperio” ¹⁷⁹

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. PROBLEMA JURÍDICO.- 3. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.- 3.1. Tesis que plantea los efectos *ex tunc* (o retroactivos) de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido general.- 3.2. Tesis que plantea los efectos *ex nunc* (o hacia el futuro) de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido general.- 4. NICHOS CITACIONALES.- 4.1. Sentencia arquimédica.- 4.2. Sentencia hito.- 4.3. Sentencias fundadoras de la línea.- 4.4. Sentencias reiteradoras de la línea.- 5. FIGURA DONDE SE PRESENTA LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS TIEMPOS DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES.- 6. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN EXPUESTA EN LAS SENTENCIAS QUE CONFORMAN LA LÍNEA Y DEFIENDEN LAS TESIS EXTREMAS SOBRE EL TEMA.- 6.1. Tesis de los efectos *ex nunc*.- 6.2. Tesis de los efectos *ex tunc*.- 6.3. Los argumentos a favor de la tesis de los efectos *ex tunc*.- 7. CONCLUSIONES.- 8. LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- 9. BIBLIOGRAFÍA.

¹⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Democracia y el Lugar de la Ley. Madrid: Civitas, 1997, p. 49, 50 y 59.

1. INTRODUCCIÓN

El tema en estudio resulta ser importante por cuenta de que de él se pueden derivar consecuencias con relación a las decisiones de la administración (tomadas en torno, o mejor, con base en el acto administrativo declarado nulo), y porque igualmente tiene una unidad íntima con las características mismas del acto administrativo, como son su presunción de legalidad, su carácter ejecutivo y ejecutorio, y la confianza legítima del administrado frente a las decisiones de la administración, entre otros temas.

Es necesario plantear el problema en mención partiendo de la base de que no existe una solución expresa por parte de la normativa procesal contenida en el Código Contencioso Administrativo, por lo que la respuesta a la inquietud es construida por la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, la cual, como se verá más adelante, si bien no es uniforme, sí presenta una clara tendencia.

Es necesario partir de la construcción de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre los efectos en el tiempo de las sentencias que declaran la nulidad de los actos administrativos de contenido general.

En una primera parte se desarrollará (en términos generales) la línea jurisprudencial sobre el problema planteado (previo análisis de los argumentos que soportan cada posición), posteriormente plantearemos la posición que consideramos más adecuada.

Es importante partir del hecho de que el tema suscita cierta incertidumbre en todos los niveles, pues si se estudian las normas relacionadas con ello, no encontramos norma expresa que dé respuesta a esta inquietud jurídica, limitándose el Código Contencioso Administrativo a determinar que el fallo es *obligatorio* una vez en firme (artículo 174 del C.C.A.), y a consagrar que el mismo hace tránsito a cosa juzgada *erga omnes* (artículo 175 *ibídem*) por las características mismas de la acción y del acto que se expulsa del ordenamiento legal. Sólo encontramos tres normas que regulan el tema de manera específica de acuerdo al contenido del acto administrativo anulado. Estas normas son los artículos 24 de la ley 35 de 1993¹⁸⁰, 38 de la ley 142

¹⁸⁰ "ARTÍCULO 24. EFECTOS DE LA ANULACIÓN. La anulación de los actos administrativos unilaterales que permiten determinadas operaciones a quienes manejan, aprovechan o invierten recursos captados del público; o que les ordenan variar el monto del capital, del patrimonio, de los activos o de los pasivos, o el valor de sus acciones o bonos; o en virtud de los cuales las entidades públicas hayan adquirido derechos en la administración o en el patrimonio de aquellas instituciones, u obligaciones por sus actos, sólo producirá efectos a partir de la ejecutoria

de 1994¹⁸¹ y 6 numeral 6.3. de la ley 1150 de 2007¹⁸², las que pretenden claramente proteger situaciones particulares consolidadas en torno a las operaciones financieras, los servicios públicos y la contratación estatal en lo relacionado con el Registro Único de Proponentes.

Si acudimos a la doctrina, la encontraremos dividida así:

Los tratadistas LIBARDO RODRÍGUEZ R.¹⁸³, JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ¹⁸⁴, LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO¹⁸⁵, GUSTAVO PENAGOS¹⁸⁶, CIRO NOLBERTO GÜECHA MEDINA¹⁸⁷, GABRIEL MUÑOZ¹⁸⁸, JESÚS ORLANDO CORREDOR ALEJO¹⁸⁹ y en el ámbito

de la sentencia que la declare. Pero en estos y en casos similares, si la sentencia que anula el acto administrativo ordena el restablecimiento del derecho lesionado o la reparación del daño, ello se hará en dinero, en cuanto sea necesario para no perjudicar a quienes hayan obrado de buena fe."

¹⁸¹ "Artículo 38. Efectos de nulidad sobre actos y contratos relacionados con servicios públicos. La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos solo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe."

¹⁸² "6.3. De la impugnación de la calificación y clasificación. Realizada la verificación a que se refiere el numeral 6.1 del presente artículo, la Cámara publicará el acto de inscripción, contra el cual cualquier persona podrá interponer recurso de reposición ante la respectiva Cámara de Comercio, durante los treinta (30) días siguientes a la publicación, sin que para ello requiera demostrar interés alguno. Para que la impugnación sea admisible deberá prestarse caución bancaria o de compañía de seguros para garantizar los perjuicios que se puedan causar al inscrito.

Contra la decisión que resuelva el recurso de reposición, no procederá apelación.

En firme la calificación y clasificación del inscrito, cualquier persona podrá demandar su nulidad en desarrollo de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Para el efecto será competente el Juez de lo Contencioso Administrativo en única instancia.

La presentación de la demanda no suspenderá la calificación y clasificación del inscrito, ni será causal de suspensión de los procesos de selección en curso en los que el proponente sea parte. El proceso se tramitará por el procedimiento ordinario a que se refiere el Código Contencioso Administrativo. Adoptada la decisión, la misma solo tendrá efectos hacia el futuro."

¹⁸³ RODRÍGUEZ R., Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá: Temis, 2007, p. 298.

¹⁸⁴ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho procesal administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez LTDA, 2000, p. 228.

¹⁸⁵ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2009. p. 512 y ss.

¹⁸⁶ PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2008, Tomo II, p. 936.

¹⁸⁷ GÜECHA MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 246 y 247.

¹⁸⁸ MUÑOZ, Gabriel. Efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad y nulidad de las normas tributarias. En: REVISTA DE ORIENTACIÓN TRIBUTARIA IMPUESTOS Legis. Año 2010, no. 157. p. 18 a 21.

¹⁸⁹ CORREDOR ALEJO, Jesús Orlando. Firmeza, término de corrección y pago de lo no debido: visión bipolar del Consejo de Estado. En: REVISTA DE ORIENTACIÓN TRIBUTARIA IMPUESTOS Legis. Año 2010, no. 157. p. 10 a 15.

internacional EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA – TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ¹⁹⁰, son partidarios de los efectos *ex tunc*, es decir, retro-activos, sin que ello llegue a afectar situaciones jurídicas consolidadas.

El tratadista JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA¹⁹¹, se inclina por proponer los efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, desde la ejecutoria del fallo.

Igualmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado no es unánime sobre el tratamiento del asunto, dando lugar a posiciones no uniformes. Como punto de referencia, y a su vez justificación de la línea que se pretende estructurar y estudiar, por los efectos *ex tunc* podemos citar, del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, las sentencias del 6 de marzo de 1992 rad. 3662, del 19 de junio de 1998 rad. 8812, 15 de mayo de 2003 rad. 12248, del 30 de noviembre de 2006 rad. 15333, del 6 de marzo de 2008 rad. 15952, y de la Sala de Consulta de la misma corporación, el concepto del 23 de agosto de 2005 rad. 1672.

En sentido contrario, pueden consultarse las siguientes providencias de la misma corporación, sala y sección cuarta: 4 de junio de 2009 radicaciones 16085 y 16086, las que contrarían el sentido anterior.

Se justifica por las anteriores razones el estudio de la jurisprudencia que analiza los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo de contenido general.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El siguiente es el problema jurídico que entran a resolver las providencias:

¿Cuáles son los efectos en el tiempo de los fallos dictados para desatar las acciones de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad en los que se declara la nulidad de los actos administrativos de contenido general?

¹⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2001. Tomo I, p. 218 y ss.

¹⁹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo II, p. 303 y ss.

3. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Frente a las tesis que resuelven el anterior problema jurídico encontramos dos posiciones, las que podemos llamar extremas. Se pasan a plantear dichas respuestas:

3.1. Tesis que plantea los efectos *ex tunc* (o retroactivos) de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido general: Esta posición plantea los efectos retroactivos de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido general, es decir, deben las cosas volver al estado en que se encontraban *antes de la expedición* de dicho acto, bajo condición de que no se traten de situaciones consolidadas.

3.2. Tesis que plantea los efectos *ex nunc* (o hacia el futuro) de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido general: La segunda de posición es diametralmente opuesta a la anterior, es decir, plantea los efectos hacia el futuro de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de contenido general, desde la fecha de ejecutoria del fallo que la declara.

Una vez planteadas las dos posiciones (frente a las cuales podemos clasificar las sentencias a analizar), es necesario realizar el correspondiente nicho citacional.

4. NICHOS CITACIONAL

Se presentan (en el siguiente cuadro resumen) las providencias analizadas que fundamentan cada una de las posiciones jurisprudenciales antes explicadas en torno al problema jurídico planteado, relacionado con los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad simple de actos administrativos de contenido general. Se verán en cada cuadro, por posición, las sentencias clasificadas de acuerdo a la sala o sección, y por año de expedición e identificadas por número de radicación interna. Se resalta que en el aparte de la bibliografía se exponen los datos completos de la providencia para su fácil consulta e identificación:

Tesis que plantea los efectos *ex tunc* o retroactivos de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido general

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO										
1996										
S-566										
SALA DE CONSULTA										
2005										
1672										
SECCIÓN PRIMERA										
2002										
6572										
SECCIÓN SEGUNDA										
2001			2005				2006			
3824-00			2836-03				3985-05			
SECCIÓN TERCERA										
1998										
10217										
2005						2006				
7961						21051				
18402										
SECCIÓN TERCERA										
1992	1994	1998	2001	2002	2003	2005	2006	2007	2008	2009
3662	4614	8812	10581	12256	12248	14311	15577	16294	15443	16404
			11598	12555		15303	13652		16403	
						15270	15333		15952	

Cuadro No. 11: Nicho citacional tesis que plantea los efectos *ex tunc* o retroactivos de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido general.

Tesis que plantea los efectos *ex nunc* o hacia el futuro de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido general

SECCIÓN PRIMERA										
2002										
6572										
SECCIÓN CUARTA										
2009										
16085										
16086										

Cuadro No. 12: Nicho citacional tesis que plantea los efectos *ex nunc* (o hacia el futuro) de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido general.

De las anteriores providencias se pasará a clasificar las mismas, tomando como base la clasificación que de ellas realiza el profesor Diego Eduardo López Medina:¹⁹²

¹⁹² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Editorial Legis S.A. 2006, p.161 a 167. Del mismo autor, Interpretación Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2006, p. 131 a 138.

4.1. Sentencia arquimédica: Se tomó como sentencia arquimédica, entendida como tal “... una sentencia con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias.”¹⁹³, la más reciente encontrada sobre el tema, por lo que sirvió como tal la dictada por el CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Sentencia del 23 de Julio de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-2002-00452-01(16404). Actor: PRODUCTOS QUAKER S.A. Demandada: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.

4.2. Sentencia hito: Se tomaron como sentencias hito, entendida como tal la que “...trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional.”¹⁹⁴, es decir, las reglas para la decisión de casos futuros análogos, la siguiente providencia:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: DELIO GÓMEZ LEYVA. Sentencia del 21 de enero de 1994. Radicación número: 4614. Actor: SADE SURAMERICANA DE ELECTRIFICACIÓN S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS DISTRITALES.

Lo precedente en atención a que la mencionada sentencia *fija las reglas* para determinar en qué casos nos encontremos frente a una situación consolidada.

4.3. Sentencias fundadoras de la línea: Se tomaron como sentencias fundadoras de la línea (entendida como tales aquellas que inician la línea que se estudia en cada una de sus posiciones) las siguientes providencias dictadas en los primeros años de vigencia de la Constitución Política de 1991:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: CONSUELO SARRIA OLCOS. Sentencia del 6 de marzo de 1992. Radicación número: 3662. Actor: COLOMBIANA DE TABACO S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS DE CALI.

¹⁹³ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2006, p. 132.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 148.

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: DELIO GÓMEZ LEYVA. Sentencia del 21 de enero de 1994. Radicación número: 4614. Actor: SADE SURAMERICANA DE ELECTRIFICACIÓN S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS DISTRITALES.

4.4. Sentencia reiteradoras de la línea: Resultan ser sentencias *simplemente confirmadoras o reiteradoras de la línea* las demás providencias citadas en el primero de los cuadros del nicho citacional.

5. FIGURA DONDE SE PRESENTA LA LÍNEA SOBRE LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO GENERAL

Clasificadas las providencias que componen la presente línea jurisprudencial, presentamos visualmente las mismas para una mejor comprensión de la ubicación que cada una soporta con relación a la tesis que defienden:

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Cuáles son los efectos en el tiempo de los fallos dictados para desatar las acciones de nulidad y nulidad por inconstitucionalidad en los que se declara la nulidad de los actos administrativos de contenido general?				
TESIS	DISTRIBUCIÓN ESPACIAL DE LAS SENTENCIAS SEGÚN LA TESIS QUE SUSTENTAN	TESIS		
Las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo de contenido general, producen efectos <i>ex tunc</i> o retroactivos, es decir, deben las cosas volver al estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto, bajo condición de que no se traten de situaciones consolidadas	X C.E. S4-3662/92 X C.E. S4-4614/94 X C.E. S4-8812/98 X C.E. S4-10581/01 X C.E. S4-11598/01 X C.E. S4-11598/01 X C.E. S2-3824-00/01	←	Las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo de contenido general, producen efectos <i>ex tunc</i> o hacia el futuro	
	X C.E. S4-12256/20 X C.E. S4-12555/02 X C.E. SP-IJ-030/03 X C.E. S4-12248/03 X C.E. SC-1672/05 X C.E. S2-2836-03/05 X C.E. S1-3207/92 X C.E. S3-7961/05 X C.E. S4-14311/05 X C.E. S4-15303/05 X C.E. S4-15270/05 X C.E. S2-3985-05/06 X C.E. S3-21051/06 X C.E. S3-18402/06 X C.E. S4-15577/06 X C.E. S4-13652/06 X C.E. S4-15333/06 X C.E. S4-16294/07 X C.E. S4-15443/08 X C.E. S4-16403/08 X C.E. S4-15952/08	←→		C.E. S1-6572/02 X
	X	←→		C.E. S4-16085/09
	X C.E. S4-16404/09	←		C.E. S4-16086/09 X

Cuadro No. 13: Figura donde se presenta la línea jurisprudencial sobre los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad de actos administrativos de contenido general.

6. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN EXPUESTA EN LAS SENTENCIAS QUE CONFORMAN LA LÍNEA Y DEFIENDEN LAS TESIS EXTREMAS SOBRE EL TEMA

Presentada visualmente cada posición y las providencias que las soportan, pasemos a realizar la reconstrucción de los argumentos que sostienen cada una de las tesis antes expuestas:

6.1. Tesis de los efectos *ex nunc*: Empecemos con la posición de los efectos hacia el futuro. Si se revisan las tres providencias que soportan esta posición, podemos clasificarlas en dos subgrupos.

En el primer grupo encontramos la sentencia de la Sección primera, radicación interna 6572 del año 2002, la que es importante resaltar aparte, teniendo en cuenta que su argumento, para los efectos hacia el futuro, es un argumento netamente legal, es decir, como ya se indicó en la introducción, este caso, bajo análisis del Consejo de Estado, es uno de aquellos en donde la ley consagra esta clase de efectos hacia el futuro de forma expresa, y así explícitamente lo expone la providencia, al hacer alusión tanto al artículo 38 de la ley 142 de 1994, como a la regla general de la jurisprudencia de los efectos retroactivos¹⁹⁵. Esta argumentación es importante tenerla en cuenta al momento de presentar las conclusiones de la línea construida.

El segundo grupo, por su parte, lo encontramos compuesto por las dos restantes sentencia ubicadas al lado derecho de la figura. Estas sentencias se caracterizan por no presentar una argumentación estructurada en torno a la

¹⁹⁵ "Significa lo anterior que la anulación judicial de actos administrativos en materia de servicios públicos constituye una excepción a la regla acuñada por la jurisprudencia conforme a la cual la nulidad de un acto administrativo tiene efectos

...

En consecuencia, por virtud del artículo 38 de la Ley 142 de 1994 no cabe retrotraer la situación hasta antes de la expedición de este último acto administrativo, de modo que erró el Tribunal al considerar que los actos acusados quedaron desprovistos de fundamento jurídico por efecto de la nulidad de la norma reglamentaria que les servía de sustento." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE. Sentencia del 22 de noviembre de 2002. Radicación número: 25000-23-24-000-1997-2360-01(6572). Actor: GASEOSAS COLOMBIANAS S.A. Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ Y SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

tesis que sostienen de los efectos hacia el futuro de los fallos. Las mismas se limitan a afirmar, sin argumento alguno, la posición que exponen a través de una frase suelta¹⁹⁶.

Si realizamos el análisis estático de la estructura argumental de las mencionadas sentencias, es importante aclarar que se está analizando la legalidad de unos actos administrativos generales de contenido tributario, las Ordenanzas 27 y 40 de 2001 de la Asamblea Departamental del Atlántico, por lo que es claro que la determinación de los efectos del fallo es simplemente una cuestión accesoria, pues es totalmente ajena a las pretensiones de las demandas iniciales, en consecuencia, podemos clasificar esta frase suelta y sin argumentación alguna como *obiter dicta*, en el entendido que no tiene fuerza vinculante y que únicamente constituirá doctrina para los demás operadores jurídicos, máxime cuando el punto de los efectos en el tiempo de la sentencia no tiene relación ni con el tema en juzgamiento, ni con la cuestión central objeto de la decisión de fondo.

Haciendo de abogado del diablo, podemos estructurar el argumento a favor de los efectos hacia el futuro con base en la seguridad jurídica, la presunción de legalidad del acto y el carácter ejecutivo y ejecutorio del mismo. Más adelante volveremos frente a estos argumentos (en el momento en que se fijará la posición personal frente al tema).

6.2. Tesis de los efectos *ex tunc*: En igual sentido de la anterior posición, la que soporta los efectos retroactivos *no se caracteriza* por presentar una argumentación expresa y seria frente a las tesis que sostienen. Todas se limitan a plantear los efectos retroactivos de la sentencia de nulidad, haciendo la salvedad de *no afectar las situaciones consolidadas*, es decir, sólo afecta situaciones que aún se encuentren en disquisición, ya sea administrativa o judicialmente¹⁹⁷.

¹⁹⁶ "Comoquiera que la nulidad declarada en esta sentencia recae sobre un acto de carácter general, sus efectos son *ex nunc*, esto es, hacia el futuro." La misma frase se repite en las dos providencias:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero Ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ. Sentencia del 4 de junio de 2009. Radicación: 08001233100020020064001. Número Interno: 16085. Actor: ORIETTA DAZA ARIZA. Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero Ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Sentencia del 4 de junio de 2009. Radicación número: 08001-23-31-000-2002-00975-01(16086). Actor: CERVECERIA AGUILA S.A. (Hoy Bavaria S.A.). Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO.

¹⁹⁷ A título de ejemplo, podemos citar los siguientes apartes de dos providencias que soportan esta tesis:

- "De otra parte conforme la jurisprudencia y la doctrina, los efectos del fallo de nulidad inciden en las situaciones que se encuentran sub - iudice como es el caso de los actos

No obstante lo anterior, en el caso de las sentencias que determinan los efectos retroactivos, en ellas sí se encuentra en discusión lo referente a los efectos de la nulidad del acto administrativo general, con base en el cual se dictaron actos administrativos particulares que perjudicaron el patrimonio de los demandantes, por lo que en ellos el tema de los efectos de la sentencia de nulidad no es un simple dicho de paso, sino que nos encontramos frente a una verdadera *ratio decidendi*, pues si se cambiara la argumentación, la decisión de fondo sería radicalmente opuesta, es decir, se trata de un argumento central o primordial para adoptar la decisión de fondo y resolver el problema jurídico objeto del debate.

6.3. Los argumentos a favor de la tesis de los efectos *ex tunc*: Como ya lo podrá haber deducido el lector, la tesis por la que se inclina quien escribe estas letras es la predominante al interior del Consejo de Estado (no por la argumentación que ésta ha construido, ya que, como se evidencia de la lectura de las providencias, no existe tal argumentación a favor de una u otra tesis).

Cabe entonces estructurar una argumentación seria en torno a esta tesis y tratar de responder con *contra-argumentos* a quienes se puedan inclinar a favor de la posición contraria.

Veníamos diciendo que las normas procesales contencioso administrativas se limitan a determinar que el fallo dictado (en los proceso bajo conocimiento

administrativos demandados, pues es bien sabido que la declaratoria de nulidad produce efectos *ex tunc* es decir que se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad, excluyendo, en aras de la seguridad jurídica, las situaciones cumplidas que aun no se hayan consolidado, entendiéndose como tales aquellas que al momento de ser dictada la sentencia de nulidad se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas o están demandadas ante la jurisdicción contenciosa y sobre las cuales no ha operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada a que se refiere el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: DELIO GÓMEZ LEYVA. Sentencia del 21 de enero de 1994. Radicación número: 4614. Actor: SADE SURAMERICANA DE ELECTRIFICACIÓN S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS DISTRITALES.

- "Al respecto, la Sala ha precisado que la sentencia de nulidad de un acto administrativo produce efectos "*ex tunc*", esto es, desde el momento en que se profirió y que, debido a la retroactividad que se genera con tal decisión, las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto. Ha señalado también que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones que no se encuentren consolidadas, o lo que es lo mismo, que al tiempo de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de controversia ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contencioso-administrativa." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Sentencia del 23 de Julio de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-2002-00452-01(16404). Actor: PRODUCTOS QUAKER S.A. Demandada: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN.

de la jurisdicción contencioso administrativa) es obligatorio una vez en firme (artículo 174 del C.C.A.); y que para los dictados en las acciones de nulidad, o nulidad por inconstitucionalidad (en donde se declare la nulidad del acto administrativo), estos hacen tránsito a cosa juzgada *erga omnes* (artículo 175 *ibídem*, lo que tiene que ver con las personas a las que afecta el fallo y no con los efectos en el tiempo del mismo).

Siguiendo la línea, una de las premisas que soporta el argumento a favor de los efectos retroactivos parte de la existencia de un deber (en cabeza del Estado) que debe regir sus relaciones con los administrados con fundamento en la buena fe (artículo 83 de la C.P.), de donde se ha desprendido (en materia de derecho público) la confianza legítima¹⁹⁸ como punto de partida y de referencia para valorar y establecer la interacción entre los administrados y el Estado (que ejerce la autoridad administrativa). Conforme al principio de confianza legítima, la administración debe actuar siempre con arreglo a la ley en sentido material, cualquier otra actuación contraviene las normas superiores, configurando una vulneración a tal principio y, por ende, debe el Estado responder por la expedición de un acto administrativo de contenido general que posteriormente se anula, nulidad que deviene no de la declaración, sino de la violación de las normas superiores, lo que claramente ocurre desde su expedición, es decir, no se legitima el poder por el poder mismo, sino por respetar el principio de legalidad y el bloque de las normas superiores que fundamentan y limitan su actuar.

Así las cosas, el Estado regulador debe ser consciente de los límites de la facultad reglamentaria¹⁹⁹ de expedición de actos administrativos generales al momento de imponer (a través de ellos) deberes y obligaciones a los particulares, dado que sus funciones se encuentra regidas y limitadas por el principio de legalidad (Artículos 1, 6, 121, 122 y 123 de la C.P.), del que se desprende la esencia misma del Estado colombiano como *Estado Social de Derecho*, es decir, el poder sometido al orden de legalidad; respetando así tanto el orden jurídico en abstracto (entendido éste como todas las fuentes forma-

¹⁹⁸ Sobre el tema de la confianza legítima, pueden consultarse las siguiente obras de la doctrina nacional:

- VIANA CLÉVEZ, María José. El principio de Confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.
- VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad el Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008.
- LÓPEZ STERUP, Henrik. Principio de Legalidad, Discrecionalidad y Confianza Legítima. En: ALVIAR GARCÍA, Helena. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes - Temis. 2009.

¹⁹⁹ Sobre el tema puede consultarse a MONCADA ZAPATA, Juan Carlos. *El reglamento como fuente del derecho en Colombia*. Bogotá: Temis. 2007.

les del derecho, la jerarquía normativa de donde se deriva el orden de preferencia normativa), y la separación de poderes, todo ello encaminado a buscar una racionalización del poder público²⁰⁰.

Así mismo, en caso de que en ejercicio de las funciones propias (como es la facultad reglamentaria y la facultad de expedir normas generales que regulen la actividad del administrado) se actúe de forma irregular o excediendo los claros límites legales de la misma, incurriendo en los predios del legislador, vulnerando el principio de separación de poderes o la competencia de otra autoridad, el juez administrativo, al anular dicho acto ilegal, lo expulsa del ordenamiento jurídico (pues a todas las actuaciones que de él nacen se les traslada igualmente la ilegitimidad de su fuente).

La ilegalidad del acto administrativo, que si bien se declara por parte del juez a partir de la ejecutoria de la sentencia, existió desde el momento mismo de la expedición del acto, por lo que no puede darse validez a todos los actos particulares derivados del acto general anulado, pues tal cosa trastocaría el Estado de Derecho, una sociedad organizada, el sistema de fuentes del Derecho y el orden jurídico, que es claramente jerárquico y posee un orden o escala que determina la validez de las fuentes que se encuentran en inferior posición.

Interpretar de forma diferente haría pensar que el Presidente de la República y otras autoridades administrativas con facultades reglamentarias o reguladoras podrían limitar o condicionar la vigencia de la ley en sentido formal o las fuentes superiores del Derecho de acuerdo a la cadena de validez y la precedencia de las mismas, las que se encuentran por encima del reglamento en el sistema y, por tanto, carecen de poder para limitar o suspender la vigencia de las fuentes superiores.

Por lo anterior, un Acuerdo municipal que viola la ley general que regula, a título de ejemplo, el impuesto de industria y comercio, facultaría a éste órgano municipal a gravar con el mencionado tributo hechos que el legislador no

²⁰⁰ Sobre este punto, nos enseña la jurisprudencia constitucional: "En Colombia el principio de legalidad ha sido entendido como una expresión de racionalización del ejercicio del poder, esto es, como el sometimiento de las actuaciones de quienes desempeñan funciones públicas a norma previa y expresa que las faculden. Dicho principio está formulado de manera expresa en la Carta Política, y se deduce inequívocamente de ciertos preceptos.

Así las cosas, encontramos que el artículo 1 constitucional señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual conlleva necesariamente la vigencia del principio de legalidad, como la necesaria adecuación de la actividad del Estado al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente a los que tienen una vinculación más directa con el principio democrático, como es el caso de la ley." CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-028 de 2006.

haya descrito como generadores del mismo, y al declararse la nulidad de tal acto administrativo, el ente territorial habría modificado la ley o suspendido su vigencia mientras estuvo vigente el acto administrativo general, es decir, desde su expedición hasta que fuera anulado por la jurisdicción, lo que repugna a la competencia reglada y al principio de legalidad.

En apoyo de lo anterior, la doctrina expresa:

*"... la vigencia de la Ley no puede quedar extinguida por ningún Reglamento contrario a la misma, por mucho que sea el aquietamiento de los interesados y el tiempo que transcurra sin que se produzca reacción en contra de dicho Reglamento. En todo el problema de los Reglamentos ilegales la cuestión es siempre la misma y sumamente simple: si se diese eficacia a un Reglamento que está en contradicción con una Ley ello supondría negar esa misma eficacia a una Ley en pleno vigor, concretamente a la Ley infringida por dicho Reglamento."*²⁰¹

Por otra parte, desde el punto de vista netamente procesal, es claro que a través de la acción de nulidad simple, por su naturaleza pública, objetiva y unipretensional, se introduce en el proceso una pretensión del tipo declarativa pura²⁰² o *meramente declarativa*²⁰³, es decir, se pretende que el juez contencioso administrativo, previa verificación de la violación de las normas superiores en que debería fundarse el acto, declare que el mismo es nulo, compruebe o fije una relación jurídica previa²⁰⁴, por lo que lo que hace el juez es simplemente constatar la existencia de un vicio que nació con el acto mismo; diferencia esencial que tienen este tipo de pretensiones con las constitutivas, las que dan nacimiento a una situación jurídica desde el momento de su pronunciamiento²⁰⁵, caso que no es el de la pretensión de nulidad. Por ello, el acto es ilegal desde su nacimiento y no desde su declaración, como lo sostienen de forma errada las providencias aisladas de la sección cuarta (ubicadas al lado derecho de la figura que presenta visualmente la línea), las que, procesalmente hablando, carecen de soporte.

²⁰¹ SGARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. Op. Cit. Tomo I, p. 219.

²⁰² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Bogotá: ABC, 1981. Tomo I, p. 236.

²⁰³ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 276.

²⁰⁴ *Ibidem*. p. 276.

²⁰⁵ "a) Las pretensiones en las cuales se reclama la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, de una relación jurídica." *Idem*. p. 276.

Como argumento final con relación al tema en debate, tal como se expresó al inicio del presente capítulo, no existe norma general en la normativa adjetiva contencioso administrativa que regule de forma expresa el tema. Sin embargo, el legislador (ahí sí de manera expresa) ha determinado tres casos en los cuales los efectos de las sentencias de nulidad de actos administrativos rigen hacia el futuro. Estas normas son los artículos 24 de la Ley 35 de 1993, 38 de la Ley 142 de 1994 y 6, numeral 6.3., de la Ley 1150 de 2007.

Consecuentemente, en aplicación del principio de efecto útil de la norma²⁰⁶, sería la regla general el dar efectos retroactivos a los fallos de nulidad, y sólo en los tres casos regulados por el legislador de manera expresa como excepciones, dar efectos hacia el futuro a las mencionadas providencias. Interpretar de otra forma haría inócua la regulación expresa dada por el legislador en los casos expuestos, pues convertiría en regla general lo que el legislador ha regulado de forma expresa como excepción.

Así las cosas, los argumentos y la balanza claramente se inclina hacia la interpretación mayoritaria del Consejo de Estado, como es el de dar efectos retroactivos a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de contenido general.

Lo precedente siempre limitado por las situaciones consolidadas, a efectos de no vulnerar la seguridad jurídica y los derechos adquiridos de los particulares, es decir, en caso de que exista caducidad de la acción de reclamo, prescripción del derecho, cosa juzgada, vencimiento del plazo legal para corrección de la declaración u otro fenómeno jurídico o fáctico que haga imposible discutir la situación materializada en vigencia del acto administrativo declarado nulo, hace que se consolide la situación y se vuelva *incontrovertible* (no obstante la injusticia que puede comportar una decisión en este sentido), pero esta sede frente al principio de seguridad jurídica y el respeto de los derechos adquiridos. La jurisprudencia afirma:

²⁰⁶ Por el principio de efecto útil, entendemos, citando para ello la H. Corte Constitucional: "*Conforme al principio hermenéutico del efecto útil de las normas constitucionales, según el cual siempre debe preferirse aquella interpretación que confiere pleno efecto a las cláusulas de la Carta puesto que no debe suponerse que las disposiciones constitucionales son superfluas o no obedecen a un designio del Constituyente, resulta claro para la Corte Constitucional que las funciones electorales que deben ser objeto de regulación mediante ley estatutaria van más allá de las instituciones y mecanismos de participación ciudadana (CP art 152 literal d) o de la regulación de los derechos de participación de las personas y de los procedimientos y recursos para su protección. La Constitución confiere a los ciudadanos el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político; se trata pues de derechos fundamentales que deben ser respetados y garantizados por el Estado.*" Sentencia C-145 de 1994.

“Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos ex tunc (‘desde entonces’)”²⁰⁷, 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 mismo²⁰⁸.

En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta de que “la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado”²⁰⁹²¹⁰.

²⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 6 de junio de 1999, Rad. 5260, C.P. Juan Alberto Polo.

²⁰⁸ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 31 de mayo de 1994, Rad. 7245, C.P. Dolly Pedraza de Arenas: *“la sanción impuesta como se lee en el texto de la Resolución No. 5082 de 1985 por la cual se sanciona al actor con suspensión de 30 días, sin derecho a sueldo, por no haber atendido el parto de una afiliada del Seguro Social encontrándose de turno en el Instituto, fundamenta la sanción no solamente en el mencionado Acuerdo 158 de 1980, sino en el propio Decreto 1651 de 1977. Pero si ello no hubiere sido así, a pesar de ser cierto que el Acuerdo citado, fue declarado nulo por el Consejo de Estado el 19 de septiembre de 1990, dicha sentencia no toca los efectos de las situaciones concretas e individuales que se produjeron, en este caso, en el año de 1985, en vigencia del citado Acuerdo. En efecto, el acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos erga - omnes, pero sólo para el futuro, no para situaciones que ya encontraban consolidadas.”*

²⁰⁹ Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA, 19 de abril de 1991, Rad. 3151; Sentencia de 13 de octubre de 1995, Rad. 6058, C.P. Delio Gómez Leyva; Sentencia de 23 de marzo de 2001, Rad. 11598, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; 21 de septiembre de 2001, Rad. 12200; Sentencia de 5 de mayo de 2003, Rad. 12248, C.P. María Inés Ortiz B.

²¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 5 de julio de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00482-01(21051). Actor: MUNICIPIO DE PUERTO BOYACA. Demandado: LA NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA-FONDO NACIONAL DE REGALIAS.

Este sería el límite racional y ponderado de los efectos retroactivos de las sentencias que declaran la nulidad de los actos administrativos de contenido general.

7. CONCLUSIONES

- Tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, resulta ser una posición predominante al interior del Consejo de Estado el dar efectos retroactivos a las sentencias que declaran la nulidad de los actos administrativos de contenido general.
- Igualmente, encontramos una serie de argumentos tanto desde el punto de vista de los principios generales del derecho administrativo, como desde la teoría general del proceso, que soportan la posición predominante de los efectos *ex tunc* en mención.
- Las posiciones que soportan los efectos hacia el futuro tienen su soporte en la misma ley, pero parten de la aceptación misma de la regla general de los efectos retroactivos, por lo que ésta sola providencia no inclina la balanza a favor de la tesis que sostiene, dado que es una decisión aislada y basada en una norma legal expresa.
- Las restantes dos providencias del 4 de junio de 2009 (radicaciones 16085 y 16086) las podemos claramente clasificar como *posiciones aisladas* carentes de soporte argumental, dado que las mismas, al momento de sostener la tesis de los efectos hacia el futuro, no son más que un *dicho de paso*, lo que les resta fuerza en su posición.
- Teniendo en cuenta lo anterior, la línea del Consejo de Estado reiterada desde 1992 hasta el 2009 se consolida hacia la posición de otorgar los efectos retroactivos a las sentencias que declaran la nulidad de los actos administrativos de contenido general, con las posiciones aisladas sostenidas en las anteriores dos providencias, pero retomada en la última providencia encontrada sobre el tema del 28 de julio de 2009 (radicación 16404), por lo que creemos que el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo retomará *de forma reiterada* la posición (defendida aquí) de los efectos retroactivos de sus fallos de nulidad simple.

8. LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Era esta la oportunidad para concluir en definitiva la anterior discusión sobre los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos de contenido general. Sin embargo, el legislador reguló solo parcialmente el tema en el artículo 189 del C.P.A. y de lo C.A. que tendrá vigencia a partir del 2 de julio de 2012. En dicha norma se establece:

“ARTÍCULO 189. Efectos de la sentencia. *La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes sólo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.*

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2º del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.

...”

Como se puede observar, sólo se reguló lo relacionado con la acción de nulidad por inconstitucionalidad como control de constitucionalidad de los Decretos dictados por el Presidente de la República de los que no conoce en su constitucionalidad la Corte Constitucional, partiendo de la base de los efectos *ex nunc*, pero dejando en manos del Juez natural, el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, quien conoce de esta clase de acciones en única instancia, el disponer lo efectos *ex tunc*, tal como se encuentra en la actualidad con relación a los efectos en el tiempo de la declaratoria de inexecutable de una norma por parte de la Corte Constitucional (Artículo 45 de la Ley 270 de 1997).

Así las cosas, la nueva normativa no regula de forma expresa el tema en debate, por lo que consideramos aplicables todos los argumentos ya expuestos, que inclinan nuestra balanza hacia la aplicación *ex nunc* de los fallos que declaran la nulidad de actos administrativos generales.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ALVIAR GARCÍA, Helena. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes - Temis. 2009.
- BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2009.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: CONSUELO SARRIA OLCOS. Sentencia del 6 de marzo de 1992. Radicación número: 3662. Actor: COLOMBIANA DE TABACO S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS DE CALI.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: DELIO GÓMEZ LEYVA. Sentencia del 21 de enero de 1994. Radicación número: 4614. Actor: SADE SURAMERICANA DE ELECTRIFICACIÓN S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS DISTRITALES.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: DANIEL MANRIQUE GUZMÁN. Sentencia del 19 de Junio de 1998. Radicación número: 8812. Actor: HOECHST AKTIENGESELLSCHAFT (HOECHST AG). Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: DANIEL MANRIQUE GUZMÁN. Sentencia del 19 de enero de 2001. Radicación número: 05001-23-24-000-1997-0213-01(10581). Actor: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE. Sentencia del 23 de marzo de 2001. Radicación número: 76001-23-24-000-1997-4782-01(11598). Actor: BRAKO LTDA.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO. Sentencia del 21 de junio de 2001. Radicación número: 25000-23-25-000-1998-3184- 01(3824-00). Actor: EXCELINO DE JESÚS LINARES. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.
- CUARTA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: MARÍA INES ORTIZ BARBOSA. Sentencia del 1 de febrero de 2002. Radicación número: 17001-23-31-000-1998-0662-01(12256). Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS AGREGADOS S.A. ESP EMTELSA S.A. ESP. Demandado: DEPARTAMENTO DE CALDAS.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ. Sentencia del 29 de agosto de 2002. Radicación número: 25000-23-27-000-1999-0769-01(12555). Actor: MEDIA PLANNING COLOMBIA S.A. Demandado: CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE. Sentencia del 22 de noviembre de 2002. Radicación número: 25000-23-24-000-1997-2360-01(6572). Actor: GASEOSAS COLOMBIANAS S.A. Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ Y SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA. Sentencia del 4 de marzo de 2003. Radicación número: 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030). Actor: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR. Demandado: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: MARÍA INÉS ORTÍZ BARBOSA. Sentencia del 5 de mayo de 2003. Radicación número: 11001-03-27-000-2001-0243-01(12248). Actor: JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SANIN. Demandado: LA NACIÓN – DIAN.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Sentencia del 10 de marzo de 2005. Radicación número: 11001-03-26-000-1992-07961-01 (7961). Actor: GERMÁN CAVELIER GAVIRIA. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN «A». Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA. Sentencia del 7 de abril de 2005. Radicación número: 73001-23-31-000-2001-00798-01(2836-03). Actor: LUZ MARINA PAVA DE OLAYA. Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUÉ.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA. Sentencia del 16 de junio de 2005. Radicación: 25000-23-27-000-2001-00938-01(14311). Actor: GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. (CARREFOUR). Demandado: CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS. Concepto del 23 de agosto de 2005. Radicación número: 11001-03-06-000-2005-01672-00. Actor: MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ. Sentencia de 27 de octubre de 2005. Radicación número: 08001-23-31-000-2002-01558-01(15303). Actor: MOLINOS SAN MIGUEL LIMITADA. Demandada: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ. Sentencia del 27 de octubre de 2005. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-

- 04379-01(15270). Actor: SOLLA S.A. Demandada: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO. Sentencia del 16 de marzo de 2006. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-01858-01(3985-05). Actor: MODESTO ENRIQUE PERAFÁN ALEGRÍA. Demandado: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI (EMCALI).
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 5 de julio de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00482-01(21051). Actor: MUNICIPIO DE PUERTO BOYACÁ. Demandado: LA NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA-FONDO NACIONAL DE REGALÍAS.
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación número: 76001-23-31-000-2003-02814-01(15577). Actor: JOHNSON & JOHNSON DE COLOMBIA S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Sentencia del 27 de septiembre de 2006. Radicación número: 11001-03-26-000- 2000-08402-01(18402). Actor: RICARDO CIFUENTES SALAMANCA. Demandado: U.A.E. DIRECCIÓN GENERAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ. Sentencia del 18 de octubre de 2006. Radicación número: 25000-23-27-000-2000-01446-01(13652). Actor: URBANIZACIÓN SALGUERO S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00642-01(15333). Actor: GERMÁN DAIRO HERNÁNDEZ ALFONSO. Demandado: LA DIRECCIÓN DISTRITAL DE IMPUESTOS.
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. Sentencia del 8 de noviembre de 2007. Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03477-01(16284). Actor: CONTEGRAL MEDELLÍ S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Radicación número: 47001-23-31-000-2001-01189-01(16294). Actor: AVIDESA MAC POLLO S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

- SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE. Sentencia del 7 de febrero de 2008. Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00616-01(15443). Actor: CONCENTRADOS CRESTA ROJA S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-04365-01(16403). Actor: VICENTE ARTURO SOLARTE SOLARTE. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ. Sentencia del 6 de marzo de 2008. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-02387-01(15952). Actor: COLEGIO ROCHESTER LTDA. Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ.
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero Ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ. Sentencia del 4 de junio de 2009. Radicación: 08001233100020020064001. Número Interno: 16085. Actor: ORIETTA DAZA ARIZA. Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO.
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero Ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Sentencia del 4 de junio de 2009. Radicación número: 08001-23-31-000-2002-00975-01(16086). Actor: CERVECERIA AGUILA S.A. (Hoy Bavaria S.A.). Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Sentencia del 23 de Julio de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-2002-00452-01(16404). Actor: PRODUCTOS QUAKER S.A. Demandada: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.
 - CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-145 de 1994.
 - CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-028 de 2006.
 - CORREDOR ALEJO, Jesús Orlando. Firmeza, término de corrección y pago de lo no debido: visión bipolar del Consejo de Estado. En: REVISTA DE ORIENTACIÓN TRIBUTARIA IMPUESTOS Legis. Año 2010, no. 157. p. 10 a 15.
 - DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2001.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Democracia y el Lugar de la Ley. Madrid: Civitas, 1997.
 - GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. Bogotá: Universidad Santo Tomas, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.
 - LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Editorial Legis S.A. 2006.
 - LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2006.

- LÓPEZ STERUP, Henrik. Principio de Legalidad, Discrecionalidad y Confianza Legítima. En: ALVIAR GARCÍA, Helena. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes - Temis. 2009.
- MONCADA ZAPATA, Juan Carlos. El reglamento como fuente del derecho en Colombia. Bogotá: Temis. 2007.
- MUÑOZ, Gabriel. Efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad y nulidad de las normas tributarias. En: REVISTA DE ORIENTACIÓN TRIBUTARIA IMPUESTOS Legis. Año 2010, no. 157. p. 18 a 21.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho procesal administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez LTDA, 2000.
- PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2008.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- RODRÍGUEZ R., Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá: Temis, 2007.
- VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad el Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008.
- VIANA CLÉVEZ, María José. El principio de Confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.
- WHITTINGHAM GARCÍA, Elizabeth. El reintegro de impuestos por efecto de los fallos de nulidad. En: REVISTA DE ORIENTACIÓN TRIBUTARIA IMPUESTOS Legis. Año 2008, no. 150. p. 10 a 15.

CAPÍTULO VII

LAS COSTAS EN LAS ACCIONES SUBJETIVAS DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Su condena y liquidación a favor de la víctima como parte del principio de reparación integral y aplicación de los estándares internacionales de justicia

“... En cuanto a los obstáculos económicos, se verificó que en las sociedades capitalistas en general los costos de litigar eran muy elevados y que la relación entre el valor de la causa y el costo de litigarla aumentaban a medida que bajaba el valor de la causa. ... Estos estudios revelan que la justicia civil es costosa para los ciudadanos en general pero revelan que es impensable para los ciudadanos económicamente más débiles. Son ellos, en esencia, los protagonistas y los interesados en las acciones de menor valor y es en esas condiciones en las que la justicia es proporcionalmente más costosa, lo que configura un fenómeno de doble victimización de las clases populares frente a la administración de justicia”²¹¹

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LAS COSTAS PROCESALES, LOS SISTEMAS TEÓRICOS PARA SU REGULACIÓN Y LIQUIDACIÓN Y LAS CONCEPCIONES ASUMIDAS POR EL C.P.C. Y EL C.C.A.- 3. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS COSTAS EN TÉRMINOS GENERALES Y EN ESPECIAL LA EXENCIÓN QUE HA EXISTIDO A FAVOR DEL ESTADO.- 3.1. Las costas del procedimiento civil en la jurisprudencia constitucional.- 3.2. La Administración de Justicia y el Principio de la Gratuidad.- 3.3. La exención Estatal de las costas y el derecho a la igualdad.- 3.4. La constitucionalidad de la subjetividad de la condena en costas consagrada en el artículo 171 del C.C.A.- 4. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS CONFORME A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE JUSTICIA.- 4.1. Sistema Universal de Derechos Humanos.- 4.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.- 4.3. El principio de *restitutio in integrum*.- 4.4. El principio de *pro homine o pro persona*.- 5. INTERPRETACIÓN ESTRICTA DEL ARTÍCULO 171 DEL C.C.A.- 5.1. Las facultades procesales.- 5.2. Los derechos procesales.- 5.3. Los deberes procesales.- 5.4. Las cargas procesales.- 6. CONCLUSIÓN.- 7. LAS COSTAS EN EL

²¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, 2006. p. 202 y 203. En el texto referenciado, el profesor portugués SANTOS, hace alusión a un estudio sociológico, relacionado con el acceso a la administración de justicia, en referencia a la consagración constitucional de los nuevos derechos económicos y sociales.

1. INTRODUCCIÓN

Las costas dentro del proceso contencioso administrativo han tenido regulaciones oscilantes que van desde la exoneración total a favor de las entidades públicas, hasta la condena objetiva de éstas en las acciones resarcitorias (fincándose ,en la actualidad, en un régimen subjetivo para su imposición, artículo 171 del C.C.A. con la redacción dada por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998).

De allí surge una norma que parece fundada en la subjetividad de la condena en costas pero que, con base en claros principios superiores, debe, o bien modificarse en su interpretación, o inaplicarse²¹² en grado extremo por violarlos (no sólo a tales principios sino, además, sendas normas de carácter internacional que hacen parte del Bloque de constitucionalidad, y estándares internacionales de justicia que deben ser seguidos por los operadores jurídicos internos en pro de cumplir con los compromisos internacionales del Estado colombiano).

Teniendo todo ello en cuenta, en el presente capítulo se planteará el verdadero alcance e interpretación adecuada (conforme a principios supra normativos y el Bloque de constitucionalidad) que debe aplicársele al artículo 171 del C.C.A.

Para fundar la anterior posición se desarrollarán las ideas básicas sobre la definición y esencia de las costas, las teorías que soportan su liquidación, las teorías adoptadas por las normas adjetivas (tanto civiles como contencioso administrativas), la interpretación jurisprudencial de las costas en términos generales y, en especial, la exención que ha existido a favor del Estado, y la aplicación e interpretación del régimen subjetivo adoptado por la normativa procesal contenciosa con relación a las acciones indemnizatorias. Por último, la relación claramente existente entre las costas y el principio de reparación integral del daño, por una parte, y por otra, con los estándares internacionales de justicia y los compromisos

²¹² En este punto, resulta osado afirmar que se inaplicará una norma como la contenida en el artículo 171 del C.C.A., dado que la misma ha sido declarada conforma a la Constitución Política por parte de la Corte Constitucional, en sentencia C-043 de 2004, providencia que se analizará en el texto del presente capítulo.

internacionales que igualmente soportan el principio de reparación integral y que necesariamente condicionan la interpretación que del artículo 171 del C.C.A. se realice.

Pasemos pues al desarrollo del tema.

2. LAS COSTAS PROCESALES, LOS SISTEMAS TEÓRICOS PARA SU REGULACIÓN Y LIQUIDACIÓN, Y LAS CONCEPCIONES ASUMIDAS POR EL C.P.C. Y EL C.C.A.

En primer lugar, es necesario poner en claro qué se entiende por el concepto de *costas*.

El lexicón, en su acepción de *condenar*, define las costas como:

“condenar a alguien en ~s.

1. *loc. verb. Der. En lo civil, hacerle pagar los gastos que ha ocasionado a sus contrarios en el juicio; y en lo criminal, agravar accesoriamente el castigo con el pago total o parcial de los gastos.*²¹³

Ya el diccionario especializado nos menciona sobre las costas procesales:

*“Conjunto de gastos necesario generado en la mayoría de los procesos y que habrán de pagar las partes, ya sea cada una de ellas en la medida en que los haya ocasionado, ya una sola, si resulta “condenada en cosas”²¹⁴.
...”*

Como puede inferirse, de acuerdo a la regulación legal, las costas pueden ser consideradas (procesalmente hablando) como:

- Una carga procesal, es decir, como lo hemos expresado con anterioridad en el presente texto, aquel imperativo que emana de las normas procesales con ocasión al proceso, en cabeza de las partes, no exigible coercitivamente y cuya no ejecución acarrea para el renuente, consecuencias jurídico procesales desfavorables.

²¹³ El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, (en línea) www.rae.es consultada el 27 de julio de 2010.

²¹⁴ Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Espasa Calpe S.A., 2002. p. 441.

- Una obligación procesal impuesta a una o a ambas partes, como derecho subjetivo de contenido patrimonial²¹⁵ de donde se desprende el correlativo derecho procesal²¹⁶, en caso de imposición de la obligación a una de las partes, y a favor de la parte contraria.

Así las cosas, las costas en los procesos civiles y contencioso administrativos, entendidos como gastos procesales, es decir, como la asunción del valor de algunos actos procesales por las partes (notificaciones, honorarios de los auxiliares de la justicia, gastos procesales fijados al inicio del proceso, artículo 207 numeral 4 del C.C.A., etc.) son claramente una carga procesal de cuyo incumplimiento se pueden derivar consecuencias procesales negativas, como por ejemplo: la parálisis del proceso, la perención (artículo 148 del C.C.A.), el desistimiento tácito de la demanda (artículo 207 numeral 4 del C.C.A., en la redacción dada por el artículo 65 de la Ley 1395 de 2010), etc.

Por otra parte, las costas ya entendidas como el costo que deben asumir las partes por el hecho de iniciar o resistir un proceso (para lo cual deben no sólo cubrir los gastos procesales sino que deben asumir el valor de la representación judicial, que necesariamente debe estar presente en los procesos contencioso administrativos en donde se introducen pretensiones subjetivas -nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales- a través de abogado titulado e inscrito -artículos 24 y 25 del Decreto 196 de 1971-, rubro conocido como *agencias en derecho*), son valores que se impone cubrir para el ejercicio adecuado del derecho de acción o de contradicción; son una obligación procesal que debe ser asumida en principio por quien ejerce el derecho, valga reiterar, de acción o contradicción, y que se queda como obligación procesal asumida por cada parte (o se convierte en derecho a favor de una de ellas) de acuerdo a la regulación legal que el legislador consagre con relación a la condena en costas.

Sobre este punto, nos enseña el profesor MORALES MOLINA²¹⁷, que las diferentes teorías que soportan la condena en costas son las siguientes:

- Que cada parte pague lo suyo, es decir, se impone a cada parte la carga de cubrir los costos que por su actuar se imponen.

²¹⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I, p. 9.

²¹⁶ *Ibidem.* p. 8.

²¹⁷ Este aparte es desarrollado con base en el siguiente texto: MORALES MOLINA, Hernando. CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Parte General. Bogotá: Editorial ABC, 1991. p. 562 a 564.

- Que todo lo pague el vencido, es decir, las cargas procesales impuestas a lo largo del proceso a cada parte, adicionado en las agencias en derecho, se imponen de manera automática y objetiva a la parte vencida, por lo que a partir de éste momento, la carga se convierte en una obligación procesal que debe asumir el vencido, y un derecho procesal a favor de quien sacó adelante el proceso, incidente o recurso.
- Que la carga u obligación de satisfacer el valor total esté condicionada a ciertos elementos subjetivos como *la culpa del vencido*, lo que debe valorarse en la sentencia, es decir, la carga sólo se convierte en obligación (y en el correlativo derecho) previa la verificación del elemento subjetivo de la responsabilidad al interior del proceso, lo que efectivamente debe valorarse por el juez en la decisión de fondo.

De acuerdo a nuestras regulaciones adjetivas, el Código de Procedimiento Civil claramente se inclina frente a la teoría objetiva, dado que el artículo 392 numeral 1, en su redacción introducida por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, establece una condena automática para el vencido, quien debe correr con el costo de los gastos ocasionados en el proceso (debidamente soportados en el expediente) y las agencias en derecho. Por su parte, el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 171, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, se inclina por la última de las teorías, es decir, por la teoría subjetiva que soporta la condena en costas en la conducta procesal de las partes dentro del proceso y, en cada caso, según valoración que haga el juez al momento de decidir el proceso, un incidente o un recurso.

3. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS COSTAS EN TÉRMINOS GENERALES Y EN ESPECIAL LA EXENCIÓN QUE HA EXISTIDO A FAVOR DEL ESTADO

Analicemos el tema de las costas desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa como referencia necesaria para fijar el alcance, contenido e interpretación adecuada del artículo 171 del C.C.A.

La jurisprudencia constitucional no ha sido ajena al tema de las costas procesales. Teniendo en cuenta que este resulta ser un tema sensible y directamente emparentado con el derecho fundamental al acceso a la

administración de justicia (artículo 229 de la C.P.), derecho que, como se indicó con anterioridad trayendo las palabras del profesor SANTOS, es un *derecho bisagra* (ver nota al pie de página No. 79), el que a su vez se relaciona íntimamente con el tema de la gratuidad como principio dentro del ejercicio de la función estatal de administrar justicia. Sobre este punto, analicemos la jurisprudencia sobre el tema:

3.1. Las costas del procedimiento civil en la jurisprudencia constitucional: La primera decisión de la Corte Constitucional que se pronunció sobre las costas en el proceso civil resulta ser la sentencia C-480 de 1995. En esta oportunidad, el pronunciamiento que realiza la Corte sobre las costas no tiene relación directa con el tema en debate dentro de la mencionada sentencia, dado que se encontraba la Corte estudiando la constitucionalidad del artículo 338 parágrafo 4 del C.P.C., en el punto que establece la caución del tercero poseedor para oponerse a la diligencia de entrega, por lo que las afirmaciones contenidas en esta providencia no dejan de ser simplemente *obiter dicta*²¹⁸.

En decisión posterior, pero que por su generalidad se clasifica en este sub numeral, la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de la regulación legal contenida en el artículo 393 del C.P.C., relacionada con la forma de realizar la liquidación de las mismas. Se trata de la sentencia C-089 de 2002, en donde se declara exequible la norma, sentencia que no aporta elementos adicionales a la interpretación aquí emprendida, por lo que no se hace necesario ahondar en ella.

3.2. La Administración de Justicia y el Principio de la Gratuidad: Conforme a lo consagrado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, desde la redacción inicial contenida en el artículo 6 de la Ley 270 de 1996, como en el texto ahora vigente con la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 1285 de 2009, la gratuidad ha sido un principio que

²¹⁸ En el aparte pertinente, la Corte menciona el tema de las costas en este sentido: "Nuestro Código de Procedimiento Civil adopta un criterio objetivo en lo relativo a la condena en costas: se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento. No entra el juez, por consiguiente, a examinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente, o se opuso a él, y resultó vencido. Este criterio objetivo está plasmado en la primera de las reglas que contiene el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, según la cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, a la que pierda el incidente o los trámites especiales que lo sustituyen, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, el de casación o el de revisión que haya propuesto.

...

En síntesis, puede decirse que la condena en costas al vencido, es la sanción al abuso del derecho de litigar, que se presume en el vencido."

informa la administración de justicia, pretéritamente hablando, desde el artículo 1 del C.P.C. Sin embargo, todas estas normas mencionadas han consagrado las costas como una excepción a ese principio de la gratuidad.

La Corte Constitucional se ha pronunciado (en ejercicio del control previo y automático que ejerce frente a los proyectos de leyes estatutarias²¹⁹) con relación a los proyectos de ley estatutaria de la administración de justicia. Así pues, encontramos que, a través de la sentencia C-037 de 1996, se pronunció frente al proyecto que posteriormente fuera la ley 270 de 1996, y sobre el tema de la gratuidad y las costas, dijo:

*“El principio de gratuidad apunta, pues, a hacer efectivo el derecho constitucional fundamental a la igualdad. Con ello no quiere la Corte significar que aquellos gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes, tengan igualmente que someterse al principio de gratuidad. Por el contrario, si bien toda persona tiene el derecho de acceder sin costo alguno ante la administración de justicia, no sucede lo mismo con los gastos necesarios para obtener la declaración de un derecho. Por tal razón, la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas -usualmente a quien ha sido vencido en el juicio-, así como las agencias en derecho, esto es, los gastos en que incurrió la parte favorecida o su apoderado (a través de escritos, diligencias, vigilancia, revisión de expedientes) durante todo el trámite judicial. Se trata, pues, de **restituir los desembolsos realizados** por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal”.*
(Negrillas y subrayas propias).

Posteriormente, a través de la sentencia C-713 de 2008, se pronunció sobre el proyecto que devino en la ley 1285 de 2009, reiterando las excepciones a la gratuidad, y declarando exequible la norma con las modificaciones relacionadas con el tema del arancel judicial, pero sin aclaraciones adicionales respecto de las costas²²⁰.

²¹⁹ Artículo 241 numeral 8 de la C.P.

²²⁰ El texto de la norma vigente es el siguiente:

“ARTÍCULO 6o. GRATUIDAD. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen de conformidad con la ley.

No podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter penal, laboral, contencioso laboral, de familia, de menores, ni en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de la tutela y demás acciones constitucionales. Tampoco podrá cobrarse aranceles a las personas de escasos recursos cuando se decreta el amparo de pobreza o en aquellos procesos o actuaciones judiciales que determinen la ley.

Como podemos observar, la Corte empieza a estructurar un concepto de costas con una clara finalidad restitutoria, tal como se infiere del aparte resaltado.

3.3. La exención estatal de las costas y el derecho a la igualdad: Conforme lo consagraba el C.P.C., en su artículo 392, numeral 1, inciso 2²²¹, varias entidades públicas se encontraban exentas del cobro de las agencias en derecho, que como lo consagra el artículo 392 del C.P.C., hacen parte integrante de las costas. Sobre este tema, la exención se ha justificado con el argumento de que el Estado (y su patrimonio) es un bien colectivo que representa el interés general, motivo por el cual la exención resultaba soportada en tal principio. La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto en dos providencias.

La primera de ellas, la sentencia C-274 de 1998, en la que se declara exequible la norma, y con relación a la frase “*las instituciones financieras nacionalizadas*”, declara la cosa juzgada constitucional, estándose a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 98 del 29 de julio de 1990, que declaró inexecutable la mencionada expresión. En esta oportunidad, el fundamento de la demanda es el artículo 90 de la C.P., el cual consagra el daño antijurídico como *fuerza de la responsabilidad estatal*. En esta providencia, dijo la Corte sobre la relación existente entre la condena en costas y la responsabilidad del Estado:

“La condena en costas, en consecuencia, no implica el que se haya incurrido en una conducta contraria al derecho, temeraria o de mala fe. Para entender la diferencia, basta recordar que el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el numeral 28 del artículo 1º del decreto 2282 de 1989), establece que cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Y agrega que la condena, cuando aparezca probada tal conducta, se impondrá sin perjuicio de las costas a que haya lugar.

...

En síntesis: quien pierde el proceso, incidente o recurso, es condenado en costas. Pero sólo quien ha obrado en forma contraria al derecho, temeraria o de mala fe, es condenado al pago de los perjuicios que haya causado, como lo prevé el citado artículo 72, declarado exequible por esta Corporación, en sentencia C-141 de 1998.

²²¹ La norma en comento, era del siguiente tenor: “*En ningún caso la Nación, las instituciones financieras nacionalizadas, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios podrán ser condenados a pagar agencias en derecho, ni reembolso de impuestos de timbre.*”

Quinta.- El artículo 90 de la Constitución y la condena en costas.

El artículo 90 de la Constitución establece la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Para la Corte es claro que el daño antijurídico no se configura, en tratándose del proceso civil, por el solo hecho de que la entidad pública (Nación, departamento, municipio, etc.) pierda el pleito. Ese daño se da cuando quien ha representado a la persona jurídica de derecho público, ha actuado temerariamente o de mala fe. Puede afirmarse, por el contrario, que el artículo 90 de la Constitución, tiene plena aplicación si en el proceso en el cual es parte una persona jurídica de derecho público, se presentan alguno de los hechos previstos en el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil.

Pero, se repite, el sólo hecho de ser vencida en juicio la entidad pública no lleva a la conclusión de que por haber sido parte en el proceso, haya causado a la contraparte un daño antijurídico.

Dicho en otras palabras: no existe relación entre la condena en costas, como está reglamentada en el Código de Procedimiento Civil, y el artículo 90 de la Constitución. Por el contrario, sí la hay entre éste y el artículo 72 del mismo Código, que como ya se dijo, fue declarado exequible por esta Corporación.”

En esta providencia comienza la Corte a cambiar la posición anterior, estructurando ya las costas no como parte de la restitución del daño causado por el hecho de tener que acudir a la jurisdicción para que se declare el derecho negado en sede administrativa o el daño causado por el Estado, sino que consagra una serie de factores claramente subjetivos para la estructuración de la responsabilidad del Estado a través del daño antijurídico y, por tanto (según la mencionada providencia) la objetividad de las costas no posee fundamento en el artículo 90 de la C.P.

Por otra parte, ya en posterior demandada frente la norma en mención, fundamentada la misma en el derecho a la igualdad, la Corte Constitucional se pronuncia frente a la constitucionalidad del artículo 392 del C.P.C., declarando la inexecutable de dicha prerrogativa pública a través de la sentencia C-539 de 1999. En esta sentencia, en el aparte que podemos considerar la *ratio decidendi*, expresa la Corte:

“Juicio de proporcionalidad de la exención de condena en agencias en derecho

26. *La exención de condena en agencias en derecho a favor de la Nación y las entidades territoriales consagrada en la norma demandada, constituye, como se vio, la última versión de una prerrogativa pública que, desde el año de 1892, se concede a ciertos entes que conforman el Estado colombiano. Ciertamente, una de las finalidades de la reforma operada al Código de Procedimiento Civil de 1970 por el Decreto 2282 de 1989 consistió en reducir el alcance de un privilegio público que, en su versión inicial, comprendía la exención de condena de la integridad de los rubros que componen las costas. Al parecer, la reducción de la prerrogativa al concepto de agencias en derecho respondió a la necesidad de equilibrar esta exención con la prohibición establecida en el artículo 393-2 del estatuto procesal civil, según la cual no se podían decretar agencias en derecho a favor del Estado (v. supra). De esta forma, la existencia simultánea de la exención consagrada en el inciso 2° del artículo 392-1 del Código de Procedimiento Civil y de la prohibición establecida en el artículo 393-2 ibídem, equivalía a una anulación del concepto de agencias en derecho en aquellos procesos en los que participen la Nación y las entidades territoriales. En efecto, el Estado no podía ser condenado a pagar agencias en derecho pero tampoco tenía derecho a recibirlas. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el inciso 2° del artículo 393-2 del Código de Procedimiento Civil (v. supra), creando una ruptura del equilibrio que la reforma del año 1989 había buscado propiciar. En estas circunstancias, la prerrogativa pública bajo estudio, aunque reducida, recobró su carácter de tal y, con ella, las justificaciones en las que, históricamente, ha sido fundada.*

Más arriba en esta sentencia se estudió que a la exención de condena en costas a favor de ciertas entidades públicas le ha sido atribuida la finalidad de conceder un privilegio a esos entes estatales por el hecho de serlo, es decir, en razón de su «peculiar personalidad», de su «personalidad pública» o por la garantía del «interés general» que, a los mismos, corresponde cumplir. Aparte de estas finalidades, no ha sido avanzado un fin alternativo directamente comprometido con el cumplimiento de alguno de los objetivos específicos que la Constitución adscribe al Estado. En efecto, la excepción estudiada no tiende a promover los derechos de los habitantes del territorio, ni a garantizar el ejercicio de sus libertades, ni a proteger a los sectores más débiles o a fomentar la igualdad real y efectiva de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Tampoco se defiende al Estado de alguna amenaza ni se protegen las instituciones contra eventuales riesgos. En principio parecería que nada, distinto al hecho de que la parte vencida es el propio Estado, sirve para explicar la excepción estudiada.

En opinión de la Corte, según lo visto en párrafos anteriores, estas finalidades son contrarias al esquema axiológico que encuadra el ejercicio del poder público establecido en la Carta Política (v. supra) y, por tanto, carecen de toda legitimidad.” (Negrillas y subrayas propias).

Fijémonos cómo la Corte se centra en la razonabilidad de la exención parcial de costas consagrada en la norma civil, declarando su *no justificación* acorde al catálogo de valores de la Constitución Política vigente.

3.4. La constitucionalidad de la subjetividad de la condena en costas consagrada en el artículo 171 del C.C.A.: Merece especial atención la sentencia C-043 de 2004, que declaró la exequibilidad del artículo 171 del C.C.A., norma esta que, como ya se ha dicho, funda la condena en costas (en los procesos contencioso administrativos en ejercicio de acciones subjetivas o indemnizatorias) con base en la conducta procesal de las partes. En esta oportunidad, el fundamento de la demanda eran los artículos 13 y 90 de la C.P., que consagran el derecho a la igualdad y el régimen de responsabilidad estatal como el daño antijurídico.

Con relación al primer cargo, este se soporta en que el legislador reguló de forma diferente la responsabilidad en los procesos civiles, esto es, de manera objetiva; y en los procesos contencioso administrativos, lo hizo de manera subjetiva, cargo que fue desechado con fundamento en la libertad de configuración del legislador al momento de adoptar el sistema procesal de condena en costas en determinado tipo de procesos²²².

En cuanto al cargo de violar el artículo 90 de la C.P., retoma en parte los argumentos expuestos en la sentencia C-274 de 1998, con relación a la inexistencia de daño antijurídico por el sólo hecho de que el Estado pierda el proceso. En el aparte que resume el argumento, expresa la Corte:

“Así, el menoscabo patrimonial que se puede originar por el proceso no tiene un vínculo inescindible con el derecho sustancial que en el juicio se pretende hacer valer. El derecho sustancial a ser indem-

²²² En este punto, dijo la Corte en la sentencia en comento: “A juicio de la Corte esta posibilidad de regular de manera distinta el fundamento de la condena en costas en las diferentes jurisdicciones cae bajo las facultades del Congreso en materia regulación de los distintos procedimientos, más aun si se tiene en cuenta que éstos, en sí mismos, por la diferente naturaleza sustancial de los asuntos que en ellos se ventilan, requieren de instrumentos procedimentales particulares y adecuados para la realización plena de la justicia en cada caso. En tal virtud no prospera el cargo.” CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-043 de 2004.

nizado puede existir como tal por la presencia de un daño antijurídico, independientemente de la existencia del derecho al reembolso de las costas. Este último no depende directamente de aquel derecho sustancial, sino de que la parte que reclama la indemnización efectivamente logre un pronunciamiento judicial a su favor y de la conducta procesal de las partes en el proceso. En conclusión, la causa directa del derecho al reembolso radica en proceso, y no en la existencia cierta del daño antijurídico.

No se cumple entonces con el requisito exigido por la doctrina y la jurisprudencia según el cual el perjuicio, para ser indemnizable, debe ser directo, es decir derivarse inmediatamente del daño antijurídico inferido por el responsable.”²²³

La anterior interpretación se encuentra claramente alejada de la realidad. Pongamos un ejemplo claro (y a su vez extremo) de los que día a día se encuentran en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Un pensionado (persona de la tercera edad) que goza de una protección constitucional reforzada en su condición de debilidad manifiesta, presenta derecho de petición ante una entidad pública que le debe reconocer su pensión de vejez para que le reliquiden su mesada pensional con unos factores salariales que no le tuvieron en cuenta. La entidad pública niega la concesión de la reliquidación. Al peticionario no le queda más camino que el de la vía judicial, por lo que, necesariamente debe acudir al patrocinio de un abogado para que inicie los trámites necesarios para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y, por ése simple hecho, el profesional del Derecho, en ejercicio de su legítimo derecho al cobro de sus honorarios, exigirá de alguna forma el pago de su remuneración. El actor se ve en la necesidad de acudir a la jurisdicción en pro de justicia y, una vez se declare el derecho por parte del juez, ve mermado su derecho no sólo con el pago de los honorarios sino, además, con el pago de todos los gastos en los que indefectiblemente tuvo que incurrir para la obtención de una decisión de fondo de la judicatura.

Claramente se materializa la doble victimización de la que habla el profesor SANTOS en la cita que da inicio al presente capítulo, en el entendido de que se le niega el derecho por parte de la administración y, posteriormente, el Estado le arrebató parte de su legítimo derecho por la negativa a condenar en costas, con lo que el accionante debe asumir (con sus recursos) el costo del derecho al acceso a la administración de justicia.

²²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-043 de 2004

La Corte había igualmente interpretado el fin restitutorio de las costas en la sentencia C-037 de 1996, pero cambió ostensiblemente su posición en las posteriores sentencias C-274 de 1998 y C-043 de 2004.

En sentido contrario, es decir, en el entendido de que las costas hacen parte del daño, nos dice el profesor MORALES en anotación sobre el tema:

“...Pero es un concepto netamente procesal, no sólo porque la obligación de pagar las costas nace del proceso, sino porque si no se las reconociera, el litigio no quedaría justamente compuesto, ya que la necesidad de servirse del proceso para obtener el derecho, no debe gravar a aquel a quien se le reconoce.

...

Las costas quedan comprendidas dentro del daño como especie en el género, más concretamente en el daño emergente o disminución del patrimonio. Pero si el daño es de mayor entidad (Arts. 72 y 73), debe resarcirse a través del pago del perjuicio por temeridad o mala fe de la parte o su apoderado, o aun mediante proceso ordinario separada por abuso del derecho.”²²⁴

Así pues, si bien, debe distinguirse entre el daño proveniente de la necesidad de ejercer la acción para obtener la declaración del derecho, de la temeridad o mala fe procesales consagrados en los artículos 72 y 73 del C.P.C., dado que el primero tiene la autonomía propia el daño proveniente de la necesidad de acudir a la jurisdicción y asumir los costos que necesariamente implica el ejercicio del derecho de acción en las acciones de contenido subjetivo o indemnizatorio, como las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, por lo que debió interpretarse que el artículo 171 del C.C.A., violaba claramente el artículo 90 de la C.P.

Sin embargo, el entrar a inaplicar y reinterpretar una norma declarada ajustada a la carta política (por el órgano competente para ello en el ámbito interno) resulta ser osado, temerario e, incluso, puede ser interpretado como algo que raya con los linderos del Código Penal (prevaricato por acción). No obstante lo anterior, dentro de los causes de la juridicidad aún nos quedan varios caminos que no nos dejen caer en el abismo del derecho penal. Por una parte podemos escudriñar las normas internacionales, los estándares internacionales de justicia, la interpretación de las normas supra nacionales (dentro de las cuales tenemos claros principios que pueden soportar una interpretación diferente y basada en el orden jurídico

²²⁴ MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. p. 562 y 564.

internacional); y por otra, realizar una interpretación estricta de la norma en mención a la luz de lo que, en la práctica, puede llegar a configurar una conducta procesal de las partes que *justifique* la condena en costas en contra de la que resulte vencida (para fijar unas claras subreglas o parámetros interpretativos al respecto).

4. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS CONFORME A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE JUSTICIA

La interpretación planteada al final del anterior numeral (que tiende a interpretar las costas como parte integral del daño) tiene su soporte en instrumentos y decisiones de las cortes internacionales de justicia, tal como se entrará a explicar.

4.1. Sistema Universal de Derechos Humanos: Nace este sistema en la segunda post-guerra, la que concientiza a algunos de los países occidentales de la necesidad de consagrar una serie de instrumentos que garanticen los derechos que posee el ser humano por el sólo hecho de serlo. Es así como nace el Sistema Universal de Derechos Humanos en el interior de la Organización de Naciones Unidas a través de la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS²²⁵.

Del mencionado instrumento universal de Derechos Humanos se desprende la garantía de la efectividad de los derechos al interior de los Estados (a través de los procedimientos judiciales pertinentes)²²⁶, derechos del que se ha deducido el de obtener una indemnización justa y adecuada.

Dentro de los instrumentos del sistema universal que consagran el derecho a la indemnización integral, encontramos adicionalmente:

- **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.** Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). Esta normativa inter-

²²⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, AG. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948).

²²⁶ El artículo 8 de la mencionada declaración, consagra: "Artículo 8. 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."

nacional garantiza en su artículo 14.1. el derecho a que la legislación de los Estados parte, “(...) *garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una **indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible.***” (Negrillas y subrayas propias).

- **Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.** Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Instrumento que garantiza el acceso a la justicia y trato justo (numeral 8) y el cuanto al resarcimiento, consagra:

*“8. Los delinquentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, **el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.**”* (Negrillas y subrayas propias).

- **Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU** [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] Quincuagésimo sexto período de sesiones. Tema 162 del programa: Este documento internacional, consagra en su artículo 31 el derecho a la reparación, en los siguientes términos:

*“Artículo 31
Reparación*

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.”

- **Resolución 60/147 de 2005. 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 recursos y obtener reparaciones. Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU** [sobre la base del informe de la

Tercera Comisión (A/60/509/Add.1)]: En cuanto a la indemnización del daño, consagra este documento internacional:

“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 graves 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.**”
(Negrillas y subrayas propias).

Como se infiere de los documentos internacionales antes citados, todos incluyen los gastos de la asistencia jurídica y de otras personas dentro del valor de la indemnización o restitución del daño, por lo que la interpretación de las costas como parte del daño *posee apoyo directamente en los instrumentos internacionales del sistema universal de protección de los Derechos Humanos.*

4.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Este sistema deriva su existencia de la DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE²²⁷. Del mencionado instrumento regional de Derechos Humanos se desprende la garantía de la efectividad de los derechos al interior de los Estados a través de los procedimientos judiciales pertinentes²²⁸, derecho que contiene a su vez el de obtener una indemnización justa y adecuada.

²²⁷ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimpresso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992).

²²⁸ El artículo 18 de la mencionada declaración, consagra: “Artículo XVIII. Derecho de justicia. 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

Dentro de este sistema, encontramos la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS²²⁹ como organización judicial que juzga el cumplimiento de los tratados y documentos que conforman el sistema, organismo que en varias y reiteradas decisiones judiciales ha dicho que las costas y gastos están involucrados dentro del concepto de reparación o el pago de la justa indemnización, es decir, hacen parte del restablecimiento o reintegro del derecho que se reclama en sede judicial (para nuestro caso -de los procesos contencioso administrativos-, a través de las acciones indemnizatorias). Lo anterior se deriva del derecho consagrado en la CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHO HUMANOS, en el artículo 63-1. Dicha norma es del siguiente tenor:

“Artículo 63

1. *Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”*

La Corte Interamericana ha dicho lo siguiente respecto de la interpretación de la mencionada disposición:

“257. La Corte ha señalado que las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto a su reembolso, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de la protección de los Derechos Humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su quantum sea razonable”²⁶².

la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.”

²²⁹ Colombia aceptó la competencia contenciosa de la Corte desde el 21 de julio de 1985.

²³⁰ Colombia es Estado Parte de la Convención desde el 31 de julio de 1973, fecha en que se depositó el instrumento de ratificación.

262 Cfr. Caso Ricardo Canese, *supra* nota 152, párr. 212; Caso Gómez Palomino, *supra* nota 247, párr. 150; Caso García Asto y Ramírez Rojas, *supra* nota 247, párr. 286, y Caso Blanco Romero, *supra* nota 247, párr. 114.”²³¹

En consecuencia, atendiendo el plus con el que cuentan los Derechos Humanos y que hacen parte del Bloque de constitucionalidad (en sentido estricto²³²) conforme lo consagrado el artículo 93 de la C.P., la interpretación dada por la CORTE INTERAMERICANA debe primar frente a la dada por la Corte Constitucional, máxime cuando el Estado colombiano se ha comprometido a dar cumplimiento a la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que conlleva a que la interpretación que de las normas internas se haga por parte de los operadores jurídicos internos debe respetar estos compromisos internacionales so pena de hacer *responsable internacionalmente* al Estado colombiano por incumplimiento del tratado internacional de protección de Derechos Humanos.

Por otra parte, es importante tener en cuenta al momento de interpretar cualquier norma (interna o internacional) lo que se conoce como *estándares internacionales de justicia o principios generales del Derecho*, los cuales son admitidos por las naciones civilizadas y constituyen fuentes del Derecho internacional público²³³.

Dentro de los anteriores encontramos los siguientes principios (o parámetros interpretativos de relevancia internacional) que sirven igualmente de apoyo a la interpretación de las *costas* como parte integrante del daño:

²³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. (Fondo, Reparaciones y Costas). Para no resultar repetitivos, sólo se citarán las siguientes providencias que apoyan la decisión antes transcrita, todas del mismo organismo internacional, entre otras:

- Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Sentencia de 27 de agosto de 1998 (Reparaciones Y Costas), párrafo No. 79.
- Caso Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo No. 188.
- Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) párrafo No. 257.

Todas estas providencias, pueden ser consultadas en la página de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, <http://www.corteidh.or.cr/> consultada el 27 de julio de 2010.

²³² Sobre este concepto y su diferencia con el Bloque de constitucionalidad en sentido lato, ver de la CORTE CONSTITUCIONAL, las siguientes sentencias: C-191 de 1998 y C-582 DE 1999, entre otras.

²³³ Sobre el particular, puede consultarse la siguiente obra: UPRIMNY YEPES, Rodrigo, et al. DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla - Fundación Social - Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Asdi, 2006. p. 104 y ss.

4.3. El principio de *restitutio in integrum*: Como su nombre lo indica, el daño objeto de reparación debe ser restituido íntegramente, es decir, es lo que se conoce como la *reparación o restitución integral del daño*.

Este principio se fundamenta en el derecho internacional de los Derechos Humanos y en las decisiones de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS que incluyen además (dentro de la indemnización del daño) los perjuicios conocidos en nuestra tipología interna como materiales (lucro cesante y daño emergente), inmateriales (morales y daño a la vida de relación) y, yendo más allá y propendiendo por la adopción de medidas simbólicas de restauración, la imposición de obligaciones de hacer o no hacer que garanticen la no repetición de los hechos o actos que generaron el daño²³⁴. Sobre este punto, traigamos las palabras mismas de la Corte:

“48. La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (restitutio in integrum, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras).

*49. La obligación de reparar establecida por los tribunales internacionales se rige, como universalmente ha sido aceptado, por el derecho internacional en todos sus aspectos: alcance, naturaleza, modalidades y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, supra 42, párr. 42).”*²³⁵

En decisión posterior, afirmó el mismo tribunal internacional:

“201. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las conse-

²³⁴ Sobre este punto puede consultarse la siguiente obra: M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. TIPOLOGÍA Y REPARACIÓN DEL DAÑO NO PATRIMONIAL. Situación en Iberoamérica y en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

²³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. (Reparaciones y Costas).

*cuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados*¹⁶². *Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso*¹⁶³.

162 Cfr. *Caso Goiburú y otros*, supra nota 1, párr.. 142; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, supra nota 97, párr.. 117, y *Caso Ximenes Lopes*, supra nota 6, párr.. 209.

163 Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros*, supra nota 6, párr.. 136; *Caso Goiburú y otros*, supra nota 1, párr.. 142, y *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr.. 176.”²³⁶

Pero el principio en estudio no sólo tiene consagración internacional. Es aceptado legalmente por el derecho de daños interno, tal como se puede desprender de la lectura del artículo 16 de la Ley 446 de 1998²³⁷, norma que consagra el principio de reparación integral, la equidad y los criterios técnicos actuariales como *parámetros a tener en cuenta* al momento de valorar los daños irrogados a las personas y las cosas (determinando debidamente su liquidación).

Encontramos igualmente en la normativa interna el artículo 8 de la Ley 975 de 2005, *“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.”*²³⁸, norma que

²³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas).

²³⁷ La disposición en cita, es del siguiente tenor literal: "ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales." Sobre la misma se ha pronunciado la Corte Constitucional sobre su constitucionalidad en las sentencias C-114 de 1999, C-487 de 2000 y C-965 de 2003.

²³⁸ La disposición en cita, es del siguiente tenor literal: "ARTÍCULO 8o. DERECHO A LA REPARACIÓN. El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

acepta los parámetros internacionales de justicia y reparación del daño, incluyendo la indemnización, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción moral, la garantía de no repetición y la reparación simbólica, tanto individual como colectiva.

Por su parte, el CONSEJO DE ESTADO no ha sido ajeno a la aplicación del principio de reparación integral del daño, no sólo en casos donde se demanda la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los Derechos Humanos, sino en casos de daños de otra naturaleza.

Frente a las violaciones de los Derechos Humanos y la reparación integral, ha dicho el máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

“10. Ahora bien, dados los supuestos fácticos que rodean el asunto objeto de análisis, resulta pertinente precisar el contenido y alcance de los parámetros del artículo 16 de la ley 446 de 1998, según los cuales, para la valoración de los daños dentro de cualquier proceso que se adelante ante la administración de justicia, en la ponderación y determinación de aquellos irrogados a las personas y a las cosas, se atenderán los postulados de “reparación integral”, “equidad”, así como los criterios técnicos actuariales.

En similar sentido, el artículo 8 de la ley 975 de 2005, determinó el contenido y alcance del derecho a la reparación, en los siguientes términos:

...

Como se aprecia, el Estado colombiano reconoce claramente el derecho que le asiste a toda persona a deprecar, de parte de la organización pública, o de cualquier particular que haya ocasionado una determinada lesión a la persona o a cosas, la correspondiente reparación integral del perjuicio, la cual deberá garantizarse en términos de equidad.

La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley." Sobre la misma se ha pronunciado la Corte Constitucional sobre su constitucionalidad en las sentencias C-575 de 2006, corregida por Auto A286 de 2006, y C-080 de 2007.

En esa perspectiva, el Estado a nivel interno, se ve claramente comprometido a verificar la reparación integral de los daños que padezcan los asociados, principio del derecho resarcitorio que se ve igualmente reflejado en el ámbito internacional.

Por lo tanto, la coexistencia del principio general del derecho referido a la “reparación integral del daño”, debe ser objeto de estudio, con el fin de determinar cuál es el alcance de este postulado normativo en el marco internacional, específicamente, en el relativo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos –de ahora en adelante “SIDH”, y cómo se proyecta en el contexto del derecho interno colombiano.

Corresponderá, por consiguiente, definir a partir de este paralelo, ¿cuál debe ser el papel del Juez de lo Contencioso Administrativo en la aplicación de dichos axiomas?; ¿cómo debe armonizar el principio de “reparación integral” en el ámbito interno?, y ¿qué tanta influencia y fuerza vinculante proyecta en el derecho nacional este canon reconocido por el derecho internacional de los Derechos Humanos?

Es necesario, por lo tanto, abordar el estudio de la aplicación concreta del principio de reparación integral en el ordenamiento jurídico interno, así como la forma en la cual el mismo se relaciona y desarrolla a partir del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, específicamente a partir del concepto de resarcimiento del daño.

Toda reparación parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado, o de una violación a un derecho o a un interés legítimo que, consecencialmente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico, en la medida en que quien lo sufre no está obligado a soportarlo, como quiera que el ordenamiento jurídico no se lo impone.

Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- *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, se enfrenta a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias²³⁹, debe establecer a cabalidad la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para que constatada la imposibilidad de efectuar en toda su dimensión la misma, pueda abordar entonces medios adicionales de reparación como la rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos.

En otros términos, cuando se habla del análisis de hechos relacionados con la violación de Derechos Humanos, según los parámetros normativos y descriptivos contenidos en los preceptos de la Carta Política y en las normas internacionales que regulan la materia, el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, para lo cual debe aplicar el conjunto de normas que le brindan suficientes instrumentos dirigidos a que se pueda materializar un efectivo restablecimiento integral del daño.”²⁴⁰

Pero no sólo en caso de violación de los Derechos Humanos se debe garantizar la reparación integral, dado que las normas internas, en especial el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, hace extensivo dicho principio a todo tipo de proceso en donde se persiga la reparación de un daño, lo que igualmente ha sido aceptado por el Consejo de Estado en la siguiente providencia:

²³⁹ En este punto resulta pertinente señalar que, a diferencia del marco internacional de los Derechos Humanos, en Colombia no existe ningún tipo de autoridad que pueda de manera independiente y autónoma, adoptar todas y cada una de las medidas tendientes a la reparación integral del daño. Es por ello que, necesariamente, en el ámbito interno, es necesario a efectos de obtener la verdadera concreción de la justicia restaurativa de Derechos Humanos trasgredidos, obtener la coordinación y convergencia de las diversas entidades encargadas de la efectiva materialización de las medidas de reparación (v.gr. Procuraduría, Fiscalía, Jurisdicción Ordinaria, Jurisdicción Constitucional, Jurisdicción Contencioso Administrativa, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Acción Social (Programa Presidencial), etc.”

²⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación número: 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Actor: MARÍA DELFA CASTAÑEDA Y OTROS. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA, POLICÍA NACIONAL Y OTRO. La anterior posición se reitera en la siguiente providencia de la misma corporación, sala, sección y ponente: Sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente 17994.

“Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado.

...
Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, así como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a Derechos Humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal.”²⁴¹

Como se deja ver, la reparación integral es claramente la columna vertebral y el parámetro interpretativo del derecho de daños, ya que el resarcimiento de los daños causados (buscado a través de cualquiera de las vías procesales contencioso administrativas existentes para ello, es decir, a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales) necesariamente debe conllevar a que la parte vencida cubra (como parte de la indemnización o restitución del daño) los gastos en que incurre quien debe acudir a la jurisdicción para lograr este cometido, constituido en las costas procesales en su integridad, habida cuenta que el principio de reparación del daño conlleva necesariamente al reconocimiento de las costas procesales como parte íntegramente unida a él.

4.4. El principio de *pro homine* o *pro persona*²⁴²: El principio *pro homine*, que por efectos de la utilización de un lenguaje inclusivo es denominado como *pro persona*, consiste en que toda exégesis normativa que se em-

²⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Expediente: 76001233100019973225 01. Radicación interna No.: 18.364. Actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

²⁴² Sobre este punto, pueden consultarse las siguientes fuentes bibliográficas:

- CASTILLA, Karlos. EL PRINCIPIO PRO PERSONA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. En: REVISTA CUESTIONES CONSTITUCIONALES. Universidad Autónoma de México Año 2009, no. 20. p. 65 a 83.
- RIVERA LOAIZA, Julián. El cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿un derecho fundamental de las víctimas? En: CUADERNILLOS D DERECHO PENAL. Universidad Santiago de Cali Año 2005, no. 14. p. 13 a 77.

prenda debe partir de la base de que deben interpretarse de manera *extensiva* los alcances del derecho humano, y de manera *restrictiva* sus limitaciones. Como lo ha dicho la Corte Interamericana:

*“De todos modos éstas pueden y deben considerarse implícitamente contempladas en ellas en virtud del principio de interpretación extensiva de los Derechos Humanos y restrictiva de sus limitaciones (principio **pro homine**), y del criterio universal de hermenéutica de que donde hay la misma razón hay la misma disposición”.*²⁴³

Este principio, ha venido siendo acompañado de los siguientes estándares interpretativos:

- Principio de interpretación evolutiva.
- Principio de interpretación conforme.
- Principio de interpretación de posición preferente.
- Principio de interpretación de maximización de los derechos.
- Principio de interpretación de fuerza expansiva de los derechos.
- Principio de interpretación del estándar mínimo.
- Principio de interpretación de progresividad.
- Principio de interpretación de interacción.
- Principio de interpretación de irreversibilidad.
- Principio de interpretación de indivisibilidad.
- Principio de interpretación de efectividad o del efecto útil.

La Corte Constitucional, ha hecho uso de este principio, y lo ha definido como:

²⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85 DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1985. LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS (ARTS. 13 Y 29 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS). SOLICITADA POR EL GOBIERNO DE COSTA RICA.

*“...un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los Derechos Humanos, esto es, **estar siempre a favor del hombre**.*

...
En este orden de ideas, los jueces deben propender por la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos, pues se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas en materia sancionatoria o anulatoria se lleve a cabo sin acudir a criterios extensivos o analógicos, y tome en cuenta el principio de legalidad, y en últimas, de acuerdo con los criterios “pro-homine”, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano.”²⁴⁴

Por su parte, la doctrina²⁴⁵ nos ilustra en el sentido de que este principio interpretativo se manifiesta o concretiza en las siguientes reglas:

1. Preferencia interpretativa, que implica la interpretación extensiva de la norma que propende por la protección del derecho y la interpretación restringida que limita al máximo la disminución del campo de acción de la norma que delimita el derecho.
2. Preferencia de normas, que conlleva a la prelación de la norma más protectora del derecho y a la conservación de la norma más favorable frente a la desfavorable, en caso de normas que confluyan en la determinación del derecho.

Por lo anterior, en aplicación de este principio y las reglas que lo concretizan, resulta estar más soportada la interpretación que afirma la integración de las costas a la indemnización del daño que se pretende reparar a través del proceso, que la interpretación pregonada por la Corte Constitucional (Sentencias C-274 de 1998 y C-0473 de 2004) que limita y establece que las costas no hacen parte del daño.

Del mismo modo, aplicando las reglas de preferencias de normas, se hace necesario dar prioridad en la aplicación a todas las normas e instrumen-

²⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-284 de 2006.

²⁴⁵ Ver CASTILLA, Karlos. Op. Cit. p. 71 a 80.

tos internacionales que pregonan que las costas hacen parte de la reparación integral del daño del artículo 171 del C.C.A., que condiciona las costas a la conducta procesal de las partes.

Como conclusión de este numeral, podemos afirmar categóricamente que la interpretación que la Corte Constitucional dio al artículo 171 del C.C.A., al momento de estudiar su constitucionalidad, no aplicó ni los estándares internacionales de justicia, ni el principio de reparación integral, no digamos ya el principio *pro homine*, las normas e instrumentos internacionales, y la jurisprudencia internacional, los que palmariamente indican y pregonan que la reparación del daño (y el daño mismo) reclamado judicialmente comporta el reconocimiento de los gastos en que se incurrió para materializar y reclamar su declaración, dado que existen los elementos de juicio necesarios para inaplicar el artículo 171 del C.C.A., y condenar y liquidar las costas al interior de los procesos contencioso administrativos en donde se discuta la responsabilidad de la administración a través de las acciones subjetivas.

5. LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA DEL ARTÍCULO 171 DEL C.C.A.

Adicional a la anterior interpretación (conforme a la normativa internacional), nos queda otro camino, como es el de entrar a fijar una serie de reglas que nos llenen de contenido el concepto jurídico indeterminado contenido en el artículo 171 del C.C.A., de “(...) *la conducta asumida por las partes (...)*”, y que doten de herramientas al juez contencioso administrativo para que realice (en cada caso concreto) una verdadera valoración de la conducta procesal de las partes y no que (simplemente) adopte en sus decisiones de fondo formulas sacramentales vacías para cumplir con la motivación de decidir la negativa de la condena en costas.

Se hace necesario nuevamente acudir a la doctrina que soporta la teoría general del proceso para determinar en qué consiste la conducta procesal de las partes, pues el proceso jurisdiccional se encuentra compuesto de una serie de etapas, dentro de las cuales, de acuerdo a la regulación legal adjetiva necesaria para materializar el debido proceso, se impone a los sujetos del proceso el cumplimiento de ciertas conductas que generan facultades, derechos, deberes y cargas procesales. Fijemos entonces el alcance de los anteriores conceptos y determinemos cómo pueden materializarse al interior del proceso contencioso administrativo de conformidad con la regulación legal.

5.1. Las facultades procesales: Se trata de acciones o conductas que pueden asumir las partes al interior del proceso cuyo no ejercicio es inexigible de forma coercitiva, ni acarrea consecuencias desfavorables desde el punto de vista procesal. Como facultades procesales tenemos, a título de ejemplo: la contestación de la demanda, dado que la norma procesal contenciosa establece que dentro del término de fijación en lista se podrá contestar la demanda (artículo 144 del C.C.A.), por lo que la no ejecución de la conducta no genera consecuencia procesal alguna en su contra, salvo el no ejercicio del derecho de contradicción.

En cuanto a las facultades (por el carácter inane en su ejercicio), su inejecución no podrá generar la valoración negativa de la conducta procesal al momento de determinar las costas.

5.2. Los derechos procesales: Los podemos definir como ciertas prerrogativas derivadas de las normas procesales que se ejercen dentro del proceso, o para su iniciación. Dentro de ellos encontramos:

- El derecho de acción que tiene el demandante y el correlativo derecho de contradicción que tiene el demandado.
- El derecho a probar, que se finca en ambas partes como garantía esencial del debido proceso.
- El derecho a presentar recursos, el cual es claramente la materialización de la garantía de la doble instancia o, en su defecto, de la revisión horizontal de la decisión.

De los anteriores derechos procesales, ¿cuáles pueden ser ejercidos de forma abusiva para que se valoren de forma negativa al momento de establecer la condena en costas?

Los derechos (en términos generales) no son absolutos, y en su ejercicio se puede incurrir en abusos. Como bien lo describe GALLO²⁴⁶, "*Male enim nostro iure uti non debemus*"²⁴⁷. El principio general del abuso del derecho posee fundamento normativo, en:

²⁴⁶ Sobre el concepto del abuso del derecho, puede consultarse las siguientes obras:

- ATIENZA, Manuel, et al. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Del Abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

²⁴⁷ GAYO, Institutas 1.53. "No debemos usar mal de nuestro derecho". Citado por RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Op. Cit. p. 36.

- La Constitución Política, la cual, en su artículo 95 numeral 1 establece como deberes de las personas el *no abusar de los derechos propios*. Es así como desde la misma Constitución encontramos el fundamento del abuso del derecho y, por ello, el límite al ejercicio de los mismos.
- Las normas civiles consagran el principio general de la indemnización de perjuicios en los artículos 2341, 2343 y 2356, a través de los cuales se consagra la responsabilidad civil extracontractual.
- El artículo 830 del C.Co., consagra de forma expresa el principio general del abuso del derecho y la obligación del abusador de indemnizar los perjuicios que de su abuso se deriven.
- Igualmente, encontramos la fuente del abuso del derecho en los artículos 230 de la C.P., y 8 de la Ley 157 de 1887, normas que establecen como fuente del derecho los principios generales del derecho, como lo es el ABUSO DEL DERECHO.

Fijado el marco normativo, es importante definir qué entendemos por abuso del derecho, “... cuando se presente un ejercicio excesivo, anormal o disfuncional de un derecho subjetivo”²⁴⁸. En otras palabras, existe abuso del derecho:

*“Cuando el titular de una prerrogativa jurídica, de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que se ha otorgado la prerrogativa; o bien cuando actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros, incurre en un acto abusivo, no ejerce su derecho sino que abusa de él. En tal caso, el acto carece de eficacia y vincula la responsabilidad del agente por los daños causados.”*²⁴⁹

Por lo tanto, el abuso de los derechos procesales puede generar una conducta procesal inadecuada que *necesariamente* debe reflejarse en el momento de determinar la condena en costas.

- El derecho de acción conlleva el derecho a presentar demandas, pero, como todo derecho, posee su límite en el ejercicio abusivo del

²⁴⁸ Ibidem. p. 20.

²⁴⁹ MOLINA R., Juan Carlos. Op. Cit. p. 11.

mismo. En consecuencia, demandas temerarias o carentes de todo fundamento fáctico y normativo son el ejercicio arbitrario de un derecho que debe ser valorado al momento de decir sobre la condena en costas.

- Resulta un poco más compleja la valoración con relación al derecho de contradicción, ya que el accionado tiene el legítimo derecho de contestar la demanda y oponerse en ella a los hechos, presentar sus hipótesis fácticas, presentar todas las excepciones que jurídica o fácticamente fundamente y soportar toda su defensa en las pruebas legalmente admitidas. Sin embargo, podemos entrar a valorar la conducta procesal del demandado al momento de contestar una demanda y oponerse a las pretensiones tomando en cuenta lo consagrado en el artículo 114 de la ley 1395 de 2010, que de forma clara entra a dar un valor obligatorio a la jurisprudencia contenciosa en caso de haberse fallado cinco o más casos análogos al discutido. Entonces, una defensa acérrima de lo indefendible podría ser valorada por el juez (al momento de fallar) como una *actitud temeraria* y, en consecuencia, podría éste determinar la posibilidad de condenar en costas, dado que una conducta contumaz en aceptar los criterios interpretativos dados por la jurisprudencia, obliga al peticionario a acudir al ejercicio de la acción contenciosa para obtener la satisfacción de su derecho, el cual, con la aplicación de la norma en mención (directamente, o a través de los medios alternativos de solución de conflictos, como la conciliación extrajudicial), pudo haberse reconocido vía mecanismo alternativo de solución de conflictos.
- Con relación al derecho a probar, dado que el juez realiza un control legal sobre las pruebas en torno a su pertinencia, conducencia y eficacia (artículo 178 del C.P.C.), y ejerce muchas facultadas en torno a ellas, difícilmente puede éste derecho causar una conducta negativa que pueda generar la condena en costas.
- Por último, con relación a los recursos, el ejercicio del derecho en mención está limitado por el ejercicio temerario de los derechos en general. Igualmente debe entrar a valorarse la norma mencionada en el punto anterior (el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010) para determinar si se trata de casos en donde se ha fijado una clara línea por parte de la jurisprudencia. Y si la decisión que se pretende impugnar la acoge, el recurso sería claramente dilatorio, lo cual conllevaría a valorar negativamente la conducta del impugnante con su consecuente condena en costas en segunda instancia.

5.3. Los deberes procesales: Se trata de acciones positivas que imponen las normas procesales con ocasión del proceso, y cuyo fin es su normal desenvolvimiento. Su incumplimiento puede dar lugar a sanciones o a imponer coercitivamente su ejecución. Dentro de ellos encontramos (en el interior del proceso contencioso administrativo):

- El deber de la entidad pública (demandada) de cumplir con la orden de allegar la copia hábil del acto demandado (en debida forma y oportunidad), cuando el despacho accede a la petición previa formulada por el actor (artículo 139 inciso 4 del C.C.A.).
- El deber procesal que tiene el demandado de allegar, en el término concedido por el despacho judicial, los antecedentes administrativos del acto administrativo demandado (artículo 207 del C.C.A.).
- El deber general de lealtad y buena fe, que se impone en todo proceso (artículo 71 numeral 1 del C.P.C.).
- El deber general de colaborar en la práctica de pruebas y diligencias (artículo 71 numeral 6 de C.P.C.), deber que incluye el de allegar, dentro del término que ordene el juez (y en todo caso dentro del término probatorio), los documentos que se le soliciten (y se encuentren en su poder) para tenerlos en cuenta como material probatorio.

De todos los anteriores deberes procesales podemos inferir una conducta procesal inadecuada, dado su violación genera dilaciones injustificadas (o faltas en la colaboración debida a favor de la administración de justicia) al interior del proceso, por lo que, si se presentan estos hechos, deben valorarse negativamente al momento de determinar la condena en costas.

5.4. Las cargas procesales: Entendidas estas como aquel imperativo que emana de las normas procesales con ocasión del proceso, en cabeza de las partes, no exigible coercitivamente, y cuya no ejecución acarrea (para el renuente) consecuencias jurídicas procesales desfavorables. Se tiene la carga de:

- La carga de acompañar con la demanda todas las pruebas que se encuentren en poder del demandante (artículo 139 del C.C.A. adicionado por el artículo 59 de la Ley 1395 de 2010).
- La carga de acompañar (con la contestación) todas las pruebas que se encuentren en poder del demandado (artículos 144 parágrafo y

145 párrafo del C.C.A., este último adicionado por el artículo 60 de la Ley 395 de 2010).

- La carga de la prueba (artículo 177 del C.P.C.).
- La carga de cancelar los gastos procesales (en cabeza del demandante), (artículo 204 numeral 4 del C.C.A., adicionado por el artículo 65 del C.C.A.).
- La carga de prestar la caución impuesta al demandante (artículo 140 del C.C.A.)²⁵⁰.

El incumplimiento de las cargas procesales acarrea en sí mismo una consecuencia procesal expresa (que consagra la norma que establece la carga), dado que, de cada una de las enunciadas, se desprenden en su orden:

- La pérdida de la posibilidad de incorporar los documentos que tiene en su poder como pruebas.
- Un indicio grave en su contra.
- La negativa de las pretensiones.
- El archivo del proceso.
- La inactividad del proceso y la posible perención del mismo.

Por lo anterior, se considera que el incumplimiento de las cargas procesales ya tiene en sí la sanción o consecuencia procesal negativa, pues su incumplimiento no puede valorarse como *conducta procesal negativa* al momento de establecer la posibilidad de condenar en costas al vencido.

En apoyo de todo lo precedente ha dicho el Consejo de Estado:

“La norma remite así a lo que la doctrina ha denominado “cláusulas abiertas” o “conceptos jurídicos indeterminados”, los cuales no dan vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico sino a una aplicación razonable de la norma con un mayor margen de apreciación.

²⁵⁰ Para tales efectos puede consultarse el capítulo III de esta obra, LA CAUCIÓN PARA DEMANDAR. Entre el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y la defensa del patrimonio público.

Respecto de los criterios jurídicos indeterminados ha sostenido García de Enterría que el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados permiten no implican en ningún caso una discrecionalidad para determinar si ellos objetivamente existen o no²⁵¹. En este sentido el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo en relación con los actos administrativos señala que «en la medida en que el contenido de 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»²⁵².

Es decir que en el caso concreto, la cláusula abierta que contiene el artículo 56 de la ley 446 de 1998 no faculta al juez para decidir a su arbitrio sobre la existencia material de la conducta procesal, sino para resolver en frente de una actuación claramente verificable, cuándo ella amerita la condena al reembolso de los gastos hechos por la parte favorecida con el juicio, incidente o recurso, en consideración a los fines de esa facultad discrecional.

La Sala considera que el juicio que en este caso debe hacerse implica un reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva.

En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

Es claro que el Legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora.»²⁵³

²⁵¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. La lucha contra las inmunidades del poder. Madrid, Cuadernos Civitas., 1983. p. 63.

²⁵² Sobre el tema ver sentencias de la Corte Constitucional C - 530 de 1993, C - 024 de 1994, C - 473 de 1994 y C - 081 de 1996.

²⁵³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 18 de febrero de 1999. Radicación número: 10775. Actor: ETILMA MELANIA BERNAL SANTOS. Demandado: FONDO ROTATORIO DE ADUANAS.

A modo de conclusión del presente numeral, la valoración que el juez contencioso administrativo realice al momento de determinar la condena en costas del vencido dentro del proceso administrativo, ha de fijarse en torno al ejercicio abusivo de los derechos procesales y el incumplimiento de los mismos deberes, lo que ostenta apoyo en la posición jurisprudencial citada.

6. CONCLUSIÓN

- Las costas (al interior de los procesos contencioso administrativos en donde se discuten pretensiones indemnizatorias), no obstante la interpretación que de ellas se ha realizado de manera predominante por la Corte Constitucional, hacen parte integrante de la indemnización o reparación integral del daño que se reclama judicialmente, por lo que, conforme a criterios, principios, normas y antecedentes jurisprudenciales internacionales, debe interpretarse como *objetiva y automática* a favor de las víctimas de los daños infringidos (en su actuar) por el Estado.
- Adicionalmente, en caso de aceptarse la postura de la Corte Constitucional, la valoración que el juez contencioso administrativo realice al momento de determinar la condena en costas del vencido (dentro del proceso administrativo) ha de fijarse en torno al ejercicio abusivo de los derechos procesales y el incumplimiento injustificado de los mismos deberes, para lo cual se fijan unas reglas (a título enunciativo) que pueden llegar a llenar de contenido el concepto jurídico indeterminado contenido en el artículo 171 del C.C.A.

7. LAS COSTAS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La nueva regulación adjetiva contencioso administrativa que entrará a regular los procesos a partir del 2 de julio de 2012, cambia de forma radical la concepción sobre las costas en contra del Estado, dado que de forma expresa remite al C.P.C. su condena, liquidación y ejecución, salvo que se trate de procesos donde se ventile el interés público. La norma es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 188. Condena en costas. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la*

condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Por lo anterior, en los procesos en donde se presente, de acuerdo a la nueva denominación del proceso contencioso administrativo, pretensiones subjetivas, como la nulidad y restablecimiento del derecho, la reparación directa y las controversias contractuales, habrá condena en costa de acuerdo al régimen de regulación objetiva, es decir, el que pierde paga, tal como se explicó en los numerales 2 y 3 del presente capítulo, por lo que tanto demandante como demandado, sin importar la calidad de público o privado, se verá avocada a pagar las costas de la pretensión introducida o resistida, por el simple hecho de perder el proceso, lo que hará que necesariamente tanto demandantes como demandados deban afrontar el proceso contencioso administrativo con una nueva perspectiva, dado que tanto los actores que demandaban a diestra y siniestra, libres de cargos económicos adicionales por la no prosperidad de las pretensiones, o las entidades públicas que de manera tozuda resistían las pretensiones reiteradamente concedidas, deberán analizar su actuación a partir de la vigencia del nuevo C.P.A. y de lo C.A., dado que se verán en el futuro próximo, condenados en un nuevo rubro por el sólo hecho de perder el proceso.

Es importante analizar en todo caso, las consecuencias de esta determinación legislativa, en torno a los administradores de las entidades que de forma reiterada se niegan a conceder en vía administrativa, pretensiones que de forma unánime concede la jurisdicción, dado que al aumentar la condena de la entidad que representan con las costas, podrían llegar a comprometer su responsabilidad personal patrimonial, atendiendo no sólo las directrices adoptadas por el artículo 114 de la ley 1395 de 2010, que de forma clara entra a dar un valor obligatorio a la jurisprudencia contenciosa, sino las normas mismas del C.P.A. y de lo C.A. que reiteran la obligatoriedad de la jurisprudencia contenciosa.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, et al. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- CASTILLA, Karlos. *EL PRINCIPIO PRO PERSONA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*. En: *REVISTA CUESTIONES CONSTITUCIONALES*. Universidad Autónoma de México Año 2009, no. 20. p. 65 a 83.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 18 de febrero de 1999. Radicación número: 10775. Actor: ETILMA MELANIA BERNAL SANTOS. Demandado: FONDO ROTATORIO DE ADUANAS.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación número: 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Actor: MARÍA DELFA CASTAÑEDA Y OTROS. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA, POLICÍA NACIONAL Y OTRO. La anterior posición se reitera en la siguiente providencia de la misma corporación, sala, sección y ponente: Sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente 17994.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Expediente: 76001233100019973225 01. Radicación interna No.: 18.364. Actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-480 de 1995.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-191 de 1998.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-114 de 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-582 de 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-487 de 2000.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-965 de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-043 de 2004.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-284 de 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-575 de 2006, corregida por Auto A286 de 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-080 de 2007.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85 DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1985. LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS (ARTS. 13 Y 29 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS). SOLICITADA POR EL GOBIERNO DE COSTA RICA.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Sentencia de 27 de agosto de 1998 (Reparaciones Y Costas), párrafo No. 79.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. (Reparaciones y Costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sen-

tencia de 5 de agosto de 2008. (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) párrafo No. 257.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo No. 188.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. (Fondo, Reparaciones y Costas).
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I.
- Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, (en línea) www.rae.es consultada el 27 de julio de 2010.
- Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Espasa Calpe S.A., 2002.
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. TIPOLOGÍA Y REPARACIÓN DEL DAÑO NO PATRIMONIAL. Situación en Iberoamérica y en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- MOLINA R., Juan Carlos. Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma al código civil. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1969.
- MORALES MOLINA, Hernando. CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Parte General. Bogotá: Editorial ABC, 1991.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, 2006.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del Abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- RIVERA LOAIZA, Julián. El cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿un derecho fundamental de las víctimas? En: CUADERNILLOS D DERECHO PENAL. Universidad Santiago de Cali Año 2005, no. 14. p. 13 a 77.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, et al. DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla – Fundación Social – Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Asdi, 2006.

CAPÍTULO VIII

LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS

Una regla que se convirtió en excepción

“2. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva exige también que el Fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, en su caso, por el daño sufrido, ya que lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones.”²⁵⁴

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. EL EMBARGO COMO FORMA DE GARANTIZAR EL PAGO DE LAS DEUDAS EN GENERAL Y LA INEMBARGABILIDAD A FAVOR DE LOS BIENES DEL ESTADO.- 2.1. El embargo en términos generales.- 2.2. La regla de la inembargabilidad de los bienes públicos (marco jurídico).- 2.3. Los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación.- 2.4. Aplicabilidad de las reglas de inembargabilidad.- 3. LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS EN LA JURISPRUDENCIA.- 3.1. La jurisprudencia constitucional.- 3.2. La jurisprudencia contencioso administrativa.- 4. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS.- 5. UNA CONSIDERACIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.- 6. EL EMBARGO DE RECURSOS PARAFISCALES. 7. PERSECUCIÓN EJECUTIVA Y EMBARGO DE BIENES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN LIQUIDACIÓN.- 8. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL EMBARGO DE BIENES PÚBLICOS NO SUSCEPTIBLES A DICHA MEDIDA.- 8.1. La responsabilidad disciplinaria.- 8.2. La responsabilidad penal.- 9. CONCLUSIONES.- 9.1. Bienes absolutamente inembargables.- 9.2. Embargabilidad de las Entidades públicas que administren el régimen de prima media con prestación definida y todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, del Distrito Especial y de los Institutos Descentralizados y de Economía Mixta, en la parte de los recursos que tengan destinados al pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte.- 9.3. Regla general de la inembargabilidad de los recursos incorporados al presupuesto general a la Nación, antes de que salgan del torrente de los recursos centrales.- 9.4. Reglas para la embargabilidad de las entidades que hacen parte del presupuesto general de la Nación.- 9.5. Reglas para la embargabilidad de

²⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 32/1982, 7 de Junio de 1982. Ponente Doña Gloria Begué Cantón.

las entidades territoriales y entidades descentralizadas de estas.- 9.6. Reglas para el embargo de los dineros pertenecientes al Sistema General de Participaciones.- 9.7. Reglas especiales a favor de las empresas sociales del Estado.- 9.8. Reglas para el embargo de recursos parafiscales.- 9.9. Una conclusión final.- 10. LAS REGULACIONES DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CON INSIDENCIA EN EL TEMA EN DESARROLLO.- 11. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El Estado representa los intereses generales, es así como toda su acción debe ir encaminada a materializar sus fines, que no son otros que los consagrados en el artículo 2 de la C.P. Y en calidad de representante de ése interés, y obligado a la materialización de los derechos y garantías de los coasociados, se consagran a su favor una serie de garantías que van más allá de las que se le otorgan a los particulares.

El patrimonio de los particulares (en el derecho privado) constituye la prenda general de los acreedores²⁵⁵, es decir, todos los bienes que en él se encuentran ubicados pueden ser perseguidos por éstos a fin de hacer valer las obligaciones incumplidas. En el derecho público, el Estado y sus bienes (y rentas) se encuentran protegidos, dado que tales cosas poseen una finalidad que va encaminada a la materialización de los fines estatales. Tal es la justificación de la regla de *inembargabilidad* de los bienes de titularidad pública.

Sin embargo, en el derecho público (como en el privado) los bienes de titularidad estatal son de todas formas la garantía de las obligaciones pecuniarias a cargo de las diferentes entidades que lo conforman, por lo que deben igualmente ponderarse las prerrogativas públicas frente al justo derecho de los acreedores del Estado a exigir la cumplida solución de sus acreencias legalmente constituidas.

En consecuencia, entran en tensión varias normas y derechos (algunos de rango iusfundamental), por lo que se hace necesario estudiar la viabi-

²⁵⁵ El artículo 2488 del C.C. establece la prenda general de los acreedores en el derecho privado, en los siguientes términos: "ARTICULO 2488. PERSECUCION BIENES. Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677."

lidad de exigir coercitivamente (aún acudiendo a las medidas cautelares ordinarias) al Estado incumplido el pago efectivo de sus obligaciones.

Así las cosas, se planteará en el presente capítulo el tema de la inembargabilidad de los bienes públicos, sus excepciones, el manejo y responsabilidad frente al tema, el estudio de la normativa que lo consagra, la forma como la jurisprudencia lo ha tratado y cómo ha entrado a solventar las tensiones que entre normas y derechos se presentan.

Es importante tocar el tema de la carga de la prueba de la inembargabilidad, el que se desarrollará antes de entrar a analizar la responsabilidad derivada del embargo de los bienes inembargables.

Incluiremos adicionalmente el tópico de la persecución ejecutiva de las entidades públicas en liquidación, el cual, si bien no tiene relación directa con el de la inembargabilidad, sí posee una unidad temática, dado que ésta sería una forma de limitar el derecho al acceso a la administración de justicia, que como se ha entendido, incluye el derecho a ejecutar las decisiones judiciales y los créditos legalmente adquiridos, pues existen unas regulaciones especiales frente a las entidades públicas en proceso de liquidación, punto que merece ser abordado en este capítulo.

Por último, en el acápite de las conclusiones se presentarán de manera ordenada y sistemática las diferentes excepciones a la regla de la inembargabilidad de los bienes de las entidades estatales, es decir, se planteará una lista de excepciones en la que se puede embargar bienes públicos que, en principio, resultarían inembargables.

Pasemos pues a desarrollar los temas planteados.

2. EL EMBARGO COMO FORMA DE GARANTIZAR EL PAGO DE LAS DEUDAS EN GENERAL Y LA INEMBARGABILIDAD A FAVOR DE LOS BIENES DEL ESTADO

2.1. El embargo en términos generales: La tutela cautelar judicial²⁵⁶ es claramente una parte de lo que se conoce como *el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia*²⁵⁷, derecho fundamental

²⁵⁶ Sobre este tema, en perspectiva constitucional, puede consultarse la siguiente obra: RESTREPO MEDINA. Manuel Alberto. *Perspectiva Constitucional sobre la tutela cautelar judicial*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario – Dike, 2006.

²⁵⁷ Constitución Política, artículo 229. “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la

que conlleva a la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para solicitar (en determinados casos) que se prevea lo necesario para que la decisión de fondo sea efectivamente cumplida²⁵⁸. Así, en el derecho procesal tenemos varias formas de medidas cautelares, dentro de las que encontramos el embargo.

Podemos clasificar al *embargo* como un *acto procesal de aseguramiento de bienes*²⁵⁹, o como una *providencia dirigida a asegurar la ejecución forzada*²⁶⁰, dado que con él se pretende de manera preventiva evitar la insolvencia del deudor, frente a la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a su cargo, sacando del comercio los bienes muebles o inmuebles de su propiedad, sirviendo todos ellos de garantía del cumplimiento de la obligación perseguida.

Tiene esta figura como características esenciales (y en especial la providencia que la decreta) el ser una decisión provisional, es decir, no se adopta decisión definitiva alguna (ni se decide la suerte de los bienes embargados) sino hasta cuando se adopte la decisión de fondo en el proceso.

2.2. La regla de la inembargabilidad de los bienes públicos (marco jurídico): Como ya se planteó en la introducción, el Estado es el titular y representante del interés general, disposición que se lleva a cabo gracias a los bienes y rentas públicas.

Por virtud de la necesidad de tales circunstancias es que desde la misma Constitución Política encontramos una serie de normas que garantizan que los bienes de titularidad pública permanezcan ajenos a los avatares de las providencias cautelares de embargo. Hagamos un inventario de estas normas partiendo de la norma superior:

De la Constitución Política:

En la Constitución Política, encontramos:

administración de justicia. La ley indicará en qué caso podrá hacerlo sin representación de abogado.”

²⁵⁸ Como lo afirma la doctrina, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comporta la efectividad del fallo.” GONZÁLEZ PÉREZ. Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1984. p. 131.

²⁵⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I, p. 462.

²⁶⁰ CALAMANDREI, Piero. Las Providencias Cautelares. Bogotá: Leyer, 2008. p. 38.

- Artículo 63. Esta norma que garantiza la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo y el patrimonio arqueológico de la Nación, defiriendo al legislador la definición de los demás bienes de titularidad pública que pueden gozar de estas prerrogativas.
- Artículo 72. Consagra esta norma la inembargabilidad del patrimonio cultural, arqueológico y otros bienes que conforman la identidad nacional, cuya propiedad pertenece a la Nación.
- Artículo 365, adicionado por el artículo 3 del acto legislativo 04 del 11 de julio de 2007. Esta norma, si bien no de manera directa, ha sido de forma indirecta la fuente de un decreto que ha regulado el tema de la inembargabilidad de los recursos pertenecientes al sistema general de participaciones, el cual se expidió en ejercicio de las facultades otorgadas por la misma norma con el fin de darle herramientas a la Nación (con esta fuente²⁶¹) para controlar la ejecución de los recursos de las entidades territoriales.

De rango legal:

Como puede inferirse del artículo 63 constitucional antes mencionado, el constituyente dejó en manos del legislador el establecer (además de los que la norma consagra) en qué casos considera él que deben ser inembargables (y cuáles) los bienes públicos. Como normas que desarrollan el anterior mandato constitucional, encontramos:

- Los artículos 64 del Decreto 1221 de 1986 y 318 del Decreto 1222 de 1986. Estas normas son aplicables a las entidades descentralizadas del orden departamental²⁶², consagran la inembargabilidad de los re-

²⁶¹ ARTÍCULO 3o. Adiciónense al artículo 356 de la Constitución Política los siguientes incisos: "El Gobierno Nacional definirá una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, para asegurar el cumplimiento del metas de cobertura y calidad. Esta estrategia deberá fortalecer los espacios para la participación ciudadana en el control social y en los procesos de rendición de cuentas.

Para dar aplicación y cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior, el Gobierno Nacional, en un término no mayor a seis (6) meses contados a partir de la expedición del presente acto legislativo, regulará, entre otros aspectos, lo pertinente para definir los eventos en los cuales está en riesgo la prestación adecuada de los servicios a cargo de las entidades territoriales, las medidas que puede adoptar para evitar tal situación y la determinación efectiva de los correctivos necesarios a que haya lugar."

²⁶² El artículo 1 del Decreto 1221 de 1986, define las entidades descentralizadas objeto de la regulación legal en él contenida, en los siguientes términos: "ARTÍCULO 1o. DE LAS ENTIDADES

cursos que reciban las entidades descentralizadas a título de transferencia de la Nación o del respectivo Departamento, o como producto de los contratos de empréstito interno o externo que celebren. Con relación a los recursos propios, las mismas normas consagran sólo el embargable de hasta la tercera parte del valor total de los mismos.

- Artículos 1 y 2 de la Ley 15 de 1982, la cual consagra (como regla general) la inembargabilidad de los dineros oficiales de las dependencias del orden nacional, departamental, municipal, del Distrito Especial y de los Institutos Descentralizados y de Economía Mixta; destinados al pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte.
- Artículo 513 incisos 2 y 3 del C.P.C. Estas normas establecen la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados al presupuesto general de la nación, y establece el desembargo (previa prueba de su calidad) de los mismos en caso de que se embarguen.
- Artículo 684 del C.P.C. Esta norma consagra una serie de bienes inembargables: los de uso público, los destinados a un servicio público (cuando éste se preste directamente por un departamento, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos); las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios; las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas (mientras no hubiere concluido su construcción), excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras por salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales; entre otros.
- Artículo 134 numeral 2 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 44 del Decreto 692 de 1994. Estas normas consagran la inembargabilidad de los recursos de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida y sus respectivas reservas, régimen que, como es bien sabido, sólo es administrado por el Instituto de los Seguros Sociales y la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL (en liquidación²⁶³), ambas entidades públicas en calidad de empresas industriales y comerciales del Estado.

DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden departamental los establecimientos públicos, las empresas industriales comerciales y las sociedades de economía mixta."

²⁶³ Esta entidad fue suprimida y ordenada su liquidación por el Decreto 2196 de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 47.378, del 12 de junio de 2009.

- Artículo 19 del Decreto 111 de 1996, norma denominada *Estatuto Orgánico del Presupuesto*, el cual compiló las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1991. En el texto original de dichas normas encontramos (en el artículo 6 de la Ley 179 de 1994) el principio de la inembargabilidad del presupuesto público. Tales medidas consagran el principio presupuestal público de la inembargabilidad de las rentas, bienes y derechos de las entidades que hacen parte del presupuesto general de la nación, haciendo extensivo ése principio a los recursos que reciben las entidades territoriales, de acuerdo a lo consagrado en el título XII, capítulo 4, artículos 356 a 364 de la C.P.
- Artículo 58, numeral 13 de la Ley 550 de 1999. Esta norma consagra la prohibición de iniciación de proceso ejecutivo y embargo de los bienes de las entidades territoriales, las entidades descentralizadas del mismo orden, y las universidades estatales del orden nacional o territorial, sometidas a acuerdo de reestructuración de pasivos regulado en la mencionada norma. Se resalta que la Ley 550 de 1999, norma que desde su expedición tenía vigencia temporal, fue establecida única y exclusivamente para las entidades antes mencionadas, tal como lo consagra el artículo 126, inciso segundo de la ley 1116 de 2006.
- Artículos 18 y 91 de la ley 715 de 2001. Estas normas reiteran igualmente la inembargabilidad de los recursos que manejan las entidades territoriales provenientes del Sistema General de Participaciones, teniendo en cuenta que tales provienen de los recursos nacionales y, al ser incorporadas en los presupuestos de las entidades territoriales, no hacen unidad de caja con éstos, en consecuencia deben ser administrados en cuentas separadas y por sectores para tener un efectivo control de su manejo.
- Artículo 21 del Decreto 28 de 2008. Este decreto (como ya se mencionó) es expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas directamente por la Constitución Política en el Acto Legislativo 04 de 2007, el cual adicionó el artículo 365. Esta norma reitera la inembargabilidad de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones, que no obstante ser administrados por las entidades territoriales, no tienen unidad de caja con los recursos propios, pues tienen origen nacional y, por lo tanto, se hacen beneficiarios de la extensión de la inembargabilidad del presupuesto nacional.

- Artículo 37 de la Ley 1365 de 2009. Esta norma establece el procedimiento a seguir en caso de que los funcionarios públicos reciban orden de embargo de bienes o rentas incorporados en el presupuesto general de la nación (incluidas las transferencias del sistema general de participaciones), a fin de que se solicite el desembargo de los mismos. Se resalta que a través de esta ley se expide el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropiaaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2010, y todas las leyes anteriores a esta (para las vigencias fiscales anuales) contienen una norma con redacción igual o similar, cambiando solamente la numeración del artículo¹⁶⁴.

De rango reglamentario:

- El Decreto 1807 de 1994, modificado por el Decreto 3861 de 2004. En estos decretos se regula lo concerniente al embargo de las cuentas (en los casos en los que la jurisprudencia constitucional ha establecido esta posibilidad) de las entidades incorporadas al presupuesto, pero aclarando en todo caso es que improcedente el embargo *antes de que los dineros salgan de la Nación* -Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, es decir, sólo son embargables una vez salgan del torrente de los recursos de la nación y se transfieran al órgano a la que van dirigidos. Igualmente establece el trámite en caso de que esto ocurra.
- El Decreto 1101 de 2007, reglamenta el Decreto 111 de 1996 y la Ley 715 de 2001, en lo referente a la inembargabilidad de los recursos de las entidades territoriales provenientes del Sistema General de Participaciones, y regula el trámite para su desembargo.

Instrucciones:

²⁶⁴ Ver:

- Ley 1260 de 2008, "Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2009", artículo 37.
- Ley 1169 de 2007, "Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2008", artículo 37.
- Ley 1110 de 2006, "Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2007", artículo 38

Varias entidades han impartido instrucciones para la interpretación de las anteriores normas. Entre ellas tenemos:

- Circular 019 de 1995 del Procurador General de la Nación. En esta circular, el señor Procurador se dirige a los señores jueces de la República para instruirlos en la aplicabilidad de todas las normas antes mencionadas sobre inembargabilidad del presupuesto general de la nación y Sistema General de Participaciones, en especial lo relacionado a la improcedencia del embargo de los dineros que se encuentran aun en las cuentas de la Nación.
- Circular 05 del 18 de septiembre de 2006 del Presidente del Consejo Superior de la Judicatura. En ella comunica a los jueces la aplicación del artículo 134 de la Ley 100 de 1993, ante solicitud del Ministro de Hacienda y la Superintendente Delgada para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias.
- Circular CIR08-26-DJN-0800 del 4 de abril de 2008, del Ministerio del Interior y Justicia y la Dirección de Defensa Judicial de la Nación. Igualmente instruye a los Alcaldes y Gobernadores del país, a fin de dar aplicación a las anteriores normas, solicitando el correspondiente desembargo, y en caso de que este no se dé, sugieren la presentación de tutela en contra de la decisión judicial, por considerarla *“una vía de hecho (sic)”*.

Como podemos observar, existe un gran inventario de normas de todo rango que dan soporte a la regla de la inembargabilidad de los bienes y rentas públicas. No obstante, como ya se advirtió, estas reglas ponen en juego el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, y la posibilidad de que los acreedores del Estado hagan uso de su derecho a ejercer la prenda general de los acreedores. Por lo tanto, estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia (tanto constitucional como contenciosa) cosa que hace importante analizar el marco jurisprudencial relacionado con este tema. A pesar de lo anterior, y antes de pasar al análisis jurisprudencial, es importante fijar (conforme a las anteriores normas) que órganos públicos hacen parte del Presupuesto General de la Nación, para determinar cuáles se benefician de la regla de la inembargabilidad de los bienes y rentas de éstos.

2.3. Los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación: Son las normas nacionales las que establecen la regla general de la inembargabilidad a favor de los órganos que integran el presupe-

to general de la nación. Por lo anterior, es necesario dilucidar qué órganos hacen parte del presupuesto general de la nación.

El Decreto 111 de 1996, en su artículo 3, regula el tema de la cobertura del estatuto orgánico del presupuesto, consagrando que el Presupuesto General de la Nación está compuesto por el presupuesto de los Establecimientos Públicos del Orden Nacional, y el Presupuesto Nacional, siendo este, el que comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral, y la rama ejecutiva del nivel nacional (con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta).

Por su parte, el artículo 4 establece que las entidades nacionales, cuyo patrimonio esté constituido por fondos públicos y no sean empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta, o asimiladas a éstas por ley de la República, se les aplicarán las disposiciones que rigen para los establecimientos públicos del orden nacional.

En consecuencia, conforme a la interpretación sistemática de los artículos 3, 4 y 5 del decreto mencionado, y conforme lo consagra la ley 1365 de 2010, hacen parte del Presupuesto General de la Nación:

- Presupuesto nacional: Dentro de este encontramos:
 - La rama legislativa.
 - La rama judicial (incluye a la Fiscalía General de la Nación, artículos 249 a 253 de la C.P. y artículo 11 numeral 2 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 1 de la Ley 585 de 2000).
 - La rama ejecutiva del nivel nacional (incluye la Presidencia de la República, la Vicepresidencia de la República, los consejos superiores de administración, los ministerios, departamentos administrativos, y las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería, artículo 38 de la Ley 489 de 1998) con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.
 - El Ministerio Público (incluye la Procuraduría general de la nación y la Defensoría del Pueblo, artículos 275 y 281 de la C.P.).
 - La Contraloría General de la República.

- La organización electoral (incluye el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, artículos 264 y 266 de la C.P.).
- Los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional. Dentro de estos tenemos, obviamente los establecimientos públicos y otras entidades con presupuesto público:
 - AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL - ACCIÓN SOCIAL.
 - SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.
 - FONDO ROTATORIO DEL DANE.
 - INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTIN CODAZZI – IGAC.
 - ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – ESAP.
 - FONDO ROTATORIO DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD.
 - FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.
 - SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA.
 - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.
 - SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.
 - UNIDAD DE GESTIÓN DE OBLIGACIONES PENSIONALES Y PARAFISCALES - UGOPP.
 - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.
 - INSTITUTO CASAS FISCALES DEL EJÉRCITO.
 - DEFENSA CIVIL COLOMBIANA.
 - CLUB MILITAR DE OFICIALES.
 - CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL.
 - FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA.
 - SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA
 - HOSPITAL MILITAR.
 - AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES.
 - INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO – ICA.
 - INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER.
 - INSTITUTO COLOMBIANO DE GEOLOGÍA Y MINERÍA – INGEOMINAS.
 - UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA – UPME.
 - INSTITUTO DE PLANIFICACIÓN Y PROMOCIÓN DE SOLU-

CIONES ENERGÉTICAS PARA LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS –IPSEA.

- AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS – ANH.
- INSTITUTO NACIONAL PARA SORDOS – INSOR.
- INSTITUTO NACIONAL PARA CIEGOS – INCI.
- INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL.
- INSTITUTO SUPERIOR DE EDUCACIÓN RURAL DE PAMPLONA – ISER.
- INSTITUTO DE EDUCACIÓN TÉCNICA PROFESIONAL DE ROLDANILLO.
- INSTITUTO NACIONAL DE FORMACIÓN TÉCNICA PROFESIONAL DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA.
- INSTITUTO NACIONAL DE FORMACIÓN TÉCNICA PROFESIONAL DE SAN JUAN DEL CESAR.
- INSTITUTO TOLIMENSE DE FORMACIÓN TÉCNICA PROFESIONAL.
- INSTITUTO TÉCNICO NACIONAL DE COMERCIO “SIMÓN RODRÍGUEZ” DE CALI.
- FONDO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.
- COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN.
- INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS.
- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA AERONÁUTICA CIVIL.
- INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO.
- FONDO DE BIENESTAR SOCIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.
- FONDO ROTATORIO DE LA REGISTRADURÍA.
- FONDO SOCIAL DE VIVIENDA DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.
- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES.
- INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ESTUDIOS AMBIENTALES- IDEAM.
- FONDO NACIONAL AMBIENTAL.
- ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA
- INSTITUTO COLOMBIANO DEL DEPORTE – COLDEPORTES.
- INSTITUTO CARO Y CUERVO.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL JUNTA CENTRAL DE CONTADORES.
- SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.
- FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO.
- FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
- INSTITUTO NACIONAL DE SALUD – INS.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.
- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.
- INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS – INVIMA.
- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD – CRES.
- SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.
- INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC.
- DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES.
- COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Por otra parte, no hacen parte del Presupuesto General de la Nación:

- Las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas y oficiales.
- Las empresas industriales y comerciales del Estado.
- Las sociedades de economía mixta.
- Las empresas sociales del Estado.
- Las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

2.4. Aplicabilidad de las reglas de inembargabilidad: De las anteriores normas podemos desprender que las reglas de inembargabilidad de los bienes públicos se clasifican en:

2.4.1. Entidades que hacen parte del presupuesto general de la Nación: Estas gozan de una regla general de inembargabilidad de sus rentas y bienes de cualquier naturaleza.

2.4.2. Las entidades territoriales y establecimientos públicos de estas: Se rigen por los artículos 684 del C.P.C., los artículos 19 del Decreto

111 de 1996 y 18 y 91 de la ley 715 de 2001, con relación a los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones. En tratándose de entidades descentralizadas del orden departamental, resultan aplicables los artículos 64 del Decreto 1221 de 1986 y 318 del Decreto 1222 de 1986.

2.4.3. Las entidades territoriales y descentralizadas de estas, y las universidades públicas de cualquier orden, que se acojan a acuerdos de reestructuración de pasivos: Se tornan inembargables todos sus bienes conforme lo consagra en artículo 58 numeral 13 de la Ley 550 de 1999.

2.4.4. Entidades públicas que administren el régimen de prima media con prestación definida y todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, del Distrito Especial y de los Institutos Descentralizados y de Economía Mixta en la parte de los recursos que tengan destinados al pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte: Conforme lo consagran los artículos 1 y 2 de la Ley 15 de 1982, 134 numeral 2 de la Ley 100 de 1993 y 44 del Decreto 692 de 1994.

3. LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS EN LA JURISPRUDENCIA

De la simple lectura de las normas mencionadas puede inferirse la regla general de inembargabilidad de los bienes públicos, la cual ha sido interpretada y valoradas en su constitucionalidad tanto por la Corte Constitucional, como por el Consejo de Estado. Pasemos entonces al estudio de la jurisprudencia en estos campos.

3.1. La jurisprudencia constitucional: La Corte Constitucional, como guardiana y garante de la Constitución Política que es, se ha pronunciado en varias oportunidades frente a la constitucionalidad de las normas ya mencionadas. Veamos qué nos dice la Corte sobre estos temas:

3.1.1. La sentencia C-546 de 1992: En esta providencia se pronuncia la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad del principio de inembargabilidad del presupuesto público, aclarando los derechos que se encuentran en conflicto. Por una parte el principio de inembargabilidad del presupuesto, fundado en la protección del bien público y del interés general, y por otra, el derecho al pago de los salarios y pensiones públicas.

En dicha providencia se interpreta el principio en mención como *una regla general que garantiza la protección del interés general*, pero que no se constituye en una regla infranqueable, dado que, conforme al Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1 constitucional, existen principios superiores, como los derechos de los trabajadores. Sobre este punto, afirma la Corte:

“5.2.2. La Excepción: La Embargabilidad en el caso de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado, que han surgido de relaciones laborales y cuyo pago no se ha obtenido por la vía administrativa o judicial.

Debe la Corte en este punto, empezar por indicar que la decisión del juez constitucional sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de una norma no siempre se reduce a la simple declaración de la una o la otra. Tanto la exequibilidad como la inexecuibilidad pueden serlo con ciertas condiciones y bajo ciertas circunstancias. Dicho de otra manera: la declaración del juez sobre la adecuación de la Ley a la Constitución no excluye las excepciones del caso. Poner en evidencia las excepciones a la regla es, precisamente, hacer que la aplicación del derecho sea razonable, adecuada a los hechos.

El problema de la relación entre el derecho y la sociedad es un problema de adecuación de adaptación. En este sentido la lógica a partir de la cual se encuentran soluciones para la relación derecho/sociedad es la lógica de lo razonable y no la lógica racional. La decisión judicial es la manifestación más importante del esfuerzo por hacer funcional y razonable la relación entre derecho y sociedad. De ahí que se haya dicho que el juez es un instrumento de paz social.

Por eso, la Constitución efectiva de un Estado no se limita a la simple enumeración de sus artículos. La Carta debe ser complementada con las decisiones judiciales que indican la manera como se aplican sus normas. Dicho en otras palabras: el juez constitucional, en sus decisiones, complementa el texto legal con los criterios de aplicación, esto es, con las excepciones a la regla que no han sido contempladas en el texto fundamental, a través de la creación de las normas que la doctrina ha denominado “sub-constitucionales.”

Además la interpretación de una norma por parte del juez constitucional «en un cierto sentido» tiene precedentes tanto en la jurisprudencia colombiana como en la doctrina extranjera.

...

En este orden de ideas, el derecho al trabajo, por su especial protección en la Carta y por su carácter de valor fundante del Estado

social de derecho, merece una especial protección respecto de la inembargabilidad del presupuesto.

En consecuencia, esta Corporación estima que los actos administrativos que contengan obligaciones laborales en favor de los servidores públicos deben poseer la misma garantía que las sentencias judiciales, esto es, que puedan prestar mérito ejecutivo -y embargo- a los dieciocho (18) meses después de haber sido ejecutoriados, de conformidad con el artículo 177 del código contencioso administrativo, que dice en sus incisos primero y cuarto:

...
En consecuencia, esta Corte considera que en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.”

Es en esta providencia (al declarar la exequibilidad condicionada de la norma demandada) que se crea la primera excepción a la inembargabilidad del presupuesto público: los derechos laborales y pensionales que se encuentren reconocidos en acto administrativo particular o sentencia en firme (una vez transcurra el plazo legal para iniciar proceso ejecutivo en contra de la entidad pública, ya sean los 18 meses de que trata el C.C.A., en su artículo 177, o los 6 meses de que trata el C.P.C. en su artículo 336.)

Se resalta que antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, la Corte Suprema de Justicia se había pronunciado sobre la exequibilidad de la norma aquí estudiada, declarando su constitucionalidad con el argumento de *dar prevalencia al interés general y a la intangibilidad de los bienes públicos*²⁶⁵.

3.1.2. La sentencia C-013 de 1993: En esta providencia se estudia la constitucionalidad de los artículos 14 y 16 del Decreto 036 de 1992, y 5 y

²⁶⁵ “Es cierto que ninguna de las normas fundamentales que regulan los diferentes aspectos presupuestales, alude a la inembargabilidad de las rentas y recursos del Estado; sin embargo, su consagración en el Estatuto Orgánico Fundamental no quebranta ningún principio constitucional pues surge como mecanismo lógico de necesidad imperiosa para asegurar el equilibrio fiscal y garantizar el estricto cumplimiento de los principios constitucionales relacionados, a los cuales debe sujetarse la ejecución presupuestal, pues de otra forma se daría lugar al manejo arbitrario de las finanzas lo cual conduciría a que se hicieran erogaciones no contempladas en concreto en la Ley de apropiaciones, o en cuantía superior a la fijada en ésta, o transferencia de créditos sin autorización; y en fin, a desequilibrar el presupuesto de rentas y gastos y destinar aquellas a fines no previstos en el presupuesto nacional.” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Sentencia No. 44 de marzo 22 de 1990. M.P. Dr. JAIRO DUQUE PÉREZ. Expediente No. 1992.

6 del Decreto 037 de 1991, normas que establecen la inembargabilidad de los bienes del Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, y la Empresa Puertos de Colombia (en liquidación). Esta providencia retoma la sub regla jurisprudencial construida en la sentencia previamente mencionada y, por ende, declara constitucionales las citadas normas, “... *dejando a salvo las situaciones en las cuales la efectividad del pago de las obligaciones laborales a cargo de la Nación con ocasión de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia sólo pueda hacerse mediante el embargo de los bienes y recursos del Fondo de Pasivo Social, o de las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación a su nombre, en cuyo caso el embargo correspondiente se ajustará a lo señalado en el artículo 177 del Código Contencioso - Administrativo.*”²⁶⁶

3.1.3. La sentencia C-017 de 1993: A través de esta sentencia se analiza la constitucionalidad del artículo 1 de la ley 15 de 1982, ya referenciada. La corte no hace en esta providencia más que reiterar la posición que ya se va sentando como su línea sobre el tema (fijada en las dos providencias antes citadas), por lo que declara la exequibilidad de la norma bajo la condición de que se dejen a salvo las situaciones en las cuales el pago efectivo de las obligaciones laborales sólo puede materializarse con el embargo de los recursos, caso en el cual el embargo se hace procedente en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, y 336 del C.P.C., y bajo la condición de que el derecho se encuentre consolidado en acto administrativo particular, o sentencia en firme.

3.1.4. La sentencia C-337 de 1993: Se demanda en esta oportunidad la ley 21 de 1992, “*Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropiações para la vigencia fiscal del 1o. de Enero al 31 de Diciembre de 1993*”. La Corte reitera la doctrina sentada en los fallos anteriores sobre el carácter no absoluto del principio de inembargabilidad del presupuesto público, en palabras que podemos clasificar en esta providencia como *ratio decidendi*, y que se transcriben en el aparte pertinente:

“f) *El principio de la inembargabilidad*

El artículo 16 de la ley orgánica del presupuesto, señala que “las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación son inembargables. La forma de pago de las sentencias a cargo de la Nación se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y demás dis-

²⁶⁶ Apartes resolutivos 7º y 8º de la Sentencia C-013 de 1993.

posiciones legales concordantes". De acuerdo con lo estipulado en el artículo transcrito, se tiene que son inembargables las rentas y recursos incorporados en el presupuesto nacional. El principio de la inembargabilidad se justifica porque se cuenta con esas rentas y recursos para una inversión o funcionamiento que requiere la Nación para satisfacer el interés general. Con ello se logra la efectividad del cumplimiento presupuestal, pues así como no hay título jurídico alguno que tenga validez frente al interés general. Esta Corporación ha sostenido, y lo reitera, que la embargabilidad de las rentas y recursos incorporales en el presupuesto nacional es procedente cuando se trata de sentencias que han condenado a la Nación o a entidades del Estado, habiendo transcurrido un lapso superior a los dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la providencia (art. 177 C.C.A.).

Cabe destacar sin embargo, que este principio de la inembargabilidad no es absoluto, ya que con base en él no puede, por ejemplo, desconocerse un derecho fundamental. ...

*...
Es decir, el principio de la inembargabilidad es un criterio de seguridad presupuestal, que vela por la existencia de recursos, que son de interés general, pero nunca puede atentar, ni ser causa del desconocimiento de cualquier derecho fundamental, pues no hay título jurídico contra la validez y eficacia de los derechos fundamentales."²⁶⁷*

3.1.5. La sentencia C-103 de 1994: Se estudia en esta sentencia la constitucionalidad de los incisos 2 y 3 del artículo 513 del C.P.C., norma que consagra la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados al presupuesto general de la Nación. Dado que la norma estudiada posee igual literalidad que el artículo 16 de la Ley 38 de 1989, estudiado en su constitucionalidad en la Sentencia C-546 de 1992, la Corte retoma dichos argumentos y reitera las excepciones ya mencionadas de inembargabilidad del presupuesto.

3.1.6. La sentencia C-263 de 1994: Esta sentencia hace relación al estudio de constitucionalidad de los artículos 64 del Decreto 1221 de 1986, y 318 del Decreto 1222 de 1986, reiterando en ella la línea construida hasta la fecha, excepcionando el principio de inembargabilidad del presupuesto con relación a los créditos laborales, como ya se ha indicado.

Con relación al límite impuesto en estas normas al embargo de los recursos propios de las entidades descentralizadas del orden departamental, la Corte lo considera ajustado a la constitución, en los siguientes términos:

²⁶⁷ Sentencia C-337 de 1993.

“Tan contraria a la Constitución sería una interpretación de sus mandatos en cuya virtud se hiciera prevalecer el interés de los acreedores sobre los generales de la comunidad dando lugar a toda clase de embargos, en tal forma que se hiciera imposible la cabal operación de las entidades públicas, como una que condujera al absoluto desamparo de aquellos.

Lo que conviene a la justicia es que cuando menos parte del patrimonio estatal atienda al principio genérico y sea prenda común de los acreedores, en la medida en que no afecte los intereses generales. Corresponde al legislador definir cuál es esa medida y equilibrar así los intereses en controversia.”²⁶⁸

3.1.7. La sentencia C-354 de 1997: Se estudia en esta providencia la constitucionalidad del artículo 19 del Decreto 111 de 1996, que corresponde al contenido normativo del artículo 6 de la ley 179 de 1994, normas estas que consagran el principio de inembargabilidad del presupuesto general de la nación.

Esta sentencia es de gran importancia, pues no se limita a reiterar la posición ya expuesta, sino que la adiciona, dado que en la decisión de fondo, la Corte excepciona el principio de la inembargabilidad no sólo a los actos administrativos de contenido particular y sentencias en firme que reconozcan créditos laborales, sino que lo extiende a los créditos a cargo del Estado que consten en sentencias u otros títulos legalmente válidos. Las palabras de la Corte sobre el tema son del siguiente tenor:

“a) La Corte entiende la norma acusada, con el alcance de que si bien la regla general es la inembargabilidad, ella sufre excepciones cuando se trate de sentencias judiciales, con miras a garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos a las personas en dichas sentencias.

Por contener la norma una remisión tácita a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, igualmente entiende la Corte que los funcionarios competentes deben adoptar las medidas que conduzcan al pago de dichas sentencias dentro de los plazos establecidos en las leyes, es decir, treinta días contados desde la comunicación de la sentencia (art. 176), siendo posible la ejecución diez y ocho meses después de la ejecutoria de la respectiva sentencia (art. 177).

Podría pensarse, que sólo los créditos cuyo título es una sentencia pueden ser pagados como lo indica la norma acusada, no así los

²⁶⁸ Sentencia C-103 de 1994.

demás títulos que constan en actos administrativos o que se originan en las operaciones contractuales de la administración. Sin embargo ello no es así, porque no existe una justificación objetiva y razonable para que únicamente se puedan satisfacer los títulos que constan en una sentencia y no los demás que provienen del Estado deudor y que configuran una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Tanto valor tiene el crédito que se reconoce en una sentencia como el que crea el propio Estado a través de los modos o formas de actuación administrativa que regula la ley.

Por lo tanto, es ineludible concluir que el procedimiento que debe seguirse para el pago de los créditos que constan en sentencias judiciales, es el mismo que debe adoptarse para el pago de los demás créditos a cargo del Estado, pues si ello no fuera así, se llegaría al absurdo de que para poder hacer efectivo un crédito que consta en un título válido emanado del propio Estado es necesario tramitar un proceso de conocimiento para que a través de una sentencia se declare la existencia de un crédito que, evidentemente, ya existe, con el pernicioso efecto del recargo innecesario de trabajo en la administración de justicia.

En conclusión, la Corte estima que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos.

Sin embargo, debe advertir la Corte que cuando se trate de títulos que consten en un acto administrativo, éstos necesariamente deben contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible que emane del mismo título, según se desprende de la aludida sentencia C-103 y que en el evento de que se produzca un acto administrativo en forma manifiestamente fraudulenta, es posible su revocación por la administración, como se expresó en la sentencia T-639/96²⁶⁹.²⁷⁰

Así las cosas, en tratándose de organismos incorporados al presupuesto general de la nación, la regla de la inembargabilidad se entiende excepcionada por todos los títulos legalmente válidos (independiente del

²⁶⁹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁷⁰ Sentencia C-354 de 1997.

origen o naturaleza de la obligación en ellos contenida) una vez transcurridos los 18 meses desde que se hizo exigible la obligación. Lo anterior teniendo en cuenta que, en estos casos (dada la legalidad del gasto público derivado del principio de universalidad²⁷¹, antes de la materialización de la obligación), ésta debe contar con la correspondiente disponibilidad presupuestal, al igual que con relación a los contratos estatales se debe contar (para la apertura del proceso de selección) con la correspondiente disponibilidad presupuestal²⁷².

3.1.8. La sentencia C-402 de 1997: Se estudia en esta providencia la constitucionalidad del artículo 40 de la ley 331 de 1996, *“Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1997”*. En esta providencia entra a reiterar y consolidar la nueva posición asumida en la sentencia anterior, es decir, reitera la inembargabilidad como regla, y la excepción como todos los títulos legalmente válidos, independiente del origen o naturaleza de la obligación en ellos contenida, una vez transcurridos los 18 meses desde que se hizo exigible la obligación.

3.1.9. La sentencia C-493 de 2002: En esta oportunidad se estudia la norma que declara inembargables los bienes de las entidades que se acogen a los Acuerdos de Reestructuración de Pasivos, es decir, el artículo 58 numeral 13 de la ley 550 de 1999. En esta oportunidad, y atendiendo más a la finalidad económica y social de los acuerdos de reestructuración (como formas jurídicas de solventar las crisis financieras de las entidades territoriales, descentralizadas de éstos y universidades públicas), interpreta la regla de la inembargabilidad de manera absoluta, sin hacer ningún tipo de excepción fundamentada en la calidad del crédito o en el derecho al acceso a la administración de justicia.

²⁷¹ El Decreto 111 de 1996, consagra el principio de universalidad, en los siguientes términos: "ARTÍCULO 15. UNIVERSALIDAD. El presupuesto contendrá la totalidad de los gastos públicos que se espere realizar durante la vigencia fiscal respectiva.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al Tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto (Ley 38/89, artículo 11. Ley 179/94, artículo 55. inciso 3o. Ley 225/95, artículo 22)."

Igualmente, conforme a lo consagrado en el artículo 36 ibídem, "El Presupuesto de Gastos se compondrá de los gastos de funcionamiento, del servicio de la deuda pública y de los gastos de inversión."

²⁷² La Ley 80 de 1993, consagra lo anterior, como materialización del principio de economía, en el numeral 6 del artículo 25 y en inciso segundo del 41, como requisito para la ejecución del contrato, el contar con la correspondiente disponibilidad presupuestal, salvo que se trata de contrato que comprometa vigencias futuras.

En el aparte más relevante de la mencionada providencia se indica:

“8. En síntesis, la decisión adoptada en el numeral 13 del artículo 58 de la Ley 550 hace parte del principio de libertad de configuración legislativa en materia económica, contiene medidas razonables y proporcionadas de dirección económica del Estado y apunta en la misma dirección en que fue concebida la ley de la cual hace parte: lograr la reactivación económica; proteger la función social de la empresa; facilitar la prestación de los servicios y el cumplimiento de las funciones a cargo de las entidades territoriales, y propender por el desarrollo armónico de las regiones. Por lo tanto, la Corte estima que los cargos formulados contra la norma acusada no están llamados a prosperar y, en consecuencia, declarará su exequibilidad.”

3.1.10. La sentencia C-793 de 2002: En esta providencia se estudia la norma que declara inembargables los recursos del Sistema General de Participaciones, administrados en virtud de los procesos descentralistas por las entidades territoriales; en especial el artículo 18 de la ley 715 de 2001. Para el estudio de la constitucionalidad de la mencionada norma, se retoma la línea hasta ahora decantada en torno al embargo de los bienes estatales y el principio de inembargabilidad del presupuesto general de la nación. En primer lugar, parte del hecho de que, si bien estos recursos no se encuentran formalmente incorporados al presupuesto general de la nación, una vez son transferidos a las entidades territoriales quedan protegidos por la regla general de la inembargabilidad que se constituye en un principio del presupuesto general.

Dadas estas circunstancias, y previa la explicación de la evolución jurisprudencial sobre el tema, entra la Corte a analizar la constitucionalidad de la regla contenida en la norma encontrándola *razonablemente ajustada a la Constitución Política*, al ser el desarrollo del mandato constitucional consagrado en el artículo 63. En el aparte más importante, resalta la Corte una sub regla jurisprudencial:

“No obstante, como ya lo ha resaltado la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en los alcances del principio de inembargabilidad dados a partir de la sentencia C-354 de 1997²⁷³, los cuales fueron reiterados en la sentencia C-402 del mismo año²⁷⁴, la embargabilidad de las rentas y recursos presupuestales provenientes de las participaciones es procedente cuando se trata de sen-

²⁷³ M.P. Antonio Barrera Carbonell

²⁷⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero

*tencias que han condenado a entidades territoriales y cuando hayan transcurrido más de dieciocho (18) meses contados a partir de la ejecutoria de la providencia (artículo 177 del C.C.A.). Lo propio puede decirse de actos administrativos que reconozcan una obligación de la respectiva entidad y que presten mérito ejecutivo, siempre que haya transcurrido el lapso indicado. En la excepción que-
dan incluidas las obligaciones contraídas por la entidad territorial en materia laboral, tal como se ha señalado, de manera uniforme, desde la sentencia C-546 de 1992.²⁷⁵*

Ahora bien, considera la Corte que las excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos a que alude el artículo 18 de la Ley 715 sólo proceden frente a obligaciones que tengan como fuente las actividades señaladas en el artículo 15 de la Ley 715²⁷⁶. El

²⁷⁵ M.P. Antonio Barrera Carbonell

²⁷⁶ Sobre este aspecto, en la sentencia C-263 de 1994 se expresó que "cuando entran en conflicto la protección de los recursos económicos estatales y la efectividad del derecho fundamental al pago del salario y las prestaciones de los trabajadores vinculados al Estado, debe prevalecer éste último valor, pues de no ser así se desconocería abiertamente la definición constitucional del Estado Social de Derecho y se desvirtuarían las consecuencias jurídicas de ella. Cuando el imperativo constitucional de cancelar a los trabajadores las sumas a que tienen derecho únicamente puede cumplirse por el embargo de los bienes de la entidad pública deudora, el principio de la inembargabilidad sufre una excepción de origen constitucional, pues se repite que los derechos laborales son materia privilegiada que encuentra sustento en varias disposiciones, superiores, principalmente en la del artículo 25, a cuyo tenor el trabajo goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Téngase en cuenta que, según el artículo 53 de la Constitución, la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores".

La Ley 715 señala la finalidad y las actividades a que se destinarán los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. En el artículo 15 dispone lo siguiente. "Artículo 15. Destinación. Los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones se destinarán a financiar la prestación del servicio educativo atendiendo los estándares técnicos y administrativos, en las siguientes actividades:

15.1. Pago del personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas, las contribuciones inherentes a la nómina y sus prestaciones sociales.

15.2. Construcción de la infraestructura, mantenimiento, pago de servicios públicos y funcionamiento de las instituciones educativas.

15.3. Provisión de la canasta educativa.

15.4. Las destinadas a mantener, evaluar y promover la calidad educativa.

Parágrafo 1°. También se podrán destinar estos recursos a la contratación del servicio educativo de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la presente ley.

Parágrafo 2°. Una vez cubiertos los costos de la prestación del servicio educativo, los departamentos, distritos y municipios destinarán recursos de la participación en educación al pago de transporte escolar cuando las condiciones geográficas lo requieran para garantizar el acceso y la permanencia en el sistema educativo de niños pertenecientes a los estratos más pobres.

Parágrafo 3°. Transitorio. Con cargo a los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones, se financiará por una sola vez el faltante establecido para el cubrimiento de los costos de nómina de los docentes de los departamentos y de los convenios de cobertura educativa a diciembre 31 de 2001, siempre y cuando los recursos propios de los respectivos departamentos hayan sido insuficientes para cumplir con estas obligaciones. Para ello deberán someterse a planes de racionalización educativa y presentar para validación del Ministerio de Educación, información sobre el déficit a financiar. El giro de los recursos se hará inmediatamente se haya recibido la información respectiva".

legislador ha dispuesto, en ejercicio de su libertad de configuración en materia económica, que los recursos del Sistema General de Participaciones para el sector educación se apliquen sólo a tales actividades. Por lo tanto, el pago de obligaciones provenientes de otros servicios, sectores o actividades a cargo de las entidades territoriales no podrá efectuarse con cargo a los recursos del sector educación. De lo contrario se afectaría indebidamente la configuración constitucional del derecho a las participaciones establecido en el artículo 287 numeral 4 y regulado por los artículos 356 y 357 de la Carta, que privilegian al servicio de salud y los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, sobre otros servicios y funciones a cargo del Estado.

8. De acuerdo con las precedentes consideraciones, se declarará la exequibilidad del aparte demandado del artículo 18 de la Ley 715, bajo el entendido que los créditos a cargo de las entidades territoriales por actividades propias del sector educación (L. 715, art. 15), bien sea que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que señale la ley y que transcurrido el término para que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto —en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos, y, si ellos no fueren suficientes, sobre los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones—. ”²⁷⁷

3.1.11. La sentencia C-566 de 2003: Se demanda en esta oportunidad el artículo 91 de la ley 715 de 2001, norma que consagra la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones. La Corte parte del estudio del Sistema General de Participaciones compuesto por educación, salud y propósito general o agua potable y saneamiento básico; las que provienen del Presupuesto General de la Nación y se deben manejar en cuentas separadas de las de la entidad territorial, ya que no existe unidad de caja con sus recursos.

Estos dineros participan de la misma naturaleza que los incorporados al Presupuesto General de la Nación, y son manejados en cuentas independientes por parte de las entidades territoriales.

La Corte retoma la tesis fijada en la sentencia C-793 de 2002, en donde se estudió la constitucionalidad del artículo 18 de la misma ley aquí analizada, y con fundamento en la argumentación contenida en ella, reitera su

²⁷⁷ Sentencia C-793 de 2002.

línea declarando la *exequibilidad condicionada de la norma demandada* en el siguiente sentido (que amplió la excepción a la inembargabilidad de estos recursos establecida en la sentencia anterior):

*“Así las cosas, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “estos recursos no pueden ser sujetos de embargo” contenida en el primer inciso del artículo 91 de Ley 715 de 2001, en el entendido que los créditos a cargo de las entidades territoriales por actividades propias de cada uno de los sectores a los que se destinan los recursos del sistema general de participaciones (educativo, salud y propósito general), bien sea que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos que contengan una obligación clara, expresa y actualmente exigible que emane del mismo título, deben ser pagados mediante el procedimiento que señale la ley y que transcurrido el término para que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo, en primer lugar, de los recursos del presupuesto destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esa clase de títulos, y, si ellos no fueren suficientes, de los recursos de la participación respectiva, sin que puedan verse comprometidos los recursos de las demás participaciones.”*²⁷⁸

3.1.12. La sentencia C-1154 de 2008: Nuevamente se pone en entredicho la constitucionalidad de las normas que consagran la inembargabilidad de los bienes y rentas públicas, en este caso, el artículo 21 del Decreto 28 de 2008, norma que como se comentó, fue expedida por el Presidente de la República por las facultades otorgadas por el artículo 3 del Acto Legislativo 04 de 2007, que adicionó el artículo 365 de la C.P., y entró a regular una serie de mecanismos para que el ejecutivo nacional controlara los recursos girados a las entidades territoriales relacionados con el Sistema General de Participaciones.

En esta providencia, consolidada como se encuentra la línea sobre el tema, resulta claro que para la Corte Constitucional la protección del presupuesto público resulta constitucional *si se interpreta como la regla general*, pero que, en casos específicos, resulta ser una regulación excesiva al poner en tela de juicio el acceso a la administración de justicia existiendo un crédito debidamente reconocido a cargo de la entidad pública; teniendo la Entidad Pública un plazo de prohibición legal del ejercicio de la ejecución forzada judicial (artículo 177 del C.C.A., y 336 del C.C.A.) y en ciertas ocasiones, existiendo créditos que deben ser favorecidos y reconocidos con prioridad (como los de índole laboral).

²⁷⁸ Sentencia C-566 de 2003.

Siguiendo su argumentación ya consolidada, declara la exequibilidad condicionada de la norma bajo el entendido de que:

“... el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debe efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la misma, y de que si los recursos correspondientes a los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial no son suficientes para el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica.”²⁷⁹

Para concluir este acápite, se elabora el siguiente cuadro resumen que presenta, de forma organizada y visualmente entendible de una sola vista, el comportamiento de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el tema de la regla de la inembargabilidad de los bienes del Estado:

PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es la regla de la inembargabilidad de los bienes del Estado, una regla absoluta que no posee excepción alguna?		
TESIS	DISTRIBUCIÓN ESPACIAL DE LAS SENTENCIAS SEGÚN LA TESIS QUE SUSTENTAN	TESIS
La regla de la inembargabilidad de los bienes del Estado, es relativa, dado que admite excepciones basadas en principios o normas constitucionales que consagran derechos que, para el caso concreto, deben primar sobre los intereses generales que protege la inembargabilidad, como son: las deudas laborales, pensionales, la ejecución de las sentencias judiciales o cualquier otro título legalmente válido a cargo del Estado	X C-546/92 ←	La regla de la inembargabilidad de los bienes del Estado, es una regla absoluta que no admite ningún tipo de excepción
	X C-013/93	
	X C-017/93	
	X C-337/93	
	X C-103/94 ←	
	X C-103/94	
	X C-354/97 ←	
	X C-402/97	
	↔ C-493/02 X	
X C-793/02		
X C-566/03 ←		
X C1154/08		

Cuadro No. 14: Presentación de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre inembargabilidad de los bienes del Estado.

²⁷⁹ Sentencia C-1154 de 2008.

3.2. La jurisprudencia contencioso administrativa: A partir de la vigencia de la ley 80 de 1993, su artículo 75 radicó la competencia para conocer de los procesos de ejecución que tengan como base de recaudo el contrato estatal en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por su parte, la ley 446 de 1998, en sus artículos 40 y 42, que modificaron los artículos 132 y 134B del C.C.A., radicó en cabeza de los Tribunales Administrativos y los Jueces Administrativos del Circuito los procesos ejecutivos originados en las condenas impuestas por la misma jurisdicción, convirtiéndose así el juez de lo contencioso administrativo en el *juez de la ejecución de los contratos estatales*, y las providencias dictadas por él, materia que, hasta la vigencia de dichas normas, había sido ajena a esta jurisdicción especializada que se dedicaba (*de forma exclusiva*) a los procesos de conocimiento.

Resulta claro el papel protagónico de esta jurisdicción en el tema bajo estudio, pues han sido múltiples los pronunciamientos que se encuentran al respecto. Sin embargo, resaltaremos los siguientes por contenerse en ellos reglas interpretativas sobre el tema:

3.2.1. Auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 22 de junio de 1997, radicación S-694: Por razones de importancia jurídica, la Sección Tercera somete a decisión de la sala plena de lo contencioso administrativo el asunto bajo estudio con el fin de fijar unas reglas para la embargabilidad de los bienes de propiedad de las entidades estatales.

La providencia en mención, en sus apartes más importantes, es del siguiente tenor:

“Con todo, la regla general de la no ejecución de la Nación presenta tres excepciones, así: La primera, relacionada con el cobro compulsivo de las sentencias dictadas por la jurisdicción administrativa; la segunda, con los créditos laborales contenidos en actos administrativos; y la tercera, con los créditos provenientes de contratos estatales. Excepciones que encuentran su respaldo, en su orden, en el 177 del c.c.a.; en la sentencia C - 546 de la Corte Constitucional; y en el art 75 de la ley 80 de 1993.

La primera excepción se entiende porque al permitirse la ejecución de la nación vencidos los 18 meses de que habla el mencionado art 177, habrá que aceptar la viabilidad del proceso ejecutivo con todos sus alcances y medidas; entre las cuales las cautelares de embargo y secuestro son las que realmente le darán su efectividad y su razón de ser. Esta conclusión encuentra su aval en la sentencia de la Corte Constitucional de 1º de octubre de 1992 antecitada.

Frente a los créditos laborales (segunda excepción), la situación es diferente aunque no exista ley expresa que así lo señale, pero sí principios constitucionales que avalan la interpretación dada por la Corte Constitucional en el fallo aludido, con miras a lograr la efectividad de los derechos reconocidos mediante actos administrativos. (ver sentencia C - 546). En este sentido, la ejecución en este campo, con las medidas cautelares propias del proceso ejecutivo, encuentra su respaldo en lo que disponen los arts 25 y 53 de la carta, por ser el trabajo un derecho y una obligación social, frente al cual el Estado no sólo “garantiza el derecho al pago oportuno” de lo debido, sino también que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios no podrán menoscabar los derechos de los trabajadores.

En materia contractual el art 75 contempla una tercera excepción, al permitir la ejecución de las entidades públicas con apoyo en títulos ejecutivos derivados de los contratos estatales. Aquí también la posibilidad en la ejecución abre la de las medidas cautelares, pese a la falta de explicitud de la norma. Esta interpretación es así finalista y si ese art 75 no restringe la aplicación de la normatividad propia del proceso ejecutivo, habrá que entenderlo en su integridad.

Siguiendo los principios normativos del sistema presupuestal y la orientación marcada por la Corte Constitucional, las ejecuciones aquí estudiadas en cuanto a las sentencias de esta jurisdicción y los créditos laborales no podrán intentarse sino dentro del término señalado en el art 177 del c.c.a. Frente a las ejecuciones derivadas de los contratos estatales no se aplicará tal restricción, y deberá estarse a las condiciones de pago señaladas en los mismos.

...

c) De la interpretación armónica de las distintas normas y en especial del estatuto orgánico del presupuesto nacional, puede concluirse, asimismo, que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la nación o sus entidades descentralizadas posean el 90% o más (las que para efectos presupuestales de conformidad con el art 5º del dec 111 de 1996 se sujetan al régimen de las primeras) y las Empresas sociales del Estado, no tienen el carácter de órganos desde la perspectiva que señala el Estatuto Orgánico del Presupuesto y por ende, según las reglas generales, son ejecutables y sus bienes sujetos a medidas cautelares.

...

2) A nivel seccional

*En este campo el principio de la inembargabilidad de los bienes de los departamentos y municipios no es tan rígido, tal como lo da a entender el art 684 del c de p.c., en armonía con los arts 336 y 513 del mismo código. Así, mientras la **ley no disponga otra cosa, se***

aplicará a nivel seccional, en lo pertinente, el art 684 del c de p.c., que es del siguiente tenor:

...

Como es obvio, la norma tendrá efecto en relación con los citados entes públicos, en lo que se refiere a los nls 2, 3, 4 y 7. Los demás se excluyen, porque: los de uso público (nl 1) por disposición de la Carta no son embargables; y los referidos en los nls 5, 6, 10, 11, 12, 13 y 14 son de propiedad de los particulares y no bienes públicos.

A este nivel la ejecución de las sentencias de la jurisdicción administrativa deberá ajustarse al término señalado en el art 177 del c.c.a. y no a lo que dispone el art 336 del c de p. c. La norma es especial y aquel dispositivo no hace distinción alguna.

En cambio, pese a lo que señala la Corte Constitucional, la ejecución de los créditos laborales contenidos en actos administrativos dictados a nivel seccional, deberá sujetarse a lo previsto en el citado art 336, se entiende en cuanto al término a partir del cual podrá procederse a su ejecución.” (Negrillas propias) ²⁸⁰

Sobran los comentarios ante la claridad de la mencionada providencia. No obstante lo anterior, al momento de entrar a fijar (en las conclusiones) las reglas para la procedencia del embargo de los bienes públicos, se hará un comentario específico en torno a las entidades descentralizadas del orden departamental que poseen una regulación especial (que no fue tomada en cuenta por el Consejo de Estado en la providencia citada) pero que, como lo aclaro en el aparte en negrilla, las reglas interpretativas fijadas son de alcance general.

3.2.2. La embargabilidad de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones: Adelantándose a los planteamientos de la Corte Constitucional con relación a los artículos 18 y 91 de la ley 715 de 2001, el Consejo de Estado entra igualmente a interpretar la viabilidad de embargar los recursos del Sistema General de Participaciones en caso de que el contrato o la obligación que se ejecuta tenga relación directa frente a los mismos recursos. En este sentido, pueden consultarse las siguientes providencias:

“En consecuencia, esos recursos excepcionalmente sí son susceptibles de tal medida cautelar, cuando quiera que, como en este caso,

²⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejo-ponente: CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Auto del 22 de Julio de 1997. Radicación número: S-694. Actor: INGESTUDIOS LTDA. Demandado: FONDO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN - FOMVAL.

los dineros procedentes de las cesiones o transferencias se hacen al ente territorial para que atienda necesidades específicas de la comunidad, como es el caso de la prestación de los servicios públicos de educación y salud, así como para la financiación del servicio de agua potable y saneamiento básico (inversión para “propósito general”), aunque, única y exclusivamente en el evento de que el departamento, municipio o distrito a quien se transfieren esos recursos celebre un contrato estatal con esa concreta y determinada finalidad e incurra en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, debido a que la obligación de pagar al contratista que cumplió con el objeto contratado debe hacerse, precisamente, con los dineros transferidos con esa destinación.”²⁸¹

“Se precisa, que los recursos del situado fiscal solo serán pasibles de la medida cautelar, siempre y cuando el título base del recaudo ejecutivo tenga origen en un contrato estatal cuyo objeto demuestre una relación específica con las áreas de inversión social protegidas por el situado fiscal.”²⁸²

Esta posición es uniforme al interior del Consejo de Estado, y se ve reflejada en las siguientes providencias:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÓQUEZ. Auto del 22 de febrero de 2001. Radicación número: 18844. Actor: JOSÉ ALBERTO MELO ESCOBAR.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero Ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Auto del 30 de enero de 2003. Radicación número: 47001-23-31-000-1997- 5102-01(19137). Actor: SOCIEDAD CONSTRUNORTE LIMITADA. Referencia: Apelación auto.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: RICARDO

²⁸¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR. Auto del 7 de febrero de 2002. Radicación número: 52001-23-31-000-1999-0475-01(20981). Actor: JOSÉ EDMUNDO ROSERO ORTÍZ. Demandado: MUNICIPIO DE SIBUNDOY (PUTUMAYO). Referencia: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO.

²⁸² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS. Auto del 7 de marzo de 2002. Radicación número: 76001-23-24-000-1999-1020-01(19405). Actor: DISMOND INGENIEROS LIMITADA. Demandado: MUNICIPIO DE BUENAVENTURA. Referencia: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO.

HOYOS DUQUE. Auto del 20 de mayo de 2004. Radicación número: 70001-23-31-000-2000-1248-01(23252). Actor: LUIS MARÍA UCROS MERLANO. Demandado: MUNICIPIO DE SAN BENITO ABAD (SUCRE).

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Auto del 23 de septiembre de 2004. Radicación número: 68001-23-15-000-2003-2309-01(26563)A. Actor: INOCENCIO MARTÍNEZ ESTRADA. Demandado: MUNICIPIO DE PUERTO WILCHES. Referencia: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO. MEDIDAS CAUTELARES.

3.2.3. La embargabilidad de los bienes fiscales de las entidades territoriales (y sus entes descentralizados) que no estén afectos a los servicios públicos: Teniendo en cuenta que la norma principal en torno al embargo de los bienes de las entidades territoriales resulta ser el artículo 684 del C.P.C., y no encontrándose dentro de la lista de bienes inembargables los fiscales de las entidades territoriales (bajo condición de no estar afectos a un servicios público), dichos bienes resultan ser sujetos a la embargabilidad. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en la siguiente providencia:

“En cambio, los bienes fiscales de propiedad de las entidades públicas son bienes que generalmente pueden ser afectados con las medidas cautelares de embargo y secuestro, en desarrollo de los principios orientados a la efectividad de las decisiones judiciales.

La Sala considera que el principio legal de inembargabilidad que prevé el Estatuto Orgánico de Presupuesto (Dec. 111 de 1996, art. 19) para ciertos bienes, derechos y recursos de propiedad de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, no se extiende a las entidades territoriales y sus organismos descentralizados.

Por consiguiente, tales bienes son en principio embargables; tan sólo serán inembargables en los términos indicados en el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, que establece al respecto lo siguiente:

...

De la anterior disposición se desprende que es inembargable el bien fiscal que tenga las siguientes características:

- a) Que sea de propiedad de una entidad territorial;*

b) Que esté destinado a un servicio público.

c) Que el servicio público sea prestado por el ente territorial de manera directa o por medio de su concesionario.”²⁸³

Estudiado como se encuentra el tema a la luz de la jurisprudencia, se pasa a desarrollar el tema de la carga de la prueba de la inembargabilidad.

4. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS

Teniendo en cuenta que surgen una infinidad de excepciones alrededor de la regla general de la inembargabilidad de los bienes y rentas de las entidades incluidas en el presupuesto público, y atendiendo que de acuerdo a la interpretación acorde con la constitución que se le da a la prerrogativa pública consagrada en los artículos 63 y 72 de la C.P., y desarrollada por las múltiples normas (ya mencionadas) a la luz de otros derechos fundamentales que entran en conflicto con ellas (como el derecho al trabajo, el derecho al pago oportuno de los salarios y pensiones, el derecho al acceso a la administración de justicia, la buena fe y la confianza legítima, de donde se deriva que las entidades públicas deben dar cumplimiento oportuno a sus obligaciones exigibles), se entra a plantear otra regla relacionada con la carga de la prueba de la inembargabilidad.

Resulta obvio que la mencionada carga se encuentra en cabeza de la entidad pública ejecutada, en primer lugar porque así lo impone la interpretación de los anteriores principios en conflicto (deben prevalecer los que hagan efectivos los derechos del administrado), adicional a que la misma regulación legal establece que la carga se encuentra a cargo de la entidad pública, pues es ella quien posee la información sobre la composición de sus bienes, rentas y recursos; y se encuentra obligada, en caso de ser una entidad territorial, a tener identificados los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones y manejarlos de la forma antes indicada, es decir, por fuera de los recursos propios, por lo que tam-

²⁸³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Auto del 22 de febrero de 2001. Radicación número: 76001-23-31-000-1999-0043-01(18503). Actor: ARENERS EL DAGUA. En igual sentido, la siguiente providencia:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS. Auto del 5 de julio de 2001. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-0143-01(18504). Actor: CLARA EMILIA GIRALDO OSSA. Demandado: EMPRESAS MUNICIPALES DE BUENAVENTURA - VALLE -.

bién resulta razonable que sea ella la que entre a demostrar (ante el juez) el carácter inembargable de los bienes y recursos perseguidos.

De acuerdo a la regulación legal, de la interpretación sistemática de los artículos 513 del C.P.C., 37 de la ley 1365 de 2009, el Decreto 1807 de 1994, modificado por el Decreto 3861 de 2004, y el Decreto 1101 de 2007, se infiere que la entidad pública ejecutada tiene la obligación de allegar al proceso *toda la información relacionada con los bienes embargados*, y solicitar (al juez de la ejecución) su desembargo allegando las certificaciones y pruebas que considere oportunas para demostrar su inembargabilidad, caso en el cual el juez deberá ordenar su inmediata liberación.

En apoyo de lo anterior se ha pronunciado la jurisprudencia (tanto constitucional como contenciosa) en las siguientes providencias:

“No obstante dicha consagración, en cuanto a los supuestos de inembargabilidad, se precisa tener en cuenta que la carga de la prueba, tendiente a demostrar la calidad de inembargables de determinados bienes recae en cabeza del deudor o ejecutado. Significa lo anterior, que si en la cuenta bancaria embargada, se hallan consignados dineros provenientes de pensiones mensuales, éstos no serán objeto de embargo, siempre y cuando el contribuyente demuestre mediante certificación expedida por el pagador respectivo, que las sumas consignadas en dicha cuenta obedecen a las mesadas pensionales.

En este orden de ideas se impone concluir, que si el deudor, que es a quien corresponde demostrar la ocurrencia de alguno de los eventos que prevé la Ley para que los bienes sean inembargables, no acredita oportunamente tal calidad respecto a los dineros que posee en la cuenta bancaria objeto de embargo, la Administración Tributaria en uso de sus facultades de cobro, debe actuar y utilizar los procedimientos coactivos que le concede la Ley para hacer cumplir la principal obligación tributaria como es el pago de las deudas fiscales, aún en contra de los intereses del deudor.”²⁸⁴

“La carga de la prueba respecto de la característica de inembargabilidad de los bienes de las entidades territoriales recae en la Administración, o lo que es lo mismo: el desembargo de los bienes de

²⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-246 de 2003. Referencia: expediente T-691306. Acción de tutela instaurada por Guillermo Espinal Agudelo contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y el Instituto de Seguros Sociales. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Sentencia del 20 de marzo de 2003.

propiedad de la entidad ejecutada procede cuando esta demuestra la ocurrencia de alguno de los eventos que prevé la ley, para que los bienes de las entidades territoriales sean inembargables.”²⁸⁵

5. UNA CONSIDERACIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

Consideramos que merecen un numeral aparte las empresas sociales del Estado, dado que de lo expuesto hasta aquí se infiere, por un lado, que las empresas sociales del Estado del orden nacional no hacen parte del presupuesto general de la nación (por lo que no gozan de la regla de inembargabilidad consagrada en el Estatuto Orgánico del Presupuesto). Por otro lado, dichas entidades de carácter territorial se regirían por el artículo 684 del C.P.C., norma que no consagra ninguna regla especial para ellas.

Con relación a los recursos que reciben por la contratación que de forma prioritaria realizan con el ente departamental de salud con estas entidades²⁸⁶ (para la atención de la población pobre y vulnerable a través del subsidio a la oferta²⁸⁷), estos dineros provienen de los recursos de Salud que recibe el ente territorial departamental del Sistema General de Participaciones.

No obstante lo anterior, cabe resaltar que a cualquier persona racional le repugnaría embargar y secuestrar el inmueble donde funciona el Hospital Público nacional, departamental o municipal (o los muebles con los que el mismo se encuentra dotado), bienes todos que podemos clasificar como fiscales y que, si seguimos la regla consagrada en el artículo 684 numeral 2 del C.P.C., si bien se encuentran afectos a un servicio público, no se encuentran enmarcadas las empresas sociales del Estado de la lista taxativa que consagra dicho numeral (departamentos, distrito especial, municipios, establecimientos públicos o concesionarios de estos). En consecuencia, *de la literalidad misma de la norma no se desprende la inembargabilidad de sus bienes*. Para darle una interpretación racional a la norma en mención, es importante tener en cuenta dos argumentos (bajo

²⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-246 de 2003. Referencia: expediente T-691306. ACONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Auto del 22 de febrero de 2001. Radicación número: 18844. Actor: JOSÉ ALBERTO MELO ESCOBAR.

²⁸⁶ Ver artículo 20 de la Ley 1122 de 2007

²⁸⁷ Ver los numerales 43.2.1. y 43.2.2. del artículo 43 de la Ley 715 de 2001, y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007.

los cuales podemos inferir una regla de inembargabilidad de los bienes de estos entes):

- El texto de la norma en comento se encuentra vigente desde 1989, año en que la norma fue modificada por el artículo 1 numeral 342 del Decreto 2282 de 1989. En dicha época no existían las empresas sociales del Estado, las cuales surgen a partir de la consolidación del sistema general de seguridad social en salud con la promulgación y vigencia de la ley 100 de 1993²⁸⁸, normativa que las crea como *nueva modalidad de entidad descentralizada nacional, departamental o municipal*, y obliga a la transformación de las entidades existentes en este tipo de entidades. Igualmente, la ley 1122 de 2007 consolida su régimen en los artículos 26 a 31, prohibiendo a los entes prestar los servicios de manera directa, o a través de entidades con otra naturaleza jurídica. Antes de la vigencia de estas

²⁸⁸ La Ley 100 de 1993, en su normativa pertinente consagra: "ARTICULO. 194.-Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

ARTICULO. 195.-Régimen jurídico. . Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "empresa social del Estado".
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente ley.
5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.
6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.
8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.
9. Para efectos de tributos nacionales, se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

ARTICULO. 196.-Empresas sociales de salud de carácter nacional. Transfórmese todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud.

ARTICULO. 197.-Empresas sociales de salud de carácter territorial. . Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de esta ley, la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo."

normas, los Hospitales departamentales o municipales tenían la calidad de Establecimientos Públicos, por lo que, con la nueva denominación normativa, a estas entidades debe aplicárseles el artículo 684 del C.P.C., para regular la inembargabilidad de sus bienes.

- Encontramos por otro lado un argumento constitucional para reforzar la inembargabilidad de los bienes fiscales de estas entidades, argumento que tomo prestado del profesor VELÁZQUEZ GÓMEZ²⁸⁹, quien afirma en su obra referenciada que *la enumeración de los bienes inembargables no es taxativa*, dado que, conforme a la interpretación constitucional que debe primar en la actualidad, pueden existir bienes inembargables por su íntima conexión con los derechos fundamentales.

De acuerdo al objeto y finalidad de las empresas sociales del Estado, estas dedican su actuar a prestar los servicios de salud (de manera prioritaria a la población pobre y vulnerable afiliada al régimen subsidiado en salud) en lo no cubierto por el subsidio a la demanda y a la población vinculada al sistema general de seguridad social, es decir, dirigen su acción a la materialización del derecho fundamental a la salud²⁹⁰ a favor de las personas menos favorecidas de la sociedad.

Por ello, en palabras del autor en cita:

“El embargo de un bien no puede afectar un derecho fundamental: la salud, la vida, la dignidad, la recreación, etc. No es concebible, así, que se pueda embargar un marcapasos, o un aparato de diálisis, o una pipeta de oxígeno que utiliza el que tiene afectada la respiración, o unas gafas, etc. Esta somera lista muestra que es imposible que el legislador prevea para el presente y para el futuro la multiplicidad de bienes que en una u otra forma son sustento de la propia vida, de la salud, de la dignidad. Menos aún con los constante avances tecnológicos. No hay una taxatividad en la lista de los bienes inembargables, por lo que cada caso es indispensable analizarlo.

...

Independientemente de la dificultad que pueda encontrarse en determinados casos, parece correcto concluir que, miradas a la luz de la Constitución Política, las preceptivas de los artículos 1677 del

²⁸⁹ VELÁZQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre OBLIGACIONES. Bogotá: Temis, 2010. p. 607 a 609.

²⁹⁰ Conforme lo estableció la CORTE CONSTITUCIONAL en la sentencia T-760 de 2008, el derecho a la salud es un derecho fundamental de forma directa.

Código Civil (si se considera vigente) y 683 (sic) del Código de Procedimiento Civil, deben completarse en relación con los vacíos que presentan en cuanto a los bienes e implementos, que son necesarios para la vida en sociedad de manera digna. El descuido del legislador en ciertos asuntos no puede implicar que, permitiéndolo una interpretación razonable, se perpetúe tal descuido.”²⁹¹

6. EL EMBARGO DE RECURSOS PARAFISCALES

Dentro de las múltiples fuentes de ingresos que posee el Estado para la prestación de los servicios a su cargo, encontramos los recursos parafiscales. Estos son definidos por la ley como:

“ARTÍCULO 29. Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del presupuesto general de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración (L. 179/94, art. 12; L. 225/95, art. 2º).”²⁹²

De la definición misma de los recursos parafiscales (en concordancia con el artículo 11 literal a del Decreto 111 de 1996) se evidencia que éstos sólo se incluyen dentro del presupuesto cuando son administrados de *forma directa* por una entidad que hace parte del Presupuesto General de la Nación, es decir, estos recursos públicos son administrados de diferentes formas. Miremos:

- Directamente por una entidad que hace parte del presupuesto general de la nación, como por ejemplo el ICFB, que administra los recursos parafiscales de nómina. En estos casos, tales recursos se tornan inembargables por expresa disposición del artículo 19

²⁹¹ VELÁZQUES GÓMEZ, Hernán Darío. Op. Cit. p. 609.

²⁹² Decreto 111 de 1996.

del Decreto 111 de 1996 (por hacer parte del presupuesto general de la nación).

- Por entidades privadas (por expresa disposición de la Ley), como por ejemplo los aportes parafiscales de nómina creados por la ley 21 de 1982, y que, conforme a dicha normativa, son administrados por las Cajas de Compensación Familiar como corporaciones privadas sin ánimo de lucro, creadas con dicho objeto.
- Por entidades privadas que celebran contrato con el Estado (para la administración de dichos recursos) a través de una cuenta especial o fondo sin personería, como es el caso de los contratos celebrados con las entidades gremiales (para la administración de los recursos parafiscales creados para fortalecer cada gremio), como por ejemplo, el Fondo Nacional del Café y la Federación Nacional de Cafeteros.

Sólo en los dos primeros casos ingresan los recursos al presupuesto general de la Nación, en consecuencia, esos recursos se encuentran dentro de la regla general de la inembargabilidad.

Los recursos no entran en los dos otros casos al presupuesto, así que *no se enmarcan dentro de dicha causal de inembargabilidad*. Empero, como se puede inferir de la definición misma de recurso parafiscal, tales recursos poseen la finalidad específica de beneficiar a la población que pertenezca al sector que se grava con dicho recurso, razón por la cual el Consejo de Estado ha considerado que estos recursos son inembargables, salvo que se trate de crédito obtenido para la ejecución de las actividades propias a las que se deben destinar los recursos. Podemos encontrar en este sentido la siguiente providencia:

Entonces, se concluye, dichos recursos no son inembargables por no estar incluidos en el Presupuesto Nacional pero, por tener destinación específica, sólo pueden ser pasibles de medidas cautelares en procesos que se adelanten para el cobro de obligaciones derivadas de fuentes jurídicas que tengan por objeto el desarrollo de esa destinación específica, esto es, la prestación de servicios de salud.”²⁹³

²⁹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Auto del 13 de julio de 2000. Radicación número: 17.788. Actor: SOCIEDAD VISIMED S.A. Demandado: CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM E. P. S.

7. PERSECUCIÓN EJECUTIVA Y EMBARGO DE BIENES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN LIQUIDACIÓN

Como se planteó en la introducción, si bien el tema de la persecución ejecutiva y posibilidad de embargo de las entidades públicas en liquidación no posee una relación directa con el tema bajo estudio, es importante tocar el punto en este capítulo con el fin de dar un tratamiento integral al tema del embargo y los bienes públicos.

La Administración, (en términos generales) debe estar dotada de una serie de herramientas para darle a sus órganos (como medios para obtener los fines estatales) la flexibilidad estructural necesaria a fin de adecuarlos a las circunstancias cambiantes de un mundo globalizado. Equivalentemente, esos medios (que son los órganos) entran en crisis económicas con ocasión del paso del tiempo y por otros múltiples factores: financieros, administrativos, de ineficacia, ineficiencia, etc., y se constituyen en grandes estructuras burocráticas que no responden a los modelos actuales de administración y ejecución eficiente y eficaz de los fines estatales.

Por tales motivos, desde la constitución misma se plantea la posibilidad de que el ejecutivo (nacional, departamental o municipal) entre a suprimir o fusionar las entidades u organismos administrativos (artículos 189 numeral 15, 305 numeral 5 y 315 numeral 4 de la C.P.). La Ley regula esta función en el artículo 52 de la ley 489 de 1998.

Con base en lo precedente, en tratándose de liquidación de entidades públicas, el tema se encuentra regulado en el Decreto-ley 254 de 2000, modificado por la ley 1105 de 2006, normativa que se constituye en el *régimen de liquidación de entidades públicas nacionales*, aplicable igualmente a las entidades descentralizadas del orden territorial. Se resalta que dicha normativa en su artículo 1, remite en sus vacíos al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993 y sus modificaciones) y las normas que lo desarrollan.

En dicho estatuto de liquidación de entidades públicas, y para el tema que nos ocupa, es claro en primer lugar que con relación a los proceso ejecu-

En igual sentido, puede consultarse la siguiente providencia: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ. Auto del 25 de marzo de 2004. Radicación número: 76001-23-25-000-2002-0026-01(23623). Actor: CONALVIAS S. A. Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

tivos iniciados y los embargos decretados *antes de la expedición del acto administrativo* que ordena la supresión y disolución de la entidad y abre el proceso de liquidación, deben terminarse los procesos ejecutivos y levantarse las medidas cautelares de embargo, pues tal asunto se encuentra regulado de forma expresa en las normas que regulan los efectos de la expedición del acto administrativo de liquidación²⁹⁴, las funciones del liquidador²⁹⁵ y la norma relacionada con el emplazamiento a los acreedores²⁹⁶; disposiciones que son todas claras en torno a este tema, dado que establecen como consecuencia de la iniciación del proceso de liquidación que todos los acreedores deben hacerse parte del procedimiento administrativo fijado para el efecto, a fin de hacer valer su crédito, terminando así los procesos ejecutivos iniciados en contra de la entidad (de pleno derecho), y ordenándose el desembargo de los bienes sujetos a dicha medida, a fin de que se integren todos los bienes de la entidad a la masa de la liquidación (con el objeto de que éstos respondan por las obligaciones a cargo de la misma).

²⁹⁴ “ARTICULO 2o. INICIACION DEL PROCESO DE LIQUIDACION. El proceso de liquidación se inicia una vez ordenada la supresión o disolución de una de las entidades a las cuales se refiere el artículo 1o. del presente decreto. El acto que ordene la supresión o liquidación dispondrá lo relacionado con las situaciones a que se refiere el párrafo primero del artículo 52 de la Ley 489 de 1998. Así mismo, en dicho acto o posteriormente, podrá disponerse que la liquidación sea realizada por otra entidad estatal que tenga dicho objeto. Igualmente podrá establecerse que la liquidación se realice por una entidad fiduciaria contratada para tal fin o contratarse con una de dichas entidades la administración y enajenación de los activos. La expedición del acto de liquidación conlleva:

...

d) La cancelación de los embargos decretados con anterioridad a la vigencia del decreto que ordena la disolución y liquidación de la entidad y que afecten bienes de la misma, con la finalidad de integrar la masa de la liquidación;

...

PARAGRAFO 2o. <Parágrafo modificado por el artículo 2 de la Ley 1105 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los jueces que conozcan de los procesos en los cuales se hayan practicado las medidas a que se refiere el literal d) del presente artículo, a solicitud del liquidador oficiarán a los registradores de instrumentos públicos, autoridades de tránsito y transporte y Cámaras de Comercio, para que estos procedan a cancelar los correspondientes registros.”

²⁹⁵ “ARTICULO 6o. FUNCIONES DEL LIQUIDADOR. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1105 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Son funciones del liquidador las siguientes:

...

d) Dar aviso a los jueces de la República del inicio del proceso de liquidación, con el fin de que terminen los procesos ejecutivos en curso contra la entidad, advirtiéndole que deben acumularse al proceso de liquidación y que no se podrá continuar ninguna otra clase de proceso contra la entidad sin que se notifique personalmente al liquidador;

...”

²⁹⁶ El párrafo del artículo 23 del Decreto mencionado, consagra:

“PARÁGRAFO. En los procesos jurisdiccionales que al momento de decretarse la liquidación de la entidad se encontraren en curso y dentro de los cuales se hubieren practicado medidas cautelares sobre los bienes de la entidad en liquidación, levantada tal medida de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto, el o los actuantes deberán constituirse como acreedores de la masa de la liquidación.”

Sin embargo, la normativa pública no regula en ninguna de sus disposiciones si con posterioridad a la iniciación del proceso de liquidación es posible iniciar proceso ejecutivo con embargo de bienes en contra de la entidad en liquidación, como sí lo dispone de manera expresa en la normativa que regula los Acuerdos de Reestructuración de Pasivos consagrados en la ley 550 de 1999, en especial el artículo 58, numeral 13, ya traído a colación como fuente de la inembargabilidad pública.

En suma, es necesario acudir a la normativa de remisión de los vacíos, es decir, al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las normas que lo desarrollan. Consultada dicha normativa encontramos lo correspondiente a la toma de posesión y liquidación forzosa administrativa, en la parte undécima, capítulo I, artículos 290 y siguientes. No encontramos en tales disposiciones norma alguna que prohíba el embargo o la iniciación de proceso ejecutivo en contra de la entidad en liquidación. No obstante lo anterior, encontramos el Decreto 2211 de 2004, expedido por el Presidente, en ejercicio de las consagradas en el artículo 189 numeral 25 de la C.P., y el artículo 291 del EOSF. En la mencionada normativa reglamentaria encontramos las siguientes disposiciones relevantes que se transcriben para su correcta interpretación:

“Artículo 1°. Toma de posesión y medidas preventivas. De conformidad con el artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999, la toma de posesión tendrá por objeto establecer si la entidad vigilada debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias. La decisión correspondiente deberá adoptarse por la Superintendencia Bancaria en un término no mayor de dos (2) meses contados a partir de la fecha de la toma de posesión, prorrogables por un término igual por dicha entidad, previo concepto del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Para el efecto, la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras durante dicho plazo, mantendrán mecanismos de coordinación e intercambio de información sobre los antecedentes, situación de la entidad, posibles medidas a adoptar y demás acciones necesarias, para lo cual designarán a los funcionarios encargados de las distintas labores derivadas del proceso.

Lo anterior no impedirá que la Superintendencia Bancaria adopte las medidas previstas en el inciso tercero del artículo 115 del Esta-

tuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999.

El acto administrativo que ordene la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada por la Superintendencia Bancaria dispondrá las siguientes medidas preventivas:

1. Medidas preventivas obligatorias

...

*d) La comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva, sobre la suspensión de los procesos de la ejecución en curso **y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la entidad objeto de toma de posesión con ocasión de obligaciones anteriores a dicha medida, y la obligación de dar aplicación a las reglas previstas por los artículos 99 y 100 de la Ley 222 de 1995;***

...

f) La comunicación a la Superintendencia de Notariado y Registro, para que dicha entidad mediante circular ordene a todos los Registradores de Instrumentos Públicos que dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión, realicen las siguientes actividades y se abstengan de adelantar las que se mencionan a continuación:

*Informar al agente especial sobre la existencia de folios de matrícula en los cuales figure la entidad intervenida como titular de bienes o cualquier clase de derechos; disponer el registro de la toma de posesión en los folios de matrícula de los bienes inmuebles de la institución financiera intervenida; **cancelar los embargos decretados con anterioridad a la fecha de la adopción de la medida de toma de posesión que afecten los bienes de la intervenida;** y cancelar los gravámenes que recaigan sobre los bienes de la institución financiera intervenida a solicitud elevada sólo por el Agente Especial mediante oficio.*

Se deberá advertir además a los Registradores para que se abstengan de cancelar los gravámenes constituidos a favor de la intervenida sobre cualquier bien cuya mutación esté sujeta a registro, salvo expresa autorización del Agente Especial; así como de registrar cualquier acto que afecte el dominio de bienes de propiedad de la intervenida a menos que dicho acto haya sido realizado por la persona mencionada, caso en el cual deben cancelar la respectiva anotación sobre el registro de toma de posesión;

g) La comunicación al Ministerio de Transporte, para que dicha entidad directamente o mediante solicitud a todas las Secretarías de Tránsito y Transporte proceda a realizar la inscripción de la medida de toma de posesión en el registro de automotores correspondiente

*o en el registro único nacional de tránsito; **para que cancelen los embargos decretados con anterioridad a la fecha de la adopción de la medida de toma de posesión que afecten los vehículos de la intervenida**; para que cancelen los gravámenes que recaigan sobre los vehículos de la institución financiera intervenida a solicitud unilateral del Agente Especial mediante oficio; para que se abstengan de cancelar los gravámenes constituidos sobre vehículos a favor de la institución financiera intervenida, cuya mutación esté sujeta a registro, salvo expresa autorización del Agente Especial; y para que se abstengan de registrar cualquier acto que afecte el dominio de vehículos de propiedad de la intervenida a menos que dicho acto haya sido realizado por la persona mencionada;*

...

Artículo 16. Contenido del acto que ordene la liquidación forzosa administrativa. El acto administrativo por el cual la Superintendencia Bancaria ordene la liquidación forzosa administrativa de una institución financiera vigilada, tendrá los efectos previstos en el artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y deberá disponer, además de las medidas previstas en el Artículo 1° del presente decreto, las siguientes:

...

*c) La advertencia de que el pago efectivo de las condenas provenientes de sentencias en firme contra la entidad intervenida proferidas **durante la toma de posesión** se hará atendiendo la prelación de créditos establecidos en la ley y de acuerdo con las disponibilidades de la entidad;*

...” (Negrillas y subrayas propias).

Es importante resaltar (teniendo en cuenta las anteriores normas) que los apartes en negrilla reiteran la prohibición de iniciar procesos de ejecución en contra de la entidad en liquidación por obligaciones contraídas *antes de la toma de posesión y de la cancelación de los embargos en igual sentido.*

No obstante lo precedente, es medular interpretar de forma separada los apartes subrayados. Con relación a las condenas en contra de la entidad (expedidas durante el proceso de liquidación), diremos que éstas se encuentran sujetas al proceso administrativo de liquidación, por lo que los acreedores deberán hacerse parte del mismo para reclamar sus créditos, conforme a la prelación consagrada en la ley.

Con relación a la remisión que hace el decreto en comento a los artículos 99 y 100 de la ley 222 de 1995, es importante resaltar que estas normas fueron derogadas de manera expresa por el artículo 126 de la ley 1116 de 2006, por la cual la remisión que hace el Decreto 2211 de 2004 a la ley

222 de 1995, habrá de entenderse conforme a las normas de la ley 1116 de 2006, que regulan el tema consagrado en los artículos 99 y 100 de la ley 222 de 1995; normas que regulaban la preferencia del concordato y la continuidad de los procesos ejecutivos en donde existan otros demandados. Estos temas los encontramos tratados en la ley 1116 de 2006, en los artículos 50 (numeral 13²⁹⁷) y 70²⁹⁸, disposiciones que consagran la preferencia de las normas de la liquidación *por sobre cualquier otra*, y la continuidad de los procesos ejecutivos en donde existan otros demandados.

Por lo anterior, atendiendo la finalidad del proceso liquidatorio (que es componer el patrimonio del ente en liquidación para constituir la masa de bienes con el fin de atender los créditos en contra de la entidad), se ha interpretado la improcedencia general de iniciar procesos ejecutivos en contra de la entidad en liquidación, dado que, de abrirse esta posibilidad, se atentaría contra los principios de universalidad e igualdad de los acreedores (salvo la prelación legal), y podría hacer que la masa de bienes se desconfigure en perjuicio de los acreedores. Por tal razón, los artículos 2, literal d, y 6, literal d, del Decreto-ley 254 de 2000, hacen alusión a la terminación de los procesos ejecutivos *iniciados antes de la expedición del acto de supresión y el correspondiente desembargo de los bienes*, en pro de que éstos se integren a la masa de la liquidación, y de que los antes ejecutantes se hagan parte del proceso de liquidación, es decir,

²⁹⁷ “Artículo 50. Efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce:

...

13. *La preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.*”

²⁹⁸ “Artículo 70. *Continuación de los procesos ejecutivos en donde existen otros demandados. En los procesos de ejecución en que sean demandados el deudor y los garantes o deudores solidarios, o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, el juez de la ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación que le informe del inicio del proceso de insolvencia, mediante auto pondrá tal circunstancia en conocimiento del demandante, a fin que en el término de su ejecutoria, manifieste si prescinde de cobrar su crédito al garante o deudor solidario. Si guarda silencio, continuará la ejecución contra los garantes o deudores solidarios.*

Estando decretadas medidas cautelares sobre bienes de los garantes, deudores solidarios o cualquier persona que deba cumplir la obligación del deudor, serán liberadas si el acreedor manifiesta que prescinde de cobrar el crédito a aquellos.

Satisfecha la acreencia total o parcialmente, quien efectúe el pago deberá denunciar dicha circunstancia al promotor o liquidador y al juez del concurso para que sea tenida en cuenta en la calificación y graduación de créditos y derechos de voto.

De continuar el proceso ejecutivo, no habrá lugar a practicar medidas cautelares sobre bienes del deudor en reorganización, y las practicadas respecto de sus bienes quedarán a órdenes del juez del concurso, aplicando las disposiciones sobre medidas cautelares contenidas en esta ley.

Parágrafo. Si al inicio del proceso de insolvencia un acreedor no hubiere iniciado proceso ejecutivo en contra del deudor, ello no le impide hacer efectivo su derecho contra los garantes o codeudores.”

presenten su crédito legalmente constituido (y exigible) al mencionado proceso de liquidación.

En este sentido la doctrina ha interpretado la improcedencia general de la ejecución *extraconcursal* en contra de las entidades en los procesos liquidatorios. Transcribimos el siguiente aparte de la doctrina más connotada sobre el tema:

“Finalmente, efectos de naturaleza procesal son los siguientes:

1. La preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que sea contraria.

El concurso, además de ser un proceso universal, tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trata de hacer efectivas obligaciones en contra del deudor a quien se ha sometido a la liquidación obligatoria.

Consecuente con lo anterior, es que no se puede admitir demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de un proceso de reorganización o de otro de liquidación judicial, ni tampoco es posible que una vez iniciado haya lugar a la ejecución extraconcursal.

...

De conformidad con lo anterior, cualquier actuación en contravención a lo que la Ley 1116 de 2006 establece en materia de preferencia del proceso concursal, es nula por falta de competencia del juez que la inicie o adelante.

Con el fin de hacer efectivo este principio, la ley impone al liquidador la obligación de oficiar a los jueces competentes para conocer procesos de ejecución contra el deudor, acerca de la apertura del proceso.”²⁹⁹

A pesar de lo anterior, la entidad suprimida (disuelta y en liquidación), si bien se ve disminuida en su capacidad legal (como consecuencia de la supresión), y sólo se encuentra facultada para iniciar las actividades tendientes a obtener su liquidación, aún posee capacidad jurídica en torno a los fines en comento y, por tanto, aún es persona capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones³⁰⁰. Existen también normas que facultan al

²⁹⁹ ISAZA UPEGUI. Álvaro. LONDOÑO RESTREPO. Álvaro. Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial Ley 1116 de 2006. Bogotá: Editorial Legis S.A., 2007. p. 243.

³⁰⁰ El artículo 2 del Decreto-ley 254 de 2000, transcrito con anterioridad, consagra en los literales c y f:

“...

c) La prohibición de vincular nuevos servidores públicos a la planta de personal;

liquidador a contraer obligaciones propias del mismo proceso liquidatorio, es decir, obligaciones que se tornan en connaturales a la liquidación, como el artículo 2 (ya transcrito), que consagra la contratación de una entidad fiduciaria, contratar el personal necesario para emprender el proceso de liquidación³⁰¹ y ejecutar los contratos necesarios para depurar y conservar el archivo de la entidad³⁰².

Existen así obligaciones que (por su naturaleza misma) se causan con posterioridad a la expedición del acto de supresión (que son connaturales a la liquidación), las que además son créditos privilegiados³⁰³ y, por consiguiente, no pueden quedar sujetas (para su pago) a los avatares del proceso de liquidación, dado que, con fundamento en las providencias antes transcritas, los administrados poseen el derecho a que la administración contraiga sus obligaciones y las cumpla de buena fe, y a que en aplicación del principio de confianza legítima se cumplan oportunamente; y en caso de que no sea así, a que el acreedor pueda acudir a la jurisdicción para hacer valer sus derechos legalmente adquiridos.

Así pues, con el fin de maximizar los derechos fundamentales de los administrados, en especial el derecho al acceso a la administración de justicia, es necesario interpretar que la prohibición de iniciar procesos ejecutivos, y el desembargo de los bienes sujetos a ese gravamen (consagrado en las normas ya mencionadas del Estatuto de la Liquidación de las Enti-

...

f) La prohibición expresa al representante legal de la entidad de realizar cualquier tipo de actividades que impliquen la celebración de pactos o convenciones colectivas o cualquier otro acto que no esté dirigido a la liquidación de la entidad. Esta prohibición opera a partir de la expedición del decreto que ordena la disolución y liquidación de la entidad;

...

³⁰¹ El artículo 4 inciso 2 consagra: "El liquidador podrá contratar personas especializadas para la realización de las diversas actividades propias del proceso de liquidación."

³⁰² "ARTICULO 39. ARCHIVOS. Los archivos de la entidad en liquidación se conservarán conforme a lo dispuesto por el Archivo General de la Nación. Será responsabilidad del liquidador constituir, con recursos de la entidad, el fondo requerido para atender los gastos de conservación, guarda y depuración de los archivos. La destinación de recursos de la liquidación para estos efectos, se hará con prioridad sobre cualquier otro gasto o pago a cargo de la masa de la entidad en liquidación."

³⁰³ El artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, consagra al respecto: "ARTÍCULO 71. OBLIGACIONES POSTERIORES AL INICIO DEL PROCESO DE INSOLVENCIA. Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial. Igualmente tendrán preferencia en su pago, inclusive sobre los gastos de administración, los créditos por concepto de facilidades de pago a que hace referencia el parágrafo del artículo 10 y el parágrafo 2o del artículo 34 de esta ley." (Negritas y subrayas propias).

dades Públicas), no puede incluir, *en ninguna manera*, las obligaciones válidamente constituidas (y a cargo de la entidad) con posterioridad a la expedición del mencionado acto; pero sólo en las que tengan una relación directa con el proceso de liquidación mismo, como lo consagra de forma expresa el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, norma que no obstante no ser aplicable de forma directa a la liquidación de entidades públicas, ha de acudirse a ella por analogía, toda vez que las normas que directamente lo regulan (Decreto-ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006), y la norma de remisión (el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) nada dicen al respecto.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia que diferencia los créditos anteriores o posteriores a la toma de posesión para liquidar una entidad financiera, afirmando la imposibilidad (de los acreedores anteriores a la toma de posesión) de iniciar proceso ejecutivo en contra de la entidad intervenida, y la posibilidad de que los acreedores posteriores sí lo hagan, garantizando así, por una parte, la masa de la liquidación (en igualdad de condiciones para los acreedores anteriores) y el derecho al acceso a la administración de justicia a los acreedores posteriores.

Si bien no es un caso exactamente encuadrado en el planteado, diremos en primer lugar que las normas del Estatuto Financiero (como vimos) son aplicables en el vacío del Estatuto de Liquidación de las Entidades Públicas; y en segundo, nos encontramos frente a unas normas que pretenden una finalidad similar a las del estatuto en estudio. Por último, existe una analogía abierta con estos planteamientos. Así pues, traigamos las palabras mismas de la Corte para cerrar el presente capítulo:

*“Ahora bien, es importante aclarar que la prohibición de iniciar procesos ejecutivos contra la entidad intervenida se aplica únicamente a las acreencias anteriores a la toma de posesión. Ello, por cuanto la recuperación de la entidad - que es el fin de la medida de toma de posesión para administración - depende de su capacidad de realizar operaciones económicas, y esta capacidad se esfumaría si los posibles contratistas de la entidad observaran que ella es inmune ante cualquier demanda dirigida a obtener el pago de sus cuentas.”*³⁰⁴

³⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-176 de 1999. Referencia: Expediente T-177895. Actores: Néstor Romero Huertas y Otros. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Sentencia del 18 de marzo de 1999.

8. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL EMBARGO DE BIENES PÚBLICOS NO SUSCEPTIBLES A DICHA MEDIDA

Del discurrir de las ideas hasta aquí expuestas habrá podido inferir el lector que el tema de la inembargabilidad de los bienes públicos es uno lleno de reglas de excepción, motivo por el cual se requiere de un manejo adecuado del mismo para evitar incurrir en eventos que lleguen a comprometer la responsabilidad del funcionario judicial que ordena la medida precauteladora, en el entendido que, si bien dichas reglas de excepción pretenden garantizar los derechos de los acreedores del Estado, tales medidas cautelares pueden llegar a afectar el normal funcionamiento de éste al momento de congelar sus recursos de forma indebida (en perjuicio del interés general).

Analicemos la responsabilidad que puede derivarse de la aplicación indebida de las normas aquí estudiadas.

8.1. La responsabilidad disciplinaria: Los jueces dentro del ejercicio de sus funciones se encuentra sometidos a una serie de deberes dentro de los cuales encontramos:

“1. Respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos.”³⁰⁵

La anterior norma se encuentra en clara consonancia y coordinación con los artículos 4, 228 y 230 de la C.P., que consagran la independencia y autonomía del juez, sujetos al imperio de la ley y la constitución.

El incumplimiento de los mandatos legales, interpretados conforme a la Constitución Política (como lo han hecho tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en las providencias ya estudiadas) puede llegar a comprometer la responsabilidad disciplinaria del funcionario judicial. Así lo interpretó la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al analizar la conducta de un par de funcionarios judiciales que inaplicaron de forma culposa el artículo 58 numeral 13 de la ley 550 de 1999 (que establece la prohibición de embargos a las entidades sujetas a Acuerdo de Reestructuración de Pasivos). Las palabras mismas de la sala son las siguientes en su aparte pertinente:

³⁰⁵ Ley Estatutaria 270 de 1996, artículo 153 numeral 1.

“AUTONOMÍA DEL JUEZ:

Sobre el tema objeto de investigación, es preciso aclarar que esta Sala en esta oportunidad actúa como operador disciplinario, razón por la cual no podría ordenarle o indicarle al Juez investigado que falle en determinado sentido el proceso ejecutivo laboral sometido a su consideración, ya que se estaría desconociendo que legalmente es el competente para resolver sobre éste, y la autonomía funcional que el mismo tiene para administrar justicia en el caso objeto de análisis.

No obstante lo anterior, ante la evidente vulneración del derecho al debido proceso por la equivocada aplicación normativa del Juez investigado, no puede predicarse el carácter absoluto del principio de la autonomía funcional y por ende la intangibilidad de la responsabilidad disciplinaria al disponer un embargo a través de una providencia judicial, no obstante que de no reconocer el carácter prevalente que le asigna la Constitución Política a este derecho fundamental, y la supremacía que ésta tiene como norma de normas. En ese orden de ideas, considera esta Sala que para armonizar los principios de la autonomía funcional y la legalidad respecto de la asignación de competencias, con el derecho fundamental al debido proceso, debe proceder a evaluar la responsabilidad disciplinaria del Juez investigado en cuanto al desconocimiento de las normas citadas anteriormente.

Tenemos entonces que la conducta disciplinaria cumple los presupuestos de ser típica, antijurídica y realizada no tanto por el querer contrariar el ordenamiento disciplinario, sino por la negligencia de los funcionarios, lo que viene a colmar el presupuesto subjetivo de la conducta: la culpa que fue el grado de culpabilidad imputado a los disciplinados.

En consecuencia, acreditada la existencia del ilícito sustancial, como contrariedad con el ejercicio de la función y reunidas las exigencias del artículo 142 de la Ley 734 de 2002, por haberse arribado a la certeza sobre la existencia de la conducta disciplinaria y la responsabilidad de los funcionarios investigados, se impone la revocatoria del fallo absolutorio impugnado y en su defecto la emisión de fallo sancionatorio.

En los términos previstos por el artículo 196 del CDU la falta disciplinaria imputada a los doctores ANA MARÍA VARGAS PRADO Y FRANCISCO ANTONIO MENA CASTILLO se encuentra definida en el artículo 153 numeral 1 de la Ley 270 de 1996; la misma fue cometida con culpa, pues los funcionarios inobservaron el deber de cumplir y hacer cumplir la ley, cuidado que les era exigible en la atención del asunto en cuestión.

La falta se estima como de naturaleza GRAVE en atención al grado de culpabilidad, la naturaleza esencial del servicio, el grado de perturbación del mismo y el perjuicio causado a la Administración de Justicia, en los términos del artículo 43 de la Ley 734 de 2002.

En lo que tiene que ver con la sanción, se estará a lo previsto por el artículo 44 numeral 3º de la Ley 734 de 2002 y, por tal razón, se impondrá la suspensión por el término de doce (12) meses en el ejercicio del cargo, en atención al artículo 47, literales g – i de la ley 734 de 2002 . La sanción así impuesta, atiende entonces los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, propios del Estado social democrático de derecho.”³⁰⁶

8.2. La responsabilidad penal: Este tipo de responsabilidad es mucho más calificada por la gravedad misma de la falta que se comete. Y dado que nos encontramos frente a un sujeto activo cualificado (un funcionario judicial que expide una orden judicial contraria a la ley), su autonomía e independencia se encuentra claramente enmarcada dentro de la ley y la constitución, por lo que el juez puede ver comprometida su responsabilidad penal.

Este tema ha sido tratado en varias oportunidades por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien actúa en estos casos como juez de segunda instancia, ante el fuero existente sobre los jueces del circuito (que son juzgados por sus conductas penales cometidas en el ejercicio de sus funciones en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial³⁰⁷).

Encontramos varios casos juzgados por la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria. Resaltaremos de entre los siguientes un caso que consideramos límite (donde hay absolución del funcionario, no obstante haber éste embargado bienes legalmente inembargables), y otro donde hay condena.

8.2.1. Ausencia de responsabilidad penal por falta del elemento subjetivo de la conducta³⁰⁸: Es el siguiente caso uno que podemos llamar *límite*, en donde se juzga penalmente la conducta de un funcionario judicial que, a través de una providencia judicial debidamente motivada,

³⁰⁶ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA. Sentencia del 21 de abril de 2010. Magistrado Ponente JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO. Radicación No. 110010102000200500139 01 - 1524 F.

³⁰⁷ Ver artículos 76 de la Ley 600 de 2000 y 34 de la Ley 906 de 2004.

³⁰⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No. 31118. Magistrado Ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. Sentencia del 3 de junio de 2009.

inaplicó (haciendo uso de de la excepción de inconstitucionalidad) para el caso concreto una norma de rango legal por considerar *que violaba de forma flagrante* la Constitución Política.

El caso puede resumirse en la inaplicación del artículo 58 numeral 15 de la Ley 550 de 1999 que, para el caso concreto, realiza un juez laboral del circuito, norma que, como ya se mencionó, prohíbe el embargo frente a entidades sujetas a acuerdo de reestructuración de pasivos. Esta norma fue valorada como contraria al artículo 25 de la C.P., pues la juez interpretó que la prohibición de embargo de las entidades públicas, conforme lo había expresado la Corte Constitucional en varios pronunciamientos anteriores, no era absoluta, por lo que debían protegerse los derechos de los pensionados *por sobre los intereses generales*. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, si bien existió una resolución contraria a la ley, no existió en realidad dolo en la apreciación e interpretación de las normas, y, en consecuencia, absolvió a la juez de los cargos. Dice la Sala Penal en el aparte pertinente:

“En otras palabras, de las manifestaciones hechas por la juez acusada en la diligencia de indagatoria no se advierte la aludida voluntad y consciencia de infringir la ley penal y de haber querido dar “preeminencia a los intereses particulares de los demandantes dentro de aquellos asuntos litigiosos”; todo lo contrario se colige que las consideraciones aducidas en las providencias tuvieron como finalidad plasmar una interpretación de lo reglado por la Ley 550 de 1999 frente al orden jurídico, así las mismas hayan sido contrarias a derecho, inferencia a la que llega esta Corporación dada la uniformidad y reiteración de argumentos en los dos trámites que elevaron la petición de suspensión, según el artículo 58, numeral 13, de la citada ley, sin que ello implique una intención sesgada de favorecer a una de las partes trabadas en conflicto.

*En tales condiciones, como quiera que la Sala no advierte la fase subjetiva de la conducta punible de prevaricato por acción atribuida a la doctora Hernández Herrera, de común acuerdo con la defensa técnica, se revocará la sentencia condenatoria que en su contra se dictó y, por lo mismo, se le absolverá del cargo hecho en su contra en la resolución de acusación.”*³⁰⁹

En este caso es claro que el juez penal, al momento de entrar a valorar la aplicación que de la ley hizo la juez laboral, entró en los terrenos propios de la autonomía e independencia judicial, terreno que consideramos ve-

³⁰⁹ *Ibidem.*

dado a éste, por lo que debió haber despachado negativamente la responsabilidad penal por *atipicidad de la conducta*, y no por la *falta del elemento subjetivo de la misma* (el dolo), dado que una providencia debidamente motivada que inaplica una norma de rango legal con argumentos de índole constitucional (ajustados a la línea jurisprudencial fijada hasta la fecha por la Corte Constitucional que, como se ha visto, ha interpretado la regla de la inembargabilidad como *no absoluta* frente a derechos superiores como los de los trabajadores, por lo que en el presente caso, claramente la conducta de la funcionaria *no se enmarcaba dentro de los límites fijados por el Código Penal* y, de haberse entendido así, se estaría cercenando la autonomía e independencia judicial), no puede ser tenida por *irregular*, no digamos ya como *contraria a la ley*, configurándose tal cosa como una interpretación totalmente errada y limitada de la importante figura de la excepción de inconstitucionalidad. Se llama la atención de los funcionarios judiciales sobre el particular, ya que la providencia citada previamente corta las alas a la independencia y autonomía, características propias del Juez dentro de un Estado de Derecho.

8.2.2. Responsabilidad penal por el embargo de bienes inembargables sin la existencia de un verdadero título ejecutivo:³¹⁰ En el caso bajo estudio en el presente numeral se consideró que existía responsabilidad de un juez civil del circuito que ordenó el embargo de bienes legalmente inembargables (dado que se embargaron dineros depositados en cuentas corrientes de propiedad de la DIAN).

Se trataba de una deuda del común, sin ningún tipo de prelación, adicional a que ya había cursado un proceso ejecutivo inicial con base en los mismos títulos de recaudo, actos administrativos expedidos por la DIAN, proceso que había concluido con sentencia de segunda instancia donde se declaraba la inexistencia de título derivable de los mismos. En primer lugar, es importante señalar que efectivamente, como se puede desprender de la lista contenida en numeral 2.3., del presente capítulo, la DIAN sí hace parte del Presupuesto General de la Nación, acertadamente interpretado por la Corte Suprema en la providencia comentada.

Es de resaltar igualmente que la conducta cometida por el funcionario judicial juzgado se materializó el 25 de agosto de 1999, es decir, después de que la Corte Constitucional ampliara la interpretación de la embargabilidad de los bienes públicos (incluidos los incorporados al Pre-

³¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No. 31331. Magistrada Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS. Sentencia del 16 de septiembre de 2009.

supuesto General de la Nación) a todos los títulos legalmente válidos (es decir, no solo los laborales, dentro de los cuales se encuentran claramente los actos administrativos en firme), lo que realizó la mencionada corporación a través de la sentencia C-354 de 1997(ya comentada).

En consecuencia, la conducta del juez que embargó los bienes de la DIAN se atenía a la interpretación constitucional del artículo 19 del Decreto 111 de 1996, que corresponde al contenido normativo del artículo 6 de la ley 179 de 1994, tal como lo expresó al momento de declarar la constitucionalidad condicionada de estas normas en la sentencia de constitucionalidad citada, por lo que, en principio, no existió en realidad una conducta evidentemente contraria a la ley que pudiera calificarse de prevaricadora. Sin embargo, la argumentación de la Sala Penal, que conforme a la sentencia citada (la C-354 de 1997) manifiesta que es necesario que exista un título que contenga una obligación clara, expresa y exigible (caso que no era el estudiado dado que, como previamente se mencionó, en proceso ejecutivo previo ya se había declarado la inexistencia de título ejecutivo) por lo que en realidad si existió la resolución evidentemente ilegal.

En un aparte importante sobre este tema, afirma la Corte Suprema:

“Dado que también el recurrente cuestiona que el embargo de bienes y dineros del Estado es procedente cuando han transcurrido 18 meses de la ejecutoria de la decisión que así lo determina, sin que se haya tenido lugar la cancelación de los créditos, advierte la Sala que para proceder a ello es necesario que se trate de “una obligación clara, expresa y actualmente exigible que emane del mismo título”, según se precisa en la sentencia C-354 de 1997, características de las cuales adolecían los títulos con fundamento en los que se promovió la acción ejecutiva, pues así había sido declarado en oportunidad anterior, al punto que mediante fallo del 28 de abril de 1997 el Tribunal Superior de Barraquilla revocó la providencia del 3 de febrero de 1997 proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito, en la cual se ordenaba a la entidad demandada “pagar la suma de \$7.749.860 más los intereses moratorios al 3% mensual desde el día 11 de octubre de 1988 hasta cuando se cumpla la obligación”. Precisamente en la citada decisión revocatoria se dispuso “ordenar no seguir adelante la ejecución por no contener el título presentado los requisitos necesarios para prestar mérito ejecutivo” (subrayas fuera de texto).

Con relación a que la constancia expedida el 18 de marzo de 1998 por Mario Mejía Cardona, Director General del Presupuesto Nacio-

nal correspondía a una copia informal con partes borrosas, tiene claro la Sala que tal aspecto resulta insustancial en punto del manifiesto proceder contrario a la legislación del acusado, pues lo cierto es que para aquél momento el doctor CALDERÓN HERNÁNDEZ ya había adoptado la decisión prevaricadora, luego la crítica propuesta carece por completo de trascendencia.

...

Desde luego, no se trata de “acolitar la picardía del Estado frente a sus acreedores”, sino de proteger el Presupuesto Nacional, en procura de asegurar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, pues de no ser ello así, dando prelación a la acción judicial ejecutiva sustentada en el interés particular de la parte actora, podría darse al traste con el interés general de la comunidad al no recibir del Estado la satisfacción de sus necesidades, con mayor razón cuando en el caso de la especie, como fue declarado por los jueces civiles, no se contaba con un título que tuviera las características de ejecutivo.”³¹¹

En el presente caso consideramos que existe una aplicación adecuada de las normas y providencias de la Corte Constitucional referentes a la inembargabilidad de los bienes y rentas de las entidades públicas incorporadas al presupuesto general de la nación.

Pueden encontrarse múltiples sentencias (además de las providencias aquí analizadas) sobre el tema en tratamiento. Consideramos sin embargo suficientemente ilustrada la responsabilidad penal bajo crítica³¹² con las aquí analizadas.

9. CONCLUSIONES

Como se planteó desde la introducción, en este numeral nos dedicamos a construir las excepciones a la inembargabilidad (a modo de reglas) con el

³¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No. 31331. Magistrada Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS. Sentencia del 16 de septiembre de 2009.

³¹² Adicional a las sentencias citadas, pueden consultarse sobre el punto, las siguientes, entre otras:

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No. 14288. Magistrado Ponente: FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL y JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGU. Sentencia del 28 de septiembre de 1999.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No. 16023. Magistrado Ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. Sentencia del 15 de septiembre de 2004.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No. 18352. Magistrado Ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. Sentencia del 27 de abril de 2005.

fin de dotar de herramientas claras a los operadores jurídicos (y a los litigantes) respecto de en qué casos específicos es procedente el embargo de los bienes estatales.

Utilizaremos a modo de cierre la clasificación de las reglas de la inembargabilidad para hacer un estudio organizado de las normas a la luz de las diferentes providencias que han aclarado y delimitado su alcance.

9.1. Bienes absolutamente inembargables: Como se deduce del análisis de las decisiones de la Corte Constitucional, la inembargabilidad es una regla *no absoluta* (en términos generales). Sin embargo, sí se torna en absoluta en los siguientes casos excepcionales:

9.1.1. Bienes enunciados de forma expresa en los artículos 63 y 72 de la C.P.: Estos no poseen excepción alguna, es decir, con relación a los bienes de uso público: los parques naturales, las tierras comunales de los grupos étnicos, las tierras de resguardos y el patrimonio cultural, arqueológico y otros bienes que conforman la identidad nacional, *no existe duda* que prima el interés general y los fines estatales *por sobre cualquier consideración adicional o derechos de otros*, (atendiendo a la misma naturaleza de estos bienes, claramente identificada con los intereses sociales y colectivos, estando éstos por encima de cualquier otra consideración por mandato expreso de constituyente).

Es de resaltar que estos bienes enlistados en las normas constitucionales mencionadas son inembargables independiente de a qué tipo de entidad u organismo estatal se encuentre asignada formalmente la propiedad o titularidad del mismo, es decir, *la mencionada regla es independiente de si es o no una entidad incorporada en el Presupuesto General de la Nación*.

9.1.2. Bienes de entidades públicas acogidas a Acuerdo de Reestructuración de Pasivos: Como ya se estudio, el artículo 58 numeral 13 de la Ley 550 de 1999, prohíbe de manera absoluta el embargo de los bienes de las entidades territoriales, entes descentralizados de éstos y universidades públicas de todos los órdenes que se acojan a los acuerdos mencionados, norma que fue declarada ajustada a la Constitución en sentencia C-493 de 2002, en donde se le dio prevalencia a la reactivación económica, la protección de la función social de la empresa y la prestación de los servicios a cargo de las entidades territoriales. Es los mencionados casos los acreedores quedan sujetos al Acuerdo de Reestructuración de Pasivos, sin poder iniciar proceso ejecutivo ni solicitar (en ningún caso) el embargo de bienes.

9.2. Embargabilidad de las Entidades públicas que administren el régimen de prima media con prestación definida, y todas las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, del Distrito Especial y de los Institutos Descentralizados y de Economía Mixta, en la parte de los recursos que tengan destinados al pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte: Estos dineros resultan inembargables conforme lo consagran los artículos 1 y 2 de la ley 15 de 1982, 134 numeral 2 de la ley 100 de 1993 y 44 del Decreto 692 de 1994, norma aplicable a todas las entidades públicas.

Se tornan en embargables en los casos de obligaciones contenidas en sentencias y actos administrativos en firme que reconozcan obligaciones de índole laboral o pensional, una vez transcurridos los 18 meses de que trata el artículo 177 del C.C.A. (Sentencias C-017 de 1993).

9.3. Regla general de la inembargabilidad de los recursos incorporados al presupuesto general a la Nación, antes de que salgan del torrente de los recursos centrales: Como lo consagra el Decreto 1807 de 1994, modificado por el Decreto 3861 de 2004, es improcedente ordenar los recursos a favor de las entidades incorporadas al presupuesto *antes de que los dineros salgan de la Nación - Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, es decir, sólo son embargables una vez salgan del torrente de los recursos de la nación y se transfieran al órgano al que van dirigidos, de acuerdo a las reglas de embargabilidad aquí explicadas.

9.4. Reglas para la embargabilidad de las entidades que hacen parte del presupuesto general de la Nación: Ya sabemos que con relación a las entidades que hacen parte del presupuesto existe una regla general de inembargabilidad, no sólo de las rentas y recursos incorporados al presupuesto general de la nación, sino de todos los bienes y derechos de estas entidades³¹³ (que ya se indicó cuáles son³¹⁴), regla consagrada en

³¹³ Sobre la última afirmación, es decir, la inembargabilidad no solo de las rentas incorporadas al presupuesto, sino de todos los bienes de estas entidades, el criterio no es uniforme, dado que el Auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del CONSEJO DE ESTADO, del 22 de junio de 1997, radicación S-694, posee varios salvamentos de voto, dentro de los que se expresa un argumento fuerte en contra de esta interpretación amplia de la inembargabilidad de todos los bienes de la Nación: "Con ese criterio, pienso que el artículo 6º de la ley 179 de 1.994, al disponer que "Son inembargables las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman" esta última expresión sólo puede referirse a los bienes estatales que, de una u otra forma, se incorporan al presupuesto, pues es de la esencia de éste su temporalidad o anualidad. De suerte que no son todos los bienes de los órganos obligados a formar un presupuesto los inembargables, sino aquéllos que tienen incidencia en el presupuesto.

los artículos 513 del C.P.C., 19 del Decreto 111 de 1996 y 37 de la ley 1365 de 2009, frente a las cuales hay que predicar la posibilidad excepcional de embargar sus bienes en los siguientes casos:

- Sentencias y actos administrativos en firme que reconozcan obligaciones de índole laboral o pensional, una vez transcurridos los 18 meses de que trata el artículo 177 del C.C.A. (Sentencias C-546 de 1992, C-013 de 1993, C-337 de 1993 y C-103 de 1994).
- Créditos reconocidos en sentencias u otros títulos ejecutivos legalmente válidos, una vez transcurridos los 18 meses de que trata el artículo 177 del C.C.A. (Sentencias C-354 de 1997 y C-402 de 1997).

9.5. Reglas para la embargabilidad de las entidades territoriales y entidades descentralizadas de éstas: Frente a estas entidades hay que trazar unas divisiones de acuerdo al tipo de recursos que se pretendan perseguir y la clase de entidad, así:

9.5.1. Reglas para los departamentos, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos de éstos: Se rigen por Las siguientes normas:

Son inembargables:

- Los bienes enlistados en los artículos 63 y 72 de la C.P., que sean de su propiedad, al igual que los consagrados en los artículos 684

La interpretación que se da a la expresión “bienes y derechos de los órganos que lo conforman” no puede tener el sustento constitucional que se le quiere dar, por dos simples razones:

a) El artículo 63 de la Constitución dispone ...

El entendimiento de esta norma permite inferir que “los demás bienes que determine la ley” deben tener iguales o similares características a los que le preceden, dentro de un concepto de colectividad, y no puede incluir la totalidad de bienes del Estado para hacer a este irresponsable.

Además, tales bienes no sólo serán inembargables sino también inalienables e imprescriptibles, es decir, gozarán de todas estas tres prerrogativas, y no de una sola de ellas, la inembargabilidad.

Extender a todos los bienes fiscales, o de dominio privado del Estado, el carácter de inembargables implicaría asimismo hacerlos inenajenables y volver a criterios superados de irresponsabilidad estatal, porque a ello equivale el no poder ser obligado coercitivamente a pagar sus deudas.

b) En virtud del principio de la unidad normativa de la ley, consagrado en el art. 158 de la Constitución, mediante el Estatuto Orgánico del Presupuesto, no puede adoptarse una disposición de esta índole, porque dicho estatuto sólo puede referirse a la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos.” Salvamento de voto del Consejero JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA. En igual sentido salvó el voto la Consejera DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

³¹⁴ Ver numeral 2.3 del presente capítulo.

del C.P.C., es decir, la regla absoluta contenida en el artículo 63 y 72 de la C.P., ya mencionada, y los destinados a un servicio público prestado directamente por ellos, o un concesionario (las 1/3 partes de los ingresos del respectivo servicio).

- Las 2/3 partes de la renta bruta de los departamentos, los distritos especiales, los municipios son inembargables.

Son embargables por exclusión:

- Las 2/3 partes de los ingresos del respectivo servicio público prestado directamente por los departamentos, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos (o sus concesionarios).
- 1/3 parte de la renta bruta de los departamentos, los distritos especiales y los municipios.
- Los bienes fiscales de su propiedad que no estén afectos a la prestación de los servicios públicos.

9.5.2. Reglas especiales para las entidades descentralizadas del orden departamental: Las entidades descentralizadas del orden departamental poseen una regulación especial contenida en los artículos 64 del Decreto 1221 de 1986 y 318 del Decreto 1222 de 1986, normas en las que se consagra la regla de inembargabilidad de los recursos que se reciban por parte de éstas a título de transferencia de la Nación o del respectivo departamento, o como producto de los contratos de empréstito interno o externo que celebren, y de los recursos propios u ordinarios hasta en las 2/3 partes.

No obstante lo anterior, son embargables dichos bienes (limitados en la norma en mención) cuando el título de recaudo sea un acto administrativo o una sentencia que reconozca un crédito laboral, una vez transcurridos los 18 meses de que trata el artículo 177 del C.C.A. (Sentencia C-263 de 1994).

9.5.3. Reglas para el embargo de los bienes de las entidades descentralizadas del orden municipal o distrital diferentes a establecimientos públicos: No existe norma alguna que los favorezcan, por lo que, con relación a estas entidades, todos los bienes resultan embargables, a ex-

cepción de los que se transfieran a título de Sistema General de Participaciones, tema que se pasa a tratar a continuación. Igualmente, se hará una consideración especial con relación a las empresas sociales del Estado (numeral 7.7.).

9.6. Reglas para el embargo de los dineros pertenecientes al Sistema General de Participaciones: Conforme lo consagran los artículos 18 y 91 de la ley 715 de 2001, 21 del Decreto 28 de 2008, 37 de la ley 1365 de 2009, y los Decretos 1807 de 1994, modificado por el Decreto 3861 de 2004, y 1101 de 2007, y los artículos 64 del Decreto 1221 de 1986 y 318 del Decreto 1222 de 1986, aplicables estos últimos a las entidades descentralizadas del orden departamental, son inembargables los dineros recibidos por las entidades territoriales por concepto de Sistema General de Participaciones.

Es posible embargar dichos recursos en los siguientes casos:

- Sentencias y actos administrativos en firme que reconozcan obligaciones de índole laboral o pensional, una vez transcurridos los 18 meses de que trata el artículo 177 del C.C.A., bajo condición de que resulten insuficientes los ingresos corrientes de libre destinación (Sentencias C-793 de 2002, regla reiterada y aclarada en relación con la condición antes mencionada, en la sentencia C-1154 de 2008).
- Los recursos de educación, salud y propósito general, con relación a los créditos a cargo de la entidad territorial por actividades propias de estos sectores, que consten en sentencia o otros títulos legalmente válidos, una vez transcurridos los 18 meses de que trata el artículo 177 del C.C.A. (Sentencia C-793 de 2002 para el sector educación, interpretación ampliada a los otros sectores en la sentencia C-566 de 2003).

9.7. Reglas especiales a favor de las empresas sociales del Estado: Como se desarrollo ampliamente en el numeral 5, sobre las empresas sociales del Estado podemos plantear dos reglas de inembargabilidad:

- No obstante no encontrarse taxativamente relacionadas en el artículo 684 del C.P.C., consideramos que las reglas allí contenidas son aplicables, bajo la asimilación a los Establecimientos Públicos, en lo relacionado a los bienes afectos al servicio público de salud que prestan.

- La anterior regla se soporta igualmente en una interpretación conforme a la Constitución, según la cual los bienes inembargables no son una lista legal taxativa, por lo que, dada la función social y el servicio público esencial que estas entidades prestan, corresponde entenderse que los bienes afectos al mismo deben ser calificados como *inembargables*.

9.8. Reglas para el embargo de recursos parafiscales: Son inembargables por tratarse, o de rentas incorporadas al presupuesto (en caso de ser administradas por una entidad que haga parte de este), o por su destinación específica.

Para el caso concreto, deberán analizarse las excepciones genéricas a la inembargabilidad de los recursos y rentas incorporados al presupuesto (para verificar su embargabilidad), es decir (si se trata de créditos privilegiados, como los laborales o pensionales, provenientes de sentencia o acto administrativo, una vez transcurrido el plazo legal), o de créditos contractuales (cuyo objeto sea la materialización del fin al que se deben destinar estos recursos).

9.9. Una conclusión final: Como se habrá podido inferir de la lectura del tema tratado, éste resulta ser una maraña de normas de todas las jerarquías, de reglas interpretativas jurisprudenciales y conceptos doctrinales que impiden que haya la claridad deseada sobre un punto que resulta ser crucial para la defensa de los derechos individuales de contenido económico en contra del Estado. Por lo anterior, las reglas que aquí se plantean no resultan ser absolutas, y deben ser recibidas por quienes las estudian como directrices interpretativas que han de ser valoradas de acuerdo al caso concreto al que pretendan ser aplicadas.

10. LAS REGULACIONES DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CON INSIDENCIA EN EL TEMA EN DESARROLLO

Revisada la nueva normativa que regirá los procesos contencioso administrativos a partir de 2 de julio de 2012 (Ley 1437 de 2011) no se encuentran normas especiales que regulen el tema de la embargabilidad de los bienes de las entidades estatales. No obstante lo anterior, encontramos las siguientes normas que poseen relación con el tema y sin los artículos 192, 194, 195 y 299.

En primer lugar, tal como lo regulan los artículos 192 y 299 del C.P.A. y de lo C.A., establecen como término para que la condena impuesta por la jurisdicción preste mérito ejecutivo, diez (10) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia. Por lo tanto, se disminuye el plazo consagrado en el C.C.A.

Los artículos 194 y 195, en concordancia con la Ley 448 de 1998, desarrollan el tema del Fondo de Contingencias de entidades Estatales, figura jurídica de gran importancia para garantizar no sólo los derechos de las personas que reclaman frente al Estado, sino la solidez y estabilidad de las finanzas públicas.

De forma expresa el párrafo del artículo 195 del C.P.A. y de lo C.A. consagra la inembargabilidad de los rubros contenidos en el presupuesto para sentencias y conciliaciones, norma que debe interpretarse en armonía con el artículo 194 *ibídem*, por lo que se debe entender dicha inembargabilidad frente a las entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación (Ver numeral 2.3. del presente capítulo) al igual que la inembargabilidad de los recursos del Fondo de Contingencias, por lo que sumamos otra norma a la regla de la inembargabilidad del presupuesto público.

Realizadas estas observaciones, una vez entre en vigencia el nuevo C.P.A. y de lo C.A., se aplicarán las mismas reglas desarrolladas con anterioridad, con relación a la posibilidad de embargo de los bienes del Estado.

11. BIBLIOGRAFÍA

- CALAMANDREI, Piero. Las Providencias Cautelares. Bogotá: Leyer, 2008.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Auto del 22 de Julio de 1997. Radicación número: S-694. Actor: INGESTUDIOS LTDA. Demandado: FONDO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN - FOMVAL.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Auto del 22 de febrero de 2001. Radicación número: 76001-23-31-000-1999-0043-01(18503). Actor: ARENERAS EL DAGUA.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Auto del 22 de febrero de 2001. Radicación número: 18844. Actor: JOSÉ ALBERTO MELO ESCOBAR.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS. Auto del 5 de julio de 2001. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-0143-01(18504). Actor: CLARA EMILIA GIRALDO OSSA. Demandado: EMPRESAS MUNICIPALES DE BUENAVENTURA - VALLE -.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR. Auto del 7 de febrero de 2002. Radicación número: 52001-23-31-000-1999-0475-01(20981). Actor: JOSÉ EDMUNDO ROSERO ORTÍZ. Demandado: MUNICIPIO DE SIBUNDOY (PUTUMAYO). Referencia: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS. Auto del 7 de marzo de 2002. Radicación número: 76001-23-24-000-1999-1020-01(19405). Actor: DISMOND INGENIEROS LIMITADA. Demandado: MUNICIPIO DE BUENAVENTURA. Referencia: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero Ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Auto del 30 de enero de 2003. Radicación número: 47001-23-31-000-1997- 5102-01(19137). Actor: SOCIEDAD CONSTRUNORTE LIMITADA. Referencia: Apelación auto.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Auto del 20 de mayo de 2004. Radicación número: 70001-23-31-000-2000-1248-01(23252). Actor: LUIS MARÍA UCROS MERLANO. Demandado: MUNICIPIO DE SAN BENITO ABAD (SUCRE).
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Auto del 23 de septiembre de 2004. Radicación número: 68001-23-15-000-2003-2309-01(26563)A. Actor: INOCENCIO MARTÍNEZ ESTRADA. De-

mandado: MUNICIPIO DE PUERTO WILCHES. Referencia: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO. MEDIDAS CAUTELARES.

- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA. Sentencia del 21 de abril de 2010. Magistrado Ponente JOSÉ OVIDIO CLAROS POLANCO. Radicación No. 110010102000200500139 01 – 1524 F.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-546 de 1992.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-017 de 1993.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-013 de 1993.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-337 de 1993.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-103 de 1994.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-263 de 1994.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-354 de 1997.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-402 de 1997.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-176 de 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-493 de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-793 de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-246 de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-566 de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1154 de 2008.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Sentencia No. 44 de marzo 22 de 1990. M.P. Dr. JAIRO DUQUE PÉREZ. Expediente No. 1992.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No. 31118. Magistrado Ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. Sentencia del 3 de junio de 2009.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No. 31331. Magistrada Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS. Sentencia del 16 de septiembre de 2009.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No. 14288. Magistrado Ponente: FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL y JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGU. Sentencia del 28 de septiembre de 1999.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No. 16023. Magistrado Ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. Sentencia del 15 de septiembre de 2004.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No. 18352. Magistrado Ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. Sentencia del 27 de abril de 2005.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I.
- ISAZA UPEGUI, Álvaro. LONDOÑO RESTREPO. Álvaro. Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial Ley 1116 de 2006. Bogotá: Editorial Legis S.A., 2007.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1984.
- RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio. Procesos de Ejecución. Publicada en La Dirección del Proceso Contencioso Administrativo, Segunda Parte. Bogo-

tá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2009.

- RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Perspectiva Constitucional sobre la tutela cautelar judicial. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario – Dike, 2006.
- RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. La acción ejecutiva ante la jurisdicción administrativa. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.
- TRIANA PERDOMO, José Marcelino. El ejecutivo en la jurisdicción contencioso administrativa. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley LTDA., 2003.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. STC 32/1982, 7 de Junio de 1982. Ponente Doña Gloria Begué Cantón.



Editorial Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia.
Este libro se imprimió en el Centro de Medios Audiovisuales, con
un tiraje de 100 ejemplares.

La composición tipográfica se realizó
empleando las familias Futura y Arial.

2011