

# LOS PROCESOS JUDICIALES ANTE LAS ALTAS CORTES

EDITORES ACADÉMICOS

DAVID FERNANDO VARELA SÁNCHEZ

HERNANDO HERRERA MERCADO - LEONARDO BELTRÁN RICO

CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA - FRANCISCO RODRÍGUEZ MESA

## Tomo I CONSEJO DE ESTADO

RUTH STELLA CORREA PALACIO - ALVARO NAMÉN VARGAS

GUILLERMO VARGAS AYALA - CLAUDIA DANGOND GIBSONE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ - ALBERTO YEPES BARREIRO

LUIS CARLOS PLATA PRINCE - HERNANDO HERRERA MERCADO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA - GERMÁN BULA ESCOBAR

SONIA MILENA VARGAS GAMBOA - IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE

JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ - JUAN DAVID DUQUE BOTERO

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO - AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA

DIANA MARIA BELTRÁN VARGAS



COLECCIÓN ESTUDIOS





LOS PROCESOS  
JUDICIALES ANTE LAS ALTAS CORTES



# LOS PROCESOS JUDICIALES ANTE LAS ALTAS CORTES

## TOMO I CONSEJO DE ESTADO

### Editores Académicos

DAVID FERNANDO VARELA SÁNCHEZ

HERNANDO HERRERA MERCADO

LEONARDO BELTRÁN RICO

CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA

FRANCISCO YEZID RODRÍGUEZ MESA

### Autores

RUTH STELLA CORREA PALACIO, ALVARO NAMÉN VARGAS, GUILLERMO VARGAS AYALA, CLAUDIA DANGOND GIBSONE, MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, ALBERTO YEPES BARREIRO, LUIS CARLOS PLATA PRINCE, HERNANDO HERRERA MERCADO, WILLIAM ZAMBRANO CETINA, GERMÁN BULA ESCOBAR, SONIA MILENA VARGAS GAMBOA, IVÁN DARIO GÓMEZ LEE, JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ, JUAN DAVID DUQUE BOTERO, MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA, DIANA MARIA BELTRÁN VARGAS



Facultad de Ciencias Jurídicas

COLECCIÓN ESTUDIOS

---

**COLECCIÓN ESTUDIOS**

ISBN digital: 978-958-791-520-4

© David Fernando Varela S. 2021  
© Hernando Herrera Mercado 2021  
© Leonardo Beltrán Rico 2021  
© Carlos Felipe Ramírez P. 2021  
© Francisco Y. Rodríguez M. 2021  
© Pontificia Universidad Javeriana. 2021  
© Corporación Excelencia en la Justicia. 2021  
© Grupo Editorial Ibañez. 2021

Coordinador Editorial  
Pontificia Universidad Javeriana  
JAVIER CELIS GÓMEZ

Grupo Editorial Ibañez  
Bogotá-Colombia  
Carrera 69 Bis No. 36 -20 sur  
Teléfonos: 2300731 -2386035  
Librería: Calle 12B No. 7-12 L.1  
Teléfonos: 2835194 - 2847524  
Librería Teusaquillo: Calle 37 No. 19-07  
Teléfonos: 7025760 - 7025835  
Bogotá, D.C. - Colombia  
www.grupoeditorialibanez.com

® 2021

La presente obra de divulgación se integra al grupo de investigación del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. No obstante, el editor y las instituciones a las cuales se encuentran vinculados los autores de esta obra, declinan cualquier tipo de responsabilidad derivada de la información o las opiniones aquí expresadas por ellos. La responsabilidad del contenido es exclusivamente de cada uno de los autores que componen esta obra.

**COMITÉ DE PUBLICACIONES**

DIANA CAROLINA OLARTE BÁCARES  
Decana Facultad Ciencias Jurídicas -  
Presidente del comité

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO  
Profesor Departamento de Derecho Privado

JAVIER GUSTAVO RINCÓN SALCEDO  
Profesor Departamento de Derecho Público

JUAN CARLOS BOTERO NAVIA  
Profesor Departamento de Derecho Económico

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ  
Profesor Departamento de Derecho Penal

CARLOS ADOLFO PRIETO MONROY  
Profesor Departamento de Derecho Económico

DIANA XIMENA DELGADO GORDILLO  
Secretaria de Facultad

JAVIER CELIS GÓMEZ  
Bibliotecólogo Facultad

MARIA CAROLINA VÉLEZ GAITÁN  
Asistente Decanatura-Secretaria del Comité

Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Alfonso Borrero Cabal, S. J.  
Catalogación en la publicación

Namén Vargas, Álvaro, autor,

Los procesos judiciales ante las altas cortes / David Fernando Varela Sánchez [y otros]; Prólogo David Fernando Varela Sánchez, [y otros]; Presentación Hernando Herrera Mercado, Leonardo Beltrán Rico. -- Primera edición. -- Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana : Corporación Excelencia en la Justicia : Grupo Editorial Ibañez, 2021. (Colección Estudios)

3 volúmenes ; 24 cm

Incluye referencias bibliográficas

ISBN digital: 978-958-791-520-4

Contenido: Tomo 1. Consejo de Estado. Tomo 2. Corte Constitucional. Tomo 3. Corte Suprema de Justicia

1. Administración de justicia. 2. Poder judicial - Colombia. 3. Democracia - Colombia. 4. Poder ejecutivo - Colombia. 5. Colombia. Consejo de estado 6. Colombia. Corte constitucional 7. Colombia. Corte suprema de justicia. I. Varela Sánchez, David Fernando, editor académico y prologuista II. Ramírez Portela, Carlos Felipe, editor académico III. Rodríguez, Francisco, editor académico IV. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas IV. Corporación excelencia en la Justicia V. Grupo Editorial Ibañez.

CDD 342.22 edición 15

inp.

21/09/2021

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

# CONTENIDO

COLECCIÓN ESTUDIOS..... 11

## PRÓLOGO

DAVID FERNANDO VARELA SANCHEZ

CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA

FRANCISCO YEZID RODRÍGUEZ MESA..... 15

## PRESENTACIÓN

HERNANDO HERRERA MERCADO - LEONARDO BELTRÁN RICO..... 23

## INTRODUCCIÓN

RUTH STELLA CORREA PALACIO.....27

### CAPÍTULO I

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE:  
¿GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD  
O DE JURIDICIDAD EN EL ESTADO SOCIAL  
DE DERECHO?

ÁLVARO NAMÉN VARGAS ..... 41

### CAPÍTULO II

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD  
Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
EN EL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA

GUILLERMO VARGAS AYALA ..... 99

### CAPÍTULO III

EL MEDIO DE CONTROL  
DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

CLAUDIA DANGOND GIBSONE..... 131

CAPÍTULO IV  
ALGUNAS VISCICITUDES  
DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIAS  
DEL CONSEJO DE ESTADO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ ..... 153

CAPÍTULO V  
ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

ALBERTO YEPES BARREIRO ..... 185

CAPÍTULO VI  
EL RECURSO EXTRAORDINARIO  
DE SÚPLICA ANTE LA JURISDICCIÓN  
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

LUIS CARLOS PLATA PRINCE ..... 201

CAPÍTULO VII  
EL RECURSO DE ANULACIÓN  
CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

HERNANDO HERRERA MERCADO ..... 259

CAPÍTULO VIII  
EL SIGNIFICADO Y ALCANCE  
DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA  
DEL CONSEJO DE ESTADO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA ..... 273

CAPÍTULO IX  
LA NECESIDAD  
DE UN CONTROL PREVIO RESPECTO  
DE LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA

GERMÁN BULA ESCOBAR ..... 293

CAPÍTULO X  
LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS

SONIA MILENA VARGAS GAMBOA ..... 311

CAPÍTULO XI  
DIMENSIONES DE LAS ACCIONES  
POPULARES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.  
UN DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA

IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE..... 335

CAPÍTULO XII  
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ ..... 363

CAPÍTULO XIII  
LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

JUAN DAVID DUQUE BOTERO ..... 387

CAPÍTULO XIV  
DEL CONTROL CONSTITUCIONAL  
A CARGO DEL CONSEJO DE ESTADO

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO ..... 403

CAPÍTULO XV  
LA REPARACIÓN DIRECTA

AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA..... 427

CAPÍTULO XVI  
LA SOLICITUD  
DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

DIANA MARIA BELTRÁN VARGAS ..... 451





Pontificia Universidad  
**JAVERIANA**  
Bogotá

Facultad de Ciencias Jurídicas

## COLECCIÓN ESTUDIOS

La finalidad de esta colección es la de divulgar, en forma articulada y conexas, diversos escritos (ensayos, artículos, conceptos, opúsculos, etc.), realizados por uno o varios autores nacionales e internacionales.

- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo I: La empresa de seguros. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo II: El contrato de seguro. Teoría general del contrato. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo III: El contrato de seguro. Teoría general del contrato (continuación). CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Tratado de Derecho arbitral*: Tomo I y II: El convenio arbitral. Director CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo IV: Teoría general del contrato y análisis de algunos seguros en particular. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho de seguros: Estudios y escritos jurídicos*. Tomo V: El contrato de seguro y el contrato de reaseguro. CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Propiedad Intelectual, Competencia y Aspectos Regulatorios de los Medicamentos: Determinantes Internacionales y Política Pública*. Editor Académico: XAVIER SEUBA. Autores: MARIANO GENOVESI, AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA, JUAN CAMILO PÉREZ, PEDRO ROFFE, MIGUEL VIDAL-QUADRAS, DAVID VIVAS.

- *Derecho Privado: Estudios y escritos de derecho patrimonial. 4 tomos en 6 volúmenes.* CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.
- *Derecho y Filosofía: Textos escogidos. Volumen 1.* ALEJANDRO APONTE CARDONA.
- *Derecho Penal Internacional: Textos escogidos. Volumen 2.* ALEJANDRO APONTE CARDONA.
- *Turismo y Derecho del Consumo.* Editores Académicos: EUGENIO LLAMAS POMBO, LORENZO MEZZASOMA, CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., MARIANA BERNAL FANDIÑO.
- *Derecho de seguros y reaseguros: –Liber Amicorum profesor Arturo Díaz Bravo–.* Director académico: CARLOS IGNACIO JARAMILLO; Coordinadoras académicas: PATRICIA JARAMILLO SALGADO Y SANDRA RAMÍREZ.
- *Aproximación iberoamericana a la construcción de una sociedad humana y democrática.* Editores: JAIME ROSELL-GRANADOS (Universidad de Extremadura), JULIO ANDRÉS SAMPEDROARRUBLA, ILDIKO SZEGEDY-MASZÁK, JORGE GONZÁLEZ-JÁCOME (Pontificia Universidad Javeriana).
- *Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia.* Editores: GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, ILDIKÓ SZEGEDY-MASZÁK, RAFAEL A. PRIETO SANJUÁN. Prólogo BALTASAR GARZÓN REAL. Edición Universidad Javeriana (Colombia) y Universidad de Jaén (España); Editorial Tirant lo Blanch.
- *Banca-seguros: Experiencia Internacional.* Editores Académicos: LORENZO MEZZASOMA, ALBINA CANDIAN, ANDREA BELLUCCI, PAOLOEFISIO CORRIAS, SARA LANDINI, EUGENIO LLAMAS POMBO, CARLOS IGNACIO JARAMILLO.
- *Código penal reflexiones después de 15 años de vigencia. Libro homenaje al Profesor Augusto J. Ibáñez Guzmán.* Editores Académicos: ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MONCAYO y AUGUSTO J. IBAÑEZ
- *Tendencias del Estado Federal en América Latina.* Editoras Académicas: VANESSA SUELT COCK, GIORGIA PAVANI.
- *Retos y desafíos de las empresas y los derechos humanos.* Editoras Académicas: CAROLINA OLARTE-BÁCARES, CATALINA IRISARRI BOADA, LAURA ARENAS PERALTA

- *Nuevas tendencias del Derecho Administrativo: Conmemoración de los primeros 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana.* Editora: Claudia Dangond Gibsone. Autores: Claudia Dangond Gibsone, Gustavo Zafra Roldán, Jaime Andrés Riascos Ibarra, José Gregorio Hernández Galindo, Santiago García Jaramillo, Francisco Gnecco Estrada, Néstor Raúl Correa Henao, Guillermo Sánchez Luque, Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Édgar González López, Raúl Velásquez Gavilanes, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Gonzalo Suárez Beltrán, Sandra Lisset Ibarra Vélez, Juan Camilo Morales Trujillo, Laura Isabel Zambrano Infante, Juan Manuel Laverde Álvarez, Sebastián Canal Flórez, Alberto Yepes Barreiro, Stella Jeannette Carvajal Basto, Fernando Carrillo Flórez, Hernando Herrera Mercado. 2020.
- *Derecho de daños y protección de la persona.* Editores Académicos: Eugenio Llamas Pombo, Jaime Arrubla Paucar, Carlos Ignacio Jaramillo. Autores: Jaime Alberto Arrubla Paucar, Romualdo Baptista Dos Santos, Bruno Boris Carlos Croce, José Gerardo Bustamante Morales, Gustavo Campoy, Arturo Caumont, Carlos Céspedes Muñoz, Cecilia C. Danesi, Julián Emil Jalil, Patricia Escribano Tortajada, Eugenio Facchini Neto, Federico Fratini, Rodrigo Fuentes Guíñez, Mário Gamaliel Guazzeli de Freitas, Manuela Giobbi, María Giulia Ortolani, Luis A. Godoy Domínguez, Ana González Alonso, Erika Isler Soto, Carlos Ignacio Jaramillo, Juan Carlos Jiménez Triana, Eugenio Llamas Pombo, Andrés Mariño López, Tomás Hernán Mejía Triana, María Dolores Moreno Marín, Gisela María Pérez Fuentes, Yasna Otárola E., Ana M<sup>a</sup> Pérez Vallejo, Murilo Rezende dos Santos, Jordi Ribot Igualada, Arturo Solarte Rodríguez, Carla Solinas, Jéssica Souza Esmeraldo, Silvia Tamayo Haya, Karenina Tito, Leonel Torres Labbé, Francesco Urbinati, Juan Carlos Velasco Perdigones, Arantxa Vicandi. 2021.
- *Gobierno Corporativo.* Editores Académicos: Francisco Javier Prada Ramírez, Alfonso Miranda Londoño, Santiago Guerrero Sabogal. Autores: Francisco Javier Prada Ramírez, Jorge Gaitan Pardo, Juan pablo López Moreno, Juliana Morad Acero, Marcela Serrano Solórzano, Yadira Elena Alarcón Palacio, Santiago Guerrero Sabogal, Camilo

Ramírez Zuluaga, Luis Felipe Botero Cardenas, Nicolas Alberto Avella Millán. 2021.

- *Los procesos judiciales ante las altas cortes*. Tomo I: Consejo de Estado; Tomo II: Corte Constitucional; Tomo III: Corte Suprema de Justicia. Editores Académicos: David Fernando Varela Sánchez, Hernándo Herrera Mercado, Leonardo Beltrán Rico, Carlos Felipe Ramírez Portela y Francisco Yezid Rodríguez Mesa. 2021.

# PRÓLOGO

DAVID FERNANDO VARELA SANCHEZ\*

CARLOS FELIPE RAMÍREZ PORTELA\*\*

FRANCISCO RODRÍGUEZ MESA\*\*\*

En medio de una de las situaciones más excepcionales en la historia de la humanidad las tres instituciones patrocinadoras de esta publicación decidieron emprender una tarea muy ambiciosa: presentar el balance de treinta años de la experiencia de las Altas Cortes colombianas. Así a mediados del 2020 la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, encabezada por la Decana Diana Carolina OLARTE BÁCARES, la Corporación Excelencia en la Justicia - CEJ, representada por su director ejecutivo Hernando Herrera Mercado y el Grupo Editorial Ibáñez, orientado por su director Gustavo IBÁÑEZ CARREÑO se propusieron realizar un ambicioso trabajo de recapitulación que

---

\* Abogado Javeriano. Profesor de planta de la Facultad. Docente de derecho económico, derecho económico internacional, economía internacional y Legaltech. Director del Centro de Estudios de Regulación Económica y Competitividad Internacional y de su semillero de investigación. Profesor y conferencista en varias universidades de América Latina, España y Estados Unidos y autor de numerosos ensayos y artículos publicados en revistas indexadas. Investigador Asociado de la Convocatoria SNCTI 2021. Candidato al Doctorado de Asuntos Internacionales (DIA) de Johns Hopkins University-School of Advanced International Studies (SAIS). Estudios de formación de altos ejecutivos en John F. Kennedy School of Government y Harvard Business School. Máster en leyes de McGill University-Institute of Comparative Law. Especialista en ciencias socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Su tesis de grado para optar al título de abogado recibió el Lauro Académico.

\*\* Abogado Javeriano. Candidato a magíster en DD.HH Universidad Jorge Tadeo Lozano Bogotá. Ejerce como abogado asesor, consultor y litigante en derecho administrativo, profesor en derecho público.

\*\*\* Abogado Javeriano. Especialista en derecho tributario Universidad Externado. Ejerce como abogado asesor, consultor y litigante en derecho administrativo, profesor en derecho público.

mira hacia el futuro de la sociedad Colombiana y de los desafíos económicos y sociales que dejará la pandemia y que en parte tendrán que enfrentar las Altas Cortes.

Por eso la publicación que tenemos el honor de presentar fue diseñada no solo como un estudio histórico sino más bien para influir en la conformación del pensamiento jurídico de Colombia y Latinoamérica. Para lograrlo, la nómina de sus ponentes y contenidos fue escogida cuidadosamente entre magistrados y exmagistrados de las Altas Cortes Colombianas, y destacados litigantes ante ellas precisamente porque se quería presentar una visión práctica sobre como operan esos tribunales a partir de la expedición de la Constitución de 1991. A todos los autores y autoras les presentamos un especial agradecimiento por los esfuerzos realizados para la redacción, edición, compilación y publicación de esta obra.

La misma se compone de 3 tomos, cada uno de ellos se ocupa de una de las Altas Cortes colombianas en su respectivo orden: Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. Cada una de ellas ha trabajado en el desarrollo de nuevas líneas jurisprudenciales inspiradas en la Constitución de 1991 y las reformas legales que han seguido sus mandatos. La constitución colombiana es maximalista, y ha realizado una fuerte transformación de la realidad jurídica colombiana durante sus tres décadas de vigencia.

Cada tomo se encarga de compilar los temas que las instituciones patrocinadoras consideraron más relevantes sobre la práctica de cada corporación en el ejercicio de sus funciones. Los temas son tan diversos como las mismas Altas Cortes; tratan desde la contratación estatal hasta el derecho de familia, pasando por el derecho procesal general, el procesal civil y penal, el procedimiento contencioso administrativo, el procesal constitucional, el probatorio, el sustancial administrativo, el constitucional, el civil, el comercial, y el laboral. Solo de ese modo se podía cumplir con la ambiciosa meta señalada al principio por los patrocinadores. A pesar de su amplia extensión se trató de facilitar el acceso de los lectores a través de una estructura lógica que siguiera los temas claves que resuelve cada corporación y de breves sumarios al principio de cada capítulo que orientan al lector sobre sus contenidos. La

organización metódica es el fruto del esfuerzo de los editores en un trabajo conjunto con la Universidad, la Corporación y la Editorial.

En la selección de contenidos se buscó abordar los núcleos temáticos de mayor actualidad para cada uno de los grupos de especialistas que usualmente trabajan con la jurisprudencia generada por las Altas Cortes, frecuentemente alineados con novedades normativas. A lo largo del trabajo editorial se pensó que los lectores principales serían académicos, litigantes, estudiantes y miembros de una comunidad jurídica ampliada que no solo comprende abogados sino que se extiende a otras disciplinas y a activistas de organizaciones de la sociedad civil.

El primer tomo, de mayor extensión, se dedica al Consejo de Estado, cabeza de la jurisdicción especial contenciosa administrativa cuyo deber constitucional es el de servir como garante de la legalidad de las actuaciones de la administración pública haciendo prevalecer el orden jurídico en las relaciones típicamente desiguales con los ciudadanos, a los que, sin embargo, la Constitución dota de poderosos derechos y garantías. Este tomo circula especialmente en torno a la prolija jurisprudencia de la corporación a partir de la entrada en vigor de la ley 1437 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, más conocido por sus siglas; CPACA. Los mayoría de los autores de los ensayos de este tomo asignaron un especial interés al funcionamiento de los medios de control de la legalidad, principalmente aquellos que conducen a la nulidad de los actos administrativos los cuales experimentaron cambios significativos con la entrada en vigor del nuevo código. Tan de actualidad resultan algunos de los temas allí tratados que en varios de sus artículos se hace referencia a la ley 2080 de 2021 modificatoria del CPACA. Por lo que una lectura se recomienda a modo de actualización.

Los temas relativos a la mecánica de los recursos en jurisdicción contenciosa, la procedibilidad de acciones de tutela contra sentencias del Consejo de Estado, las acciones de cumplimiento, el recurso extraordinario de súplica, la anulación de laudos arbitrales así como las glosas acerca de la función consultiva del Consejo de Estado contribuyen a enriquecer este tomo con información de la mayor relevancia para los profesionales dedicados al derecho administrativo.

No menos importantes son los artículos que abordan el contenido y alcance de las competencias de esa Alta Corte sobre la pérdida de investidura de los congresistas (tema este sobre el cual existe reciente legislación procedimental contenida en la ley 1881 de 2018) al igual que las reflexiones acerca los contratos administrativos y el control de constitucionalidad a cargo del H. Consejo de Estado.

El segundo tomo, dedicado a los núcleos temáticos propios de los procesos de constitucionalidad y tutela cuya competencia corresponde a la H. Corte Constitucional es menos extenso que el anterior pero no menos importante. Esta corporación ha generado una prolija y extensa jurisprudencia durante sus treinta años de funcionamiento, tanto así que ha merecido reconocimiento internacional por sus avances en torno a derechos fundamentales y como se vuelven justiciables, especialmente para los ciudadanos o comunidades más vulnerables. Tampoco han faltado críticas respetuosas por supuestamente desbordar algunas funciones propias del Juez Constitucional que de todos modos han contribuido a enriquecer el debate sobre las conquistas de la Constitución de 1991 y sobre las reformas que puede necesitar.

Esta obra registra el valioso aporte de cinco ex magistrados y dos ex magistrados auxiliares de la corporación quiénes nos ilustran de manera muy completa en temas tales como el procedimiento constitucional, los controles automáticos, las reformas constitucionales, el control constitucional sobre facultades normativas extraordinarias del ejecutivo, los estados de excepción, los derechos fundamentales y la acción de tutela, y los conflictos de competencia en tutela. Sus siete artículos que aglutinan los núcleos temáticos de mayor importancia para el quehacer de la Corte y se presentan de una manera que combina su alta calidad académica e investigativa con su accesibilidad para lectores no tan especializados.

En el tomo III presenta la experiencia de la Corte Suprema de Justicia desde el punto de vista de muy insignes juristas, maestros y doctrinantes. De la mano de estos autores, entre otros temas, se pueden recorrer temas tan variados como las finalidades de la Casación Civil; los Recursos de Unificación, Revisión, y Anulación contra Laudos Arbitrales; el control de Tutela como instrumento de

defensa del orden jurídico fundamental; el concepto de los hechos jurídicamente relevantes, el principio de la doble conformidad en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; el Recurso extraordinario de Casación Laboral; la actualización del proceso civil en la Pandemia COVID 19; y la Tutela ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Asuntos de Familia. Se trata de procesos estrechamente vinculados a complejos y cambiantes realidades económicas y sociales de un país como Colombia que en 30 años ha experimentado nuevos hitos históricos y políticos en paralelo con nuevas tendencias en la filosofía del derecho, que se convierten en nuevos criterios unificadores y dinamizadores de la cultura jurídica. No menos importante las realidades de la globalización tienen que conducir a una cotidiana reformulación de nuestras tradiciones jurídicas.

En esta publicación colectiva invitamos a reflexionar sobre las nuevas tendencias del derecho privado a concedores muy profundos del sistema jurídico Colombiano. En sus capítulos se desarrollan amplias discusiones frente al papel de los jueces y los tribunales de cierre, la modernización del derecho procesal, la función nomofiláctica de la casación, y la labor no exenta de dificultad de la aplicación de un sistema de fuentes que hunde sus raíces en la Constitución de 1991. Otras cuestiones no menos relevantes son el papel de la igualdad dentro del imperio del art. 230 Constitucional, el debate sobre la dogmática Constitucional dentro del entendimiento del sistema de fuentes y su aplicación judicial frente a las competencias de las altas cortes como órganos de cierre. Estos son apenas algunos de los puntos de partida de esa sección del tomo centrada en el derecho privado.

En la misma línea, algunos autores formulan importantes consideraciones sobre la Casación Laboral en la Corte Suprema de Justicia, desde sus orígenes, desarrollo, sentencias susceptibles de recurso, y la constitucionalización de las vías de la violación de la ley sustancial. Temáticas todas que se orientan hacia la defensa de la legalidad, la flexibilización, la uniformidad e integración jurisprudencial nacional, y específicamente en lo laboral hacia la garantía de la aplicación del derecho objetivo, y la aplicación directa de los principios constitucionales, tratados internacionales y otras normas contenidas en el bloque de Constitucionalidad.

Se destacan los estudios sobre la constitucionalización de la reparación de daños, las causales de divorcio derivadas de la violencia intrafamiliar y un innovador planteamiento sobre activismo y creativismo judicial como modalidades innovadoras de lo que se podría llamar una ingeniería judicial, al igual que nuevas discusiones en la doctrina sobre el origen, recepción y evolución de la Acción de Tutela en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Destacamos igualmente el estudio sobre la defensa penal relacionada con hechos jurídicamente relevantes y medios de prueba en la casación penal, como también, la doble conformidad propuesta por uno de los autores que consolidan en este tomo propuestas innovadoras de alto nivel que pueden ayudar a una mejor comprensión de la justicia ordinaria y sus relaciones con el constitucionalismo, la ingeniería judicial y una interpretación jurídica integradora de la jurisprudencia y la doctrina legal probable de casación.

En esta obra, también se resalta el estudio del proceso arbitral por sus amplias consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del recurso de revisión, el recurso de revisión ante los trámites arbitrales Contencioso Administrativos, el recurso de revisión contra laudos arbitrales civiles y comerciales, y la protección a derechos fundamentales supuestamente conculcados en laudos arbitrales o en sentencias que resuelven el recurso de anulación.

En suma, esperamos que este libro se convierta en obra de consulta sobre los controles jurisdiccionales a nivel de tribunales de cierre como los tres Colombianos aquí reseñados, de modo que se pueda observar en conjunto como los derechos y garantías reconocidos por la Constitución de 1991 han cumplido su misión unificadora de una jurisprudencia novedosa y cambiante pero siempre inspirada sobre todo en la necesidad de promover, humanizar y actualizar los valores supremos de la justicia moderna como el respeto de la dignidad humana, la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la congruencia y la doble conformidad en el proceso penal.

Los artículos que integran esta obra fueron minuciosamente redactados y compilados por el equipo editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de

Bogotá con el apoyo del Bibliotecólogo Javier CELIS GÓMEZ, quien merece nuestro mayor reconocimiento para el intenso trabajo realizado incluso por fuera de los horarios de trabajo habituales. Los editores esperan que esta publicación sea objeto de un amplio debate académico por parte de la comunidad jurídica colombiana e hispanoamericana, ésta última con el potencial de comparar la experiencia de nuestro país con la propia y extraer conclusiones sobre los caminos que recorre el derecho al servicio de sociedades hermanas.



# PRESENTACIÓN

HERNANDO HERRERA MERCADO

LEONARDO BELTRÁN RICO

*Corporación Excelencia en la Justicia*

La Corporación Excelencia en la Justicia –CEJ– es una organización que se ha caracterizado por promover, en sus 25 años de existencia la independencia, la seguridad jurídica, la probidad y la idoneidad de los operadores jurídicos de todo nivel; así mismo ha liderado iniciativas que buscan resaltar las buenas prácticas en el ejercicio del derecho, la transparencia en la elección de los altos dignatarios del sector justicia, y exigir de aquellos la rendición de cuentas y el debido ejercicio de sus funciones. La labor de la CEJ se ha extendido, de igual manera, a la promoción de marcos normativos y regulaciones que persiguen la eficacia del servicio de Justicia en nuestro país.

En otra área de trabajo fundamental, la CEJ se ha encargado de promover transformaciones tendientes a destacar buenas prácticas en el sector. Un ejemplo de esto último lo constituyen los Premios Excelencia en la Justicia y la Cumbre Judicial, evento que se realiza en sesión especial con asistencia del presidente de la República, los presidentes de las Altas Cortes, el Fiscal General, el Procurador General, el Contralor General, y el Registrador; este, sin lugar a dudas, es un espacio sin parangón en el cual los máximos representantes de la Rama Judicial y la institucionalidad, a instancias de la CEJ, presentan un balance anual de su gestión de cara a la ciudadanía.

Sumado a lo anterior, y como centro de pensamiento líder en materia de justicia, la CEJ se ha encargado, por un lado, de crear espacios para debatir propuestas de reforma a la justicia (concertadas entre la ciudadanía y el gobierno a nivel central y regional), y, por

otro, de publicar y difundir documentos de investigación con un alto protagonismo intelectual, y con clara postura frente a hechos que merecen análisis, denuncia y reconocimiento.

La CEJ también ha intervenido como veedor de los procesos de elección de los altos dignatarios de la Justicia, siempre abogando por la transparencia en dichos procesos y por la probidad de los operadores de la rama judicial y de los organismos de control.

De otro lado, la CEJ realiza una importante gestión en materia de seguridad jurídica, en beneficio de reglas claras y predecibles para el sector productivo y las empresas, y en defensa de la coherencia en la jurisprudencia y la legislación a ese respecto.

En el contexto antes descrito, y dada esa especial coyuntura en la que confluyen simultáneamente los 25 años de la CEJ, y los 30 de la Constitución Política de nuestro país, la academia, en cabeza de la Pontificia Universidad Javeriana, y la Corporación Excelencia en la Justicia – CEJ, hemos querido unirnos para resaltar la importantísima labor que se viene realizando desde el sector judicial, y más concretamente desde las altas cortes, en orden a satisfacer el interés de la ciudadanía por obtener pronta, adecuada y, sobre todo, calificada justicia para sus conflictos y desavenencias.

Diríamos entonces que esta obra, sin igual en el continente, tiene como propósito principal recoger, en tres (3) tomos, la visión especializada y actualizada de los juristas más importantes de nuestro país (algunos de ellos incluso todavía vinculados a la rama), en torno a las problemáticas y el quehacer judicial propio de los procesos y acciones que se adelantan ante las máximas corporaciones de la rama judicial; esto es, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

Así, y en lo que atañe al capítulo dedicado a las acciones ante el Consejo de Estado (Tomo I), el lector podrá aproximarse a contenidos que, con estricto rigor jurídico y una profundidad que es propia de quienes conocen verdaderamente la materia, muestran de qué manera han evolucionado en nuestro ordenamiento jurídico conceptos tales como el derecho fundamental de acceso a la justicia, e igualmente cómo se viene ejerciendo control judicial a la acción administrativa o de la administración.

No está demás resaltar que a partir de esa visión jurisprudencial de avanzada (representada en cada una de las sentencias proferidas por este alto tribunal), ha sido posible materializar transformaciones legales de gran importancia para nuestro país, tales como la que precisamente dio lugar a la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 2080 de 2021.

Y qué decir de la labor que en esa misma materia, esto es, la administración de justicia, ha venido cumpliendo la Corte Suprema de Justicia (Tomo III); el aporte de sus decisiones en la resolución de conflictos de alta complejidad ha sido inconmensurable, no sólo por lo que representa para cada uno de los sujetos que interviene en los procesos (cuestión que de suyo es de por sí notable), sino, especialmente, por el impacto que cada una de ellas tiene de cara a la necesidad de preservar y garantizar el principio de seguridad jurídica, sobre el cual debe fundarse cualquier Estado que pretenda denominarse a sí mismo como “de derecho”.

Finalmente, mal podríamos dejar de lado, o por fuera, el ejercicio que se viene realizado desde la Corte Constitucional (Tomo II); esta corporación, desde sus inicios en 1991, se ha venido consolidando como la guardiana por excelencia de nuestra Constitución, y, adicionalmente, en la promotora de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

A partir de sus decisiones se han venido generando transformaciones en diferentes ámbitos de nuestra sociedad, que van desde la mera relación individual que surge entre un sujeto y otro por razón de un vínculo laboral, hasta aquellas otras que les dan piso y viabilidad a decisiones adoptadas por el Ejecutivo y el Legislativo.

Así, pues, esperamos puedan disfrutar cada capítulo, párrafo e historia descrita en esta obra; para nosotros, como gestores de un proyecto de avanzada como éste, nos queda la inmensa y excepcional satisfacción de haber logrado congregarnos, en un solo momento histórico, a lo más selecto de la justicia en nuestro país; a todos los magistrados y exmagistrados que participaron en el proyecto, nuestro profundo agradecimiento por su incondicional generosidad y colaboración, y, por supuesto, por el aporte que ahora hacen al país, a la academia y a la justicia.



# INTRODUCCIÓN

RUTH STELLA CORREA PALACIO\*

Esta parte del texto destinada a los pronunciamientos del Consejo de Estado, muestra el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la Constitución de 1991, a través de numerosas y variadas decisiones en torno a dos temas estructurales: el acceso a la administración de justicia como derecho fundamental constitucional y el aumento en la densidad del control judicial sobre la actividad de la administración, en el marco del doble objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a la luz de la ley 1437, en su orden (i) la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley (artículo 103), en tanto vulnerados por las autoridades públicas o por particulares que cumplen función administrativa (art. 104), y (ii) la preservación del orden jurídico.

En ese contexto, ha sido prolijo el trabajo del Consejo de Estado en el desarrollo de los principios consagrados en la Carta Política como fundantes del estado social de derecho: de legalidad y responsabilidad, solidaridad, igualdad, debido proceso, buena fe, y aquellos propios de la función administrativa. Además, específicamente, de aquellos que se derivan de éstos y que han sido atribuidos por el legislador con especificidades propias a la actividad contractual del Estado.

Como aspectos medulares de sus pronunciamientos se identifica la garantía del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y el aumento en el control judicial de la actividad de la administración.

El Acceso a la administración de justicia, sustentado en los arts. 29 y 229 CN en consonancia con el artículo 2 LEAJ (ley Estatutaria

---

\* Profesora de derecho público, abogada litigante y árbitro. Miembro del Comité Jurídico Interamericano. Ex Ministra de Justicia y del Derecho, Ex magistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

de Administración Judicial), garantiza el acceso efectivo de todas las personas a la justicia con el carácter de derecho fundamental, el cual reviste a la vez la naturaleza de principio de la administración de justicia en general en tanto deber estatal que compromete los fines de nuestro Estado Social de Derecho, en orden a garantizar la convivencia pacífica, la vigencia del orden justo, el respeto a la dignidad humana y la protección de los asociados en sus derechos y libertades públicas (Preámbulo, arts. 1 y 2 CN).

Como muestran los trabajos, la jurisdicción administrativa, como ninguna otra garantiza el derecho constitucional de acceso a la justicia, en tanto implicada en la protección y restablecimiento de los derechos de todas las personas (naturales o jurídicas, nacionales o extranjeros, mayores de edad o no) frente a acciones u omisiones de la Administración y por ello abierta a todos los administrados.

Garantía que ante esta jurisdicción se realiza, entre otros instrumentos, mediante la consagración de un importante número de asuntos que pueden ser interpuestas por cualquier persona, dado que propugnan por la integridad del orden jurídico, en una forma de legitimación por activa “universal”.

Por disposición legislativa esta jurisdicción conoce, la demanda de cualquier persona, del denominado contencioso objetivo de nulidad o de simple legalidad; del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad; de la acción de cumplimiento; de la acción popular; del juicio de desinvestidura de congresistas, diputados y concejales; de los procesos de nulidad de cartas de naturaleza y del denominado contencioso electoral.

Se caracterizan además estos instrumentos porque en su mayoría no están sujetos a términos perentorios para su ejercicio y en cambio se puede acudir a ellos en cualquier tiempo –contencioso objetivo de nulidad, acción popular, desinvestidura de miembros de corporaciones públicas y nulidad de cartas de naturaleza–. Además algunos gozan de flexibilidad en la regla de congruencia –nulidad por inconstitucionalidad y acción popular–. Características estas que superan la concepción tradicional del derecho de acceso a la justicia, para en cambio eliminar barreras que entorpecen su disfrute, en consonancia con los términos de su consagración desde la norma convencional<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 25.

También la salvaguarda del derecho fundamental de acceso a la justicia ha sido el fundamento de decisiones que privilegian la admisión de la demanda frente a la duda razonable en relación con la consolidación de la caducidad<sup>2</sup>; o que han ampliado el uso de medios de control no sometidos a caducidad, a otros temas; o la tesis que permite juzgar daños causados con actos administrativos a ser enjuiciados a través del medio de control de reparación directa. O que han llevado a la consagración legislativa de la posibilidad de presentar demanda en cualquier época, cuando el daño proviene de graves violaciones a derechos humanos o cuando la actuación afecta bienes de uso público, o tratándose de la nulidad absoluta del contrato, cuando este aún se encuentra en ejecución sin importar el tiempo transcurrido desde su perfeccionamiento, en una clara intención legislativa de privilegiar el acceso a la justicia por sobre los límites temporales para demandar.

Si bien en la actualidad esos temas tienen consagración legal, todos se originaron en tesis elaboradas por la jurisprudencia del Consejo de Estado en aplicación directa de la Carta Política de 1991 y puntualmente del derecho de acceso a la justicia allí consagrado. Es notable el aporte del Consejo de Estado a través de sus pronunciamientos, en la producción normativa para regulación de estos y otros aspectos.

Como consecuencia inescindiblemente vinculada a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia, deviene el aumento en el control judicial sobre el actuar de la administración, el cual se ha intensificado al amparo de la Carta Política de 1991 y de las reformas legislativas de carácter procesal expedidas bajo su amparo.

En ese sentido se encaminan las varias modificaciones legislativas producidas en el ámbito procesal expedidas con el propósito de acompañar los instrumentos para el control de la actividad de la autoridades públicas al nuevo orden constitucional, desde las iniciales destinadas a modificar el Código Contencioso Administrativo –leyes 446 de 1998 y 1107 de 2006 – y luego con la expedición de la ley 1437 que sustituyó íntegramente ese código

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 5 de junio de 2003, Radicación No. 21.494. En sentido similar sentencia de 4 de diciembre de 2006, Rad. 14.773.

y su modificatoria la ley 2080. Con idéntico objetivo las normas especiales destinadas a la regulación de instrumentos procesales incluidos directamente en la Constitución, como acciones de tutela, populares, de grupo y de cumplimiento, cuyo conocimiento fue atribuido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando la autoridad demanda es una autoridad administrativa o un particular en ejercicio de funciones públicas.

Con sustento en las modificaciones a los instrumentos procesales para el control de las actuaciones de la administración, los pronunciamientos del Consejo de Estado revelan la evolución hacia un control judicial más denso y con menos límites. El dogma revisor ha sido morigerado.

Así, a pesar de la consagración legal de la presunción de legalidad del acto administrativo –CPACA artículo 88–, son varias las normas y pronunciamientos jurisprudenciales que abren campo a la oficiosidad en el juicio de anulación.

En el control de legalidad del acto administrativo, dado que la demanda de nulidad procede por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, en el primer evento el espectro de la decisión judicial supera los límites de la congruencia en varias aspectos.

En el juicio de nulidad por inconstitucionalidad –artículo 237-2 C.P.–, por cuya virtud el Consejo de Estado funge como juez de constitucionalidad en tanto los actos pasibles de este control son aquéllos cuyo referente normativo es la Carta Política, dado que a través de ellos el gobierno nacional u otras autoridades ejercen funciones que les han sido atribuidas directamente por la Constitución, a pesar de requerir demanda para poner en movimiento la jurisdicción, el juez está autorizado al momento de dictar sentencia, a (i) anular el acto enjuiciado por violación a una norma de la constitución diferente a aquella invocada en la demanda y (ii) a anular actos administrativos que conforman unidad normativa con aquellos demandados y con vocación de ser anuladas por inconstitucionales. Se trata de normas que repliquen en iguales términos las que si fueron demandadas.

Además, en los juicios de nulidad por ilegalidad, legislativamente se consagró el derecho del tercero interviniente de formular cargos diferentes de aquellos endilgados en la demanda,

así como de adicionar a la solicitud de nulidad otros apartes de la misma reglamentación, que no han sido demandados. Esto es, la demanda no pertenece al demandante y terceros pueden disponer de su contenido, como consecuencia de la legitimación universal que caracteriza este medio de control y de la aplicación del principio de eficacia en la administración de justicia, por cuya virtud tanto las demandas como los procesos contra el mismo acto administrativo de carácter general y normativo, son susceptibles de ser acumuladas.

Otra de las manifestaciones de la densidad del control judicial en relación con el acto administrativo se revela en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo de carácter particular que ha sido objeto de recursos ante la administración, en los cuales, por disposición legal, en la pretensión de nulidad se entiende comprendida la de los actos a través de los cuales la administración resolvió los recursos propuestos contra el definitivo o principal, eliminando los fallos inhibitorios derivados de la falta de integración completa del *petitum*.

Además, en distintos pronunciamientos y en la misma línea de la Corte Constitucional se ha aplicado la tesis de anulación de actos administrativos por cargos diferentes a aquellos a que se refiere la demanda, siempre que se trate de la protección de derechos constitucionales fundamentales o de la presencia del vicio de incompetencia, por ser considerado como el mayor de los vicios que puede ostentar.

Por otro aspecto, el CPACA dejó al juez contencioso administrativo el deber de tramitar como de nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda presentada como de simple nulidad cuando advierta que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, por supuesto siempre que el término para demandar a través de tal medio de control no se haya visto afectado por la caducidad.

Así mismo, y en una evidente demostración del aumento en la densidad del control judicial de los actos de la administración, al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos, desde la ley 137 de 1994, les compete el control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general expedidas por las autoridades al

amparo de los decretos de estados de excepción. Competencia a la cual se une aquella incorporada recientemente por la ley 2080 para el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal emitidos por las Contralorías a nivel nacional o territorial.

En estos instrumentos de control está ausente el requerimiento de demanda que impulse el trámite y en consecuencia la aplicación de las restricciones propias de la aplicación del principio dispositivo, como la congruencia entre lo pedido y lo decidido; en cambio, el juez de lo Contencioso Administrativo ejerce en este ámbito el más amplio control sobre la actuación de la administración, en tanto plasmada en actos administrativos no solo de carácter general –contra medidas en aplicación de decretos de estado de excepción–, sino también particular como lo prevé la ley 2080 frente a las decisiones de responsabilidad fiscal.

En garantía del derecho de acceso a la justicia, desde los primeros pronunciamientos sobre el alcance del control automático de legalidad dispuesto por el artículo 20 de la ley 137, el Consejo de Estado dejó a salvo el derecho de cualquier persona a demandar las medidas proferidas al amparo del estado de excepción, siempre que el vicio que se le endilga no haya sido objeto de análisis en la sentencia con la cual se define el control automático, en aplicación de los efectos relativos de la cosa juzgada propio de tales providencias en tanto niegan la declaración de nulidad del acto enjuiciado. En cambio la decisión que anula tiene efectos de cosa juzgada absoluta y *erga omnes*, lo que lleva consigo la prohibición a la administración de revivir el acto anulado.

Precisamente en aplicación de los artículos 29 y 229 de la Carta Política, por violatorias del debido proceso y del derecho fundamental de acceso a la justicia, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento inaplicó por inconstitucionales las normas de la ley 2080 que consagraron el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal emitidos por las Contralorías a nivel nacional o regional. Encontró esa Corporación la grave afectación al debido proceso y al derecho de acceso a la justicia, en la eliminación del derecho a demandar del particular afectado con el fallo que declara su responsabilidad fiscal. Es de advertir que el proyecto de reforma a la ley estatutaria de la administración de justicia, actualmente en revisión previa de constitucionalidad ante

la Corte Constitucional, mantiene ese control elevándolo a norma estatutaria, aunque restringido solo a decisiones de responsabilidad fiscal contra funcionario de elección popular.

Por otro aspecto, al hablar de las decisiones del Consejo de Estado, no puede obviarse sus pronunciamientos en el control de la actividad contractual del Estado, campo en el cual se ha registrado un cambio significativo sustentado no solo en las normas del CPACA que establecen los medios de control de tal actividad, sino también en la regulación especial de algunas de aquellas acciones incorporadas desde la norma constitucional.

Si bien el contrato celebrado por una entidad estatal es un negocio jurídico entre dos partes, por regla general una de ellas el Estado y otra un particular<sup>3</sup>, lo cual comporta que la disposición de los mecanismos para su control judicial solo esté a disposición de las partes, el contenido de las normas que disciplinan el medio de control de controversias contractuales y los pronunciamientos del Consejo de Estado, así como las modificaciones legislativas que han surgido en torno a ellos, han conducido en la práctica al ejercicio universal del control judicial de la actividad contractual.

Así se presenta con el medio de control relativo a controversias contractuales, consagrado para las partes, y extendido a terceros con interés directo cuando se trata de la demanda de nulidad absoluta del contrato. La determinación de ese tercero con interés directo ha implicado la ampliación del espectro de quienes pueden promover el ejercicio de tal control, por vía de ejemplo, el proponente vencido en el proceso de selección del contratista, el asegurador, la Nación cuando una de las partes es una entidad descentralizada del orden nacional, etc.

Por otra parte la ampliación en la legitimación para demandar supera la posibilidad para formular la pretensión de nulidad absoluta del contrato, en tanto en diversos pronunciamientos el Consejo de Estado ha permitido la demanda de algunos actos del contrato por parte del garante, tales como: actos administrativos de imposición de multas y cláusula penal pecuniaria y actos de

---

<sup>3</sup> Las dos partes pueden ser entidades públicas, bajo la especie del contrato interadministrativo.

declaración de incumplimiento con el objeto de cobrar la garantía de cumplimiento, etc.

Igualmente, en relación con los actos que se producen en la etapa de selección del contratista, se ha aceptado desde la regulación legal su control a través del contencioso objetivo de nulidad y del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, regulación actual que tuvo origen en reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado, fundados en la garantía del derecho de acceso a la justicia.

Bajo esa reflexión y con el advenimiento de la ley 80, el Consejo de Estado dio alcance a la previsión sobre el instrumento procesal para demandar los actos que se producen con ocasión de la actividad contractual –artículo 77–, en el sentido de reafirmar el principio de legalidad y la inexistencia de actos administrativos sin control judicial, lo cual llevó a entender los actos precontractuales como pasibles de ser enjuiciados a través del contencioso objetivo de nulidad y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

A esos medios tradicionales para reclamar el control judicial de la actividad contractual, se unió, con un impacto importante, aquél que se instrumentaliza a través de las acciones populares, encaminadas a la protección de derechos e intereses colectivos, bajo cuya égida se ejerce el control integral de la actividad contractual, por cualquier persona y en cualquier tiempo, esto es sin someterse a requisitos de legitimación subjetiva y términos para demandar.

Después de despejar que la actividad contractual era objeto de control a través de las acciones populares en tanto podía dar lugar a amenaza o vulneración de derechos e intereses colectivos, en especial pero no únicamente los de moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, algunos pronunciamientos del Consejo de Estado se orientaron a ampliar el ámbito de acción del juez para permitirle incluso anular contratos y actos administrativos producidos con ocasión de la actividad contractual, tesis que aún se mantiene a pesar de que el legislador expresamente eliminó tal competencia –CPACA artículo 144.

El alcance de las decisiones a adoptar por el juez en las acciones populares unido a la posibilidad de enjuiciar la actividad contractual del Estado a través de este mecanismo de control,

ha dado lugar al aumento del control judicial de la actividad contractual, dada la posibilidad de que por solicitud de cualquier persona y en cualquier tiempo, se proceda a suspender y afectar los procedimientos de selección de contratistas, la firma del contrato e incluso su ejecución y liquidación.

Especial análisis merece en la evolución del control judicial de la actividad de la administración, el avance que el legislador dio en la consagración de medidas cautelares que pueden ser decretadas dentro de los procesos que se adelantan ante la jurisdicción contencioso administrativa. El advenimiento en el ordenamiento jurídico de los procedimientos para el trámite de las acciones de tutela, populares y de grupo, a través de normas que incorporaron la facultad amplia del juez de decretar medidas cautelares, y el traslado de competencias similares para los procesos adelantados en virtud de los medios de control tradicionales –ley 1437–, han dado lugar a un cambio radical en el control judicial de las actuaciones de la administración.

Así lo ha destacado el Consejo de Estado al reconocer que la regulación pasó de una única medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos en tanto palmariamente opuestos a norma superior, exigencia entendida como la demostración *ab initio* y palmaria de la ilegalidad del acto demandado por confrontación con la norma superior, a la existencia de medidas innominadas en tanto necesarias para garantizar el cumplimiento de la sentencia, en riesgo por el peligro de la mora.

La regulación de los procedimientos para el trámite de las acciones de tutela y populares, en las cuales el sujeto pasivo puede serlo una autoridad pública, insertaron en el ordenamiento jurídico la posibilidad de acudir a otras medidas cautelares innominadas, que pueden consistir en órdenes de hacer o de abstenciones, con un ámbito de aplicación que no se concebía frente a actividades de la administración tales como hechos y contratos; dichas actuaciones no eran objeto de medidas cautelares, las cuales se limitaron a la suspensión provisional del acto administrativo abiertamente ilegal.

Seguidamente el legislador incorporó en el CPACA la competencia del Juez en cualquier proceso que se adelanta ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de decretar medidas cautelares preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

El advenimiento de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo marcó un hito en la densidad del control de la actividad de la administración, en tanto a través de tales instrumentos los jueces intervienen en las decisiones de la administración incluso antes de que se ejecuten, o las suspenden cuando están en ejecución, a través de decisiones judiciales que unidas a los tiempos que se toman los recursos procedentes, llevan al abandono de diversas actividades a cargo de la administración.

Igualmente dentro de las líneas jurídicas fijadas por el Consejo de Estado a través de sus pronunciamientos, es destacable el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuyos pronunciamientos cimentaron las bases del artículo 90 de la Constitución Nacional, inscrito en el capítulo IV del Título II de la misma referido a la protección y aplicación de los derechos, y que prevé la obligación reparatoria por los daños que el administrado no debe soportar. Conviene observar que el daño antijurídico aparece en la disposición constitucional como eje de la responsabilidad patrimonial de la Administración, derivada tanto del acto administrativo, como del contrato estatal, ya de hechos, omisiones u operaciones administrativas. En los tres eventos se busca la protección de un derecho subjetivo vulnerado en el primer evento por un acto administrativo, lo cual da lugar al contencioso de restablecimiento; en el segundo supuesto se busca la solución de un conflicto surgido entre las partes contratantes en torno al alcance de los derechos y obligaciones emanadas de un negocio jurídico, susceptible de discusión por el camino del contencioso contractual y en el tercer caso se pretende también la reparación de un derecho subjetivo vía acción de responsabilidad por daños causados.

Reiteradamente lo ha señalado el Consejo de Estado, cuando el artículo 90 Superior prescribe que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, establece sin ambages la obligación reparatoria a cargo de la Administración Pública, bien en eventos derivados del negocio jurídico (responsabilidad contractual), ora por supuestos de responsabilidad extracontractual. Como se advierte de su tenor literal, el eje de la responsabilidad estatal gravita según la Carta de 1991 en torno a la noción de **daño antijurídico**, entendido éste como

aquel que la víctima no debe soportar, independientemente de si el proceder (por acción u omisión) del agente estatal es lícito o no.

Ahora bien, el artículo 90 Constitucional, en tanto que mecanismo de protección y aplicación de los derechos, es indudablemente una manifestación de la **visión teleológica o finalista del Estado** conforme a la cual las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades (art. 2 Superior). No se olvide que la norma equivalente de la Constitución anterior (art. 16 de la Carta de 1886) sirvió por muchos lustros de fundamento normativo único a la fecunda construcción pretoriana de la responsabilidad extracontractual de la Administración por parte del Consejo de Estado.

El artículo 90 de la Carta de 1991 es también un eficaz catalizador de los *principios y valores que sirven de orientación política de nuestro Estado Social de Derecho* y que deben irradiar todo el sistema jurídico, catálogo axiológico dentro del cual ocupa especial importancia la garantía de la libertad (preámbulo).

Asimismo el artículo 90 sigue el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y liberal, que no puede ser otro que *la eficacia general de los derechos fundamentales*, los cuales proclama en forma contundente la Carta Política al disponer que éstos vinculan a todas las manifestaciones del poder público, como que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 *eiusdem*).

En tales condiciones ha señalado el Consejo de Estado, frente a cualquier *daño antijurídico* imputable a una autoridad pública, el Estado deberá responder patrimonialmente, no sólo por que así se infiere de una lectura insular del artículo 90 Constitucional, sino además por que se desprende de lectura sistemática de la Carta.

Cabe destacar asimismo la construcción del principio del debido proceso como rector de las actuaciones de la administración y especialmente en los procesos sancionatorios contractuales, incluso al amparo de la Carta Política de 1886. Reiteradamente el Consejo de Estado ha insistido en el deber de funcionarios administrativos y judiciales de respetar y garantizar la vigencia plena del debido proceso, no sólo mediante el acatamiento de

las formas propias de cada juicio a través de procedimientos cuyo estructuración goza de reserva de ley, sino a través de una adecuada garantía del derecho de defensa, que se refleja entre otras actuaciones en la posibilidad de controvertir las pruebas, en la atención oportuna de los memoriales y en la fundamentación seria y adecuada del fallo (artículo 29 CN, arts. 3 y 9 de la LEAJ y artículo 5 ley 472). Garantía que ha hecho valer esta jurisdicción tanto para la entidad pública como para el administrado y que ha sido la génesis de la consagración legal de este principio como rector de los procedimientos sancionatorios contractuales, y de la regulación de la audiencia para aplicar sanciones con ocasión de la actividad contractual.

Así mismo la prevalencia del derecho sustancial ha sido principio rector en los pronunciamientos del Consejo de Estado. Este principio ya había sido previsto por el legislador en el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil y fue elevado a rango constitucional por el artículo 228 de la Constitución Nacional. No supone, por su puesto la negación del derecho al debido proceso el cual configura un verdadero derecho sustancial, sino que comporta que en determinadas situaciones especiales y en aras de la justicia se adopten criterios jurisprudenciales tendientes a hacer efectivo dicho principio.

En aplicación de este principio rector del derecho procesal, el Consejo de Estado tiene de antaño determinada la aplicación del *“principio iura novit curia, esto es, que frente a los hechos alegados y probados por las partes atañe al fallador determinar la normativa aplicable al caso (...)”*<sup>4</sup>, así como la premisa de que *“que es deber del juez interpretar la demanda como un todo armónico”*<sup>5</sup>, *deber que no constituye una mera liberalidad sino el cumplimiento de los artículos 228 y 229 de la Constitución, que consagran como principios de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y la garantía a su acceso”*<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala Especial Transitoria de Decisión 4B, sentencia de 27 de junio de 2006, S-969.

<sup>5</sup> En este sentido, providencias de la Sección Tercera del consejo de Estado, de 20 de septiembre de 1990, exp: 6133; de 1 de octubre de 1993, exp. 6474 y de 23 de enero de 2003, exp. 22.113.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, Rad. 15.772.

En síntesis son variados y múltiples los temas desarrollados por Consejo de Estado en sus pronunciamientos erigidos en el capítulo IV del título II de la Constitución, intitulado “*De la protección y aplicación de los derechos*”, apartado constitucional en el que se constitucionalizó la presunción de buena fe (art. 83), que impide a las autoridades imponer a las personas trámites y requisitos no previstos al efecto en las normas pertinentes que se hayan ocupado de la materia de manera general (art. 84); que enuncia los derechos de aplicación inmediata (art. 85); que prevé la tutela de los derechos constitucionales fundamentales (art. 86); que consagra las acciones de cumplimiento, populares y de grupo (artículos 87 y 88); que defiere al legislador el establecimiento de los demás recursos, acciones y procedimientos necesarios para la defensa de la integridad del orden jurídico y para la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos frente a la acción u omisión de las autoridades públicas (art. 89); que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por las autoridades públicas (art. 90); que prevé que en la infracción manifiesta de la Constitución en detrimento de una persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que la ejecuta (art. 91); que autoriza a toda persona para formular denuncias penales o disciplinarias por la conducta de las autoridades públicas (art. 92); que contempla el denominado “*bloque de constitucionalidad*” por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (art. 93) y que, por fin, ratifica la supremacía del derecho natural sobre el derecho positivo, al adoptar en el derecho nacional el texto de la novena enmienda de la Constitución Norteamericana (1791) conforme a la cual la enunciación de los derechos no puede entenderse como negación de otros, que siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente en una normativa.

Iniciativas como ésta de la Corporación Excelencia en la Justicia y de la Universidad Javeriana en procura de compilar los trabajos dedicados al análisis de los pronunciamientos del Consejo de Estado en vigencia de la Carta Política de 1991, resultan de la mayor trascendencia en la divulgación del alcance de la protección de los derechos de los administrados.



# CAPÍTULO I

## MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE: ¿GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O DE JURIDICIDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO?

ÁLVARO NAMÉN VARGAS\*

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. OBJETO Y ELEMENTOS DE LA NULIDAD SIMPLE. A. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y DERECHO DE POSTULACIÓN. B. PETITUM. C. CADUCIDAD. D. TERCEROS INTERVINIENTES. E. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD. F. MEDIDAS CAUTELARES. G. PODERES DEL JUEZ. H. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS. I. TERMINACIÓN DEL PROCESO. J. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN. 4. CAUSALES DE ILEGALIDAD. I. INCOMPETENCIA. II. VICIO DE FORMA O EXPEDICIÓN EN FORMA IRREGULAR. III. FALSA MOTIVACIÓN. IV. DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSA. V. DESVIACIÓN DE PODER. VI. VIOLACIÓN DE LA LEY EN QUE DEBÍA FUNDARSE EL ACTO. 5. DESAFÍOS DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL CONOCIMIENTO DE LA NULIDAD SIMPLE. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. INTRODUCCIÓN

Como corolario del Estado de Derecho y ahora del Estado Social de Derecho, la administración está sometida al imperio de la ley, postulado que se concreta en el denominado principio de legalidad, según el cual ninguna autoridad puede ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y/o la

---

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial de la misma universidad, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda y magíster en Derecho de las Administraciones Públicas de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Actualmente es magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, corporación de la cual fue presidente en 2020, y magistrado auxiliar de la Sección Tercera de 2006 a 2013.

ley (vinculación positiva)<sup>1</sup>. En efecto, toda democracia liberal se construye a partir de la sumisión de la administración al derecho<sup>2</sup>, que se confunde con la misma idea de Estado de Derecho y que comporta la limitación del poder administrativo<sup>3</sup>.

El ejercicio de la función administrativa, como observa LAUBADÈRE, está dominado por el principio fundamental de la legalidad, que significa que las autoridades administrativas, en las decisiones que adoptan, están obligadas a conformarse a la ley, o más exactamente a la juridicidad, es decir, a un conjunto de reglas de derecho con rangos y contenidos diversos<sup>4</sup>.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, el principio de legalidad supera la noción clásica del ajuste a la ley en sentido formal expedida por los órganos representativos, para dar paso a un concepto ampliado<sup>5</sup>: el principio de juridicidad, conforme al cual la acción de la administración debe estar subordinada al ordenamiento jurídico, que se integra no solo por leyes (en sentido material y formal), sino también por todas aquellas normas jurídicas que se desprenden de la Constitución Política, de los principios, de las convenciones<sup>6</sup>, entre otras, por supuesto, sin que ello implique

---

<sup>1</sup> Constitución Política, artículo 121.

<sup>2</sup> RIVERO, Jean y Et Waline, Jean. *Droit Administratif, Précis Droit Public*, 15e Édition, Ed. Dalloz, Paris, 1994, p. 13.

<sup>3</sup> DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude, ET GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*, Tome I, 12e Édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, LGDJ, Paris, 1992, p. 527.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> En su concepto clásico el nombre de “principio de legalidad” se reserva a la sola ley formal, como “voluntad popular”, mientras el de principio de juridicidad exige vinculación positiva a las normas jurídicas sin hacer distinción alguna en el rango de éstas, valorizando los reglamentos y otras normas jurídicas de diversa índole.

<sup>6</sup> DELPIAZZO, Carlos E. “Proyección de dos clásicos franceses del Derecho Administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República de Uruguay, Montevideo, 2012, p. 145. “[E]n la medida que ese condicionamiento no es sinónimo de la ley en sentido formal sino más ampliamente de la pluralidad de fuentes que exhibe el Derecho contemporáneo, parece más apropiado, desde el punto de vista conceptual, hablar de principio de juridicidad, sustituyendo la denominación de “bloque de la legalidad” de que hablaba Maurice HAURIU por la más precisa referencia al “haz de la juridicidad”, tomando la expresión de Julio A. PRAT”. Actualmente algunos autores incluyen también las normas técnicas emitidas por entidades privadas, ver en este sentido Santaella Quintero, Héctor. *Normas técnicas y derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el derecho en un entorno de riesgo*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2008.

desconocer los principios democráticos, de jerarquía normativa, y de control de validez, como elemento de unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico<sup>7</sup>. Lo que el principio de juridicidad combate es la atribución a la administración de un poder para actuar sin vinculación a normas, por eso “de ese principio nace todo el Derecho administrativo y la sujeción de la Administración al control de los Tribunales”<sup>8</sup>.

De acuerdo con el principio de juridicidad, las personas pueden exigir a la administración que cumpla con su deber de respetar el ordenamiento jurídico, así como: asegurar que quien actúa sea la autoridad competente para ello; verificar que los procedimientos administrativos que adelanten las autoridades se ciñan al procedimiento reglado; otorgar a los ciudadanos las garantías de defensa ante actuaciones arbitrarias de la administración; garantizar el debido proceso administrativo y proteger la democracia<sup>9</sup>.

El control a las actuaciones de la administración puede realizarse por vía de recursos o acciones<sup>10</sup>. Los primeros son los que

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia C-037 del 2000. “El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. (...) La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular”.

<sup>8</sup> DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, pp. 157-158.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, C-851 de 2013.

<sup>10</sup> Aunque también existe el control por vía de la excepción de inconstitucionalidad o de la excepción de ilegalidad, tal como lo consagra el artículo 148 del CPACA, a cuyo tenor: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos inter partes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.” La excepción de inconstitucionalidad se fundamenta en el artículo 4 constitucional, mientras que la de legalidad en el artículo 12 de la ley 153 de 1887. La excepción de inconstitucionalidad se impone a todos los operadores jurídicos, incluida la administración (sentencia C-600 de 1998), e incluso a los particulares. La excepción de ilegalidad sólo puede ser aplicada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como guardiana del principio de legalidad en la actuación administrativa (artículos 236 a 238 CP).

se presentan ante la misma administración, y cuya interposición es también conocida como el agotamiento de vía gubernativa, hoy sede administrativa; y los segundos se refieren al ejercicio del derecho de acción, de poner en movimiento la jurisdicción<sup>11</sup>.

En Colombia, el principio de legalidad encuentra en la Justicia de lo Contencioso Administrativo su más eficaz garantía, por cuanto a ella se le confía la anulación de las decisiones de la administración que desatiendan mandatos superiores. En efecto, esta jurisdicción especializada fue concebida en el derecho colombiano<sup>12</sup> (a semejanza de sus referentes europeos) como el medio más idóneo de fiscalización de la administración. De ahí su rol de garante indiscutible de uno de los presupuestos más importantes del imperio de la ley: el principio de legalidad, y expresión de otro: el control judicial de la actividad estatal, todos los cuales informan al Estado de Derecho, justificación y razón de ser de la jurisdicción.

Ciertamente, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en su misión de guardián de la legalidad administrativa<sup>13</sup>, tiene por objeto garantizar la vinculación de la acción de las autoridades públicas a la Constitución y a la ley, lo cual resulta indispensable en todo Estado de Derecho. Esta sujeción de la acción de la administración al ordenamiento jurídico es impuesta por la propia Constitución<sup>14</sup>, debido al carácter democrático de nuestro Estado de Derecho<sup>15</sup>.

Para tal efecto, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce del medio de control de nulidad o de simple legalidad<sup>16</sup>. El contencioso objetivo, como se le ha denominado, es la vía que

---

La administración no puede aplicarla, ni otras autoridades judiciales diferentes a aquella jurisdicción (sentencia C-037 de 2000).

<sup>11</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. 5ª Edición, Librería Señal Editora, Colombia, 2013, pp. 35-36.

<sup>12</sup> Sobre los orígenes del Consejo de Estado y de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Colombia ver: NAMÉN VARGAS, Álvaro. *Prólogo Antología, jurisprudencias y conceptos – Consejo de Estado 1817-2017*, Consejo de Estado, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2019.

<sup>13</sup> CPACA, artículos 103 y 104.

<sup>14</sup> Constitución Política, Preámbulo y artículos 1, 2, 6, 113, 121 y 122.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Auto de 16 de marzo de 2005, Rad. 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A.

<sup>16</sup> CPACA, artículo 137.

debe ser utilizada por toda persona cuando se quiera obtener la declaración de nulidad de los actos administrativos, las circulares de servicios y los actos de certificación y registro, sin que el demandante acredite un interés para actuar en el proceso, ni pretenda el restablecimiento del derecho o la condena al pago de indemnización de perjuicio; esto último en observancia a que la acción persigue exclusivamente mantener la vigencia de las normas superiores que integran el ordenamiento jurídico del país.

En este contexto, el presente escrito tiene como propósito, hacer un breve análisis del objeto, los alcances y las características del medio de control de nulidad simple, desde lo definido en la ley y la jurisprudencia, para luego formular algunos retos y desafíos actuales de diverso orden de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en su conocimiento, y destacar este medio control como valioso instrumento para garantizar el principio de legalidad, o, mejor aún, de juridicidad en el Estado social de derecho.

## 2. ANTECEDENTES

El objetivo de la administración es hacer prevalecer el interés general sobre el interés particular, en el ejercicio de las funciones a su cargo y el cumplimiento de los fines del Estado<sup>17</sup>. Los medios que esta utiliza son prerrogativas del poder público con el fin de satisfacer ese interés.

La institución del acto administrativo es aún, sin duda, la expresión más frecuente de actuación de la administración. Además de constituir un capítulo esencial y determinante en la formación del Derecho Administrativo, también permite el control jurisdiccional a la actuación de las autoridades y brinda seguridad jurídica a la relación entre la administración y los particulares. En efecto, el acto administrativo, como manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad, en ejercicio de una función

---

<sup>17</sup> Obviamente sin perjuicio de la promoción y la realización constantes de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, de grupos discriminados o marginados o de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, como parte integrante del desarrollo de la sociedad en su conjunto y dentro de un marco democrático basado en el imperio de la Constitución y la ley (artículos 2, 13, 43, 46, 47 CP, entre otros).

o potestad administrativa, contiene una decisión con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones en situaciones impersonales o abstractas o subjetivas y concretas para las personas, según se trate de actos administrativos generales o de actos administrativos particulares.

Connatural al acto administrativo es su control jurisdiccional por vía del contencioso administrativo de anulación, el cual se constituye en una verdadera garantía jurídica de los ciudadanos para asegurar que tanto los de carácter general y abstracto como los de contenido particular y concreto se adecuen a las normas jurídicas preexistentes, en defensa de la legalidad en abstracto y de los derechos e intereses legítimos de los particulares.

Como indica GARCÍA DE ENTERRÍA, el contencioso-administrativo surgió como un “*proceso al acto*”<sup>18</sup>, de manera que la competencia judicial para revisar la legalidad de la actuación administrativa solo puede ser ejercida cuando esta culmina con un acto administrativo expreso o ficto que es impugnado ante la jurisdicción. Es decir, que el acto administrativo es presupuesto para realizar el control judicial de legalidad sobre la actuación de la administración<sup>19</sup>. Aunque actualmente bajo el modelo del Estado constitucional y democrático de Derecho, esta idea ha sido superada para ejercer un control judicial para cualquiera de las expresiones de la actividad administrativa –hechos, omisiones, operaciones y contratos– y no solo frente a actos administrativos, se preservan medios de control

---

<sup>18</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Undécima edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, p. 52.

<sup>19</sup> La construcción de control de la actividad de las autoridades en cabeza del Consejo de Estado Francés –y de la cual es tributaria el derecho colombiano– originó los recursos objetivos y subjetivos contra los actos de la administración lesivos del orden jurídico y de los derechos de los ciudadanos; por un lado, el recurso de plena jurisdicción y, por otro, el recurso de anulación o exceso de poder. Por medio del recurso de plena jurisdicción, se conocen asuntos fundados en discusiones litigiosas en las que se debatan derechos subjetivos. Se trata de un recurso que incorpora una reclamación personal y mediante él se puede solicitar el reconocimiento de un derecho, que se declaren las irregularidades de la administración, se ordenen los restablecimientos y se realicen las condenas a las que hay lugar. Es un recurso cerrado que requiere de la presencia de abogado. El recurso por exceso de poder o anulación es el instrumento de carácter general y de naturaleza objetiva, por medio del cual se busca controvertir únicamente legalidad de las decisiones administrativas en protección del ordenamiento jurídico superior en abstracto y su resolución goza de efectos *erga omnes*.

judicial para enjuiciar la legalidad del acto administrativo, como son el de nulidad simple y el de nulidad y restablecimiento del derecho, entre otros.

En Colombia, fue la ley 130 de 1913, con el propósito de preservar la legalidad de los actos de la administración, la que consagró dos tipos de acciones: la acción de nulidad, que podía ser ejercida por los ciudadanos y cuyo objetivo era la declaratoria de nulidad del acto administrativo (de Gobierno o de los Ministros) que se considerara contrario a la Constitución o a la ley aplicable<sup>20</sup>; y la acción privada, promovida sólo por quien demostrara un interés legítimo y dirigida a obtener la nulidad de los actos violatorios de derechos subjetivos de naturaleza civil<sup>21</sup>. Ambas debían promoverse ante el órgano jurisdiccional competente, dentro de los noventa (90) días siguientes a la sanción, ejecución o publicación del respectivo acto<sup>22</sup>.

Posteriormente, la ley 167 de 1941, estableció la acción de simple nulidad, con características similares a las previstas en el régimen anterior, salvo en lo que se refiere a la titularidad, pues legitimó que fuera ejercida por “cualquier persona” y ya no por quienes tenían la condición de ciudadanos. También amplió su ámbito de aplicación a los “*decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas*”<sup>23</sup>, Gobernadores, Alcaldes, etc., de los órdenes nacional, departamental o municipal y, además, eliminó el término de caducidad para que pudiera promoverse en cualquier tiempo<sup>24</sup>.

Igualmente, la citada ley consagró la acción de plena jurisdicción, la cual podía ser promovida por quien se creyera lesionado en un derecho suyo amparado en una norma de carácter civil o administrativo, buscando con ello, además de la declaratoria de nulidad del acto, el verdadero restablecimiento del derecho afectado mediante el reconocimiento de una indemnización o de la prestación correspondiente<sup>25</sup>. Le fijó un

---

<sup>20</sup> Ley 130 de 1913, artículos 52, 72 y 78.

<sup>21</sup> *Ibidem*, artículo 80.

<sup>22</sup> *Ibidem*, artículos 53 y 81.

<sup>23</sup> Ley 167 de 1941, artículos 62 a 65.

<sup>24</sup> *Ibidem*, artículo 66.

<sup>25</sup> *Ibidem*, artículo 67.

término de caducidad de cuatro (4) meses, los cuales empezaban a correr una vez fuera publicado, notificado, comunicado o ejecutado el respectivo acto administrativo.

Luego con el Decreto ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo (CCA), se preservó en el artículo 84 –subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989–, la acción de nulidad simple. En virtud de esta se facultó a todas las personas para demandar la nulidad de los actos administrativos, no sólo cuando éstos infrinjan las normas en que debían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

El CCA, por otra parte, cambió el nombre de la acción de plena jurisdicción, por el de acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el artículo 85 –subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989–, concediendo a quienes se crean lesionados en un derecho amparado por la ley, la posibilidad de solicitar la declaratoria de nulidad del acto y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, en aras de lograr su pleno restablecimiento o la reparación del daño, según el caso. En relación con el término de caducidad, se reprodujo la previsión contenida en el artículo 83 de la ley 167 de 1941, según la cual, la acción de nulidad podía ejercerse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto, y la de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto<sup>26</sup>.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), establece actualmente que los actos administrativos, como decisiones unilaterales de la administración, encaminadas a producir efectos jurídicos creadores, modificadores o extintores de situaciones jurídicas, están sometidos al control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de los medios de «nulidad» y «nulidad y restablecimiento del derecho» consagrados en los artículos 137 y 138 *ibídem*, dependiendo de la naturaleza que éstos tengan –generales o particulares–, la cual, a su vez, emana de

---

<sup>26</sup> CCA, artículo 136, numerales 1 y 2; modificado por ley 446 de 1998, artículo 44.

los efectos de los mismos, ya fueren abstractos e impersonales, o subjetivos y concretos.

Así, según el artículo 137 del CPACA, “[t]oda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general (...), cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió” (cursiva fuera del texto original).

A su turno, el artículo 138 del mismo código dispuso que “[t]oda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño”, y agrega que, igualmente, “podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación” (cursiva fuera del texto original).

Según las normas citadas, ambos medios de control operan por razón de las mismas causales. El punto distintivo entre uno y otro medio estriba en la pretensión de restablecimiento del derecho, la cual se motiva en el fin perseguido por el accionante, pues mientras en el contencioso de restablecimiento debe existir un interés particular de quien se cree lesionado en su derecho por el acto cuya nulidad se reclama, el de simple nulidad solo pretende su anulación, cuyo efecto es el restablecimiento del orden jurídico quebrantado por el acto anulado, sin que sea menester una orden de restablecimiento concreta para quien se vea lesionado por dicho acto<sup>27</sup>.

### 3. OBJETO Y ELEMENTOS DE LA NULIDAD SIMPLE

Los actos administrativos tanto generales como particulares, al amparo del principio de legalidad, gozan de la presunción de

<sup>27</sup> Consejo de Estado, sentencia de 21 de septiembre de 2017, Rad. 11001-03-25-000-2012-00177-00.

legalidad, legitimidad, validez, ejecutividad, justicia, plena eficacia y obligatoriedad<sup>28</sup>. La *presunción de legitimidad o de ejecutividad* comporta –en sustancia– una presunción de regularidad del acto administrativo<sup>29</sup>, y la consiguiente obligación del particular de cumplirlo, como uno de los elementos característicos de la actividad administrativa<sup>30</sup>. La presunción de validez del acto administrativo parte de la base de que la actividad del Estado es jurídica o conforme a derecho, pues si faltara la legalidad en la administración se disminuye el valor del Estado de Derecho.

Esta presunción se fundamenta, además, en la idea según la cual los órganos administrativos son instrumentos desinteresados que sólo persiguen la satisfacción de una necesidad colectiva dentro del orden jurídico<sup>31</sup>. Se trata de una presunción *iuris tantum* y, en consecuencia, puede ser desvirtuada en sede judicial, pero, mientras ello no suceda, esto es, hasta tanto no hayan sido anulados ni suspendidos por la jurisdicción, la conformidad o no a derecho precisa –en principio– que el acto pueda desplegar los efectos que le son propios<sup>32</sup>, esto es, que sea eficaz<sup>33</sup>. Esta teoría, construida sobre la base de la presunción de validez del acto administrativo, impone entonces al administrado cuando considere que el mismo vulnera el ordenamiento jurídico al cual se encuentra subordinado, la carga de impugnar los actos administrativos antijurídicos en orden a que sea el juez quien evalúe su legalidad.

Precisamente, en virtud del medio de control de nulidad simple, el juez administrativo mediante demanda instaurada por cualquier persona examina que el acto administrativo esté

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado, sentencia de 17 de febrero de 1994, Rad. 6264.

<sup>29</sup> “Es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos, por eso crea la presunción de que son legales, es decir, que se presume (sic) válidos y que respetan las normas que regulan su producción”. Dromi, Roberto, *El acto administrativo*, 3ª ed., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 76.

<sup>30</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo*, 1ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1999, p. III-13.

<sup>31</sup> DIEZ, Manuel María. *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1993, p. 278.

<sup>32</sup> CPACA, artículo 88.

<sup>33</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano et al. *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 1, 5ª ed., Barcelona: Ariel Derecho, 1988, p. 721.

conforme con las normas de carácter constitucional y legal a las cuales está sujeto. Al hacer su juicio, el juez confronta el acto administrativo demandado con las normas invocadas como violadas en la respectiva demanda que se instaure contra el acto, para verificar si se ajusta o no a Derecho y en este último evento concluir si se desvirtúa la presunción de legalidad que lo ampara, procediendo en tal sentido a declarar su invalidez, sin que comporte algún reconocimiento o disposición de orden particular.

La nulidad simple tiene, entonces, como finalidad el restablecimiento de la legalidad vulnerada por el acto expedido por la administración y cerciorarse que su actuación es conforme al ordenamiento jurídico. Busca, en resumen, proteger el ordenamiento jurídico que ha sido quebrantado con la expedición de un acto administrativo, en principio de carácter general, por excepción particular (según se explicará más adelante a propósito de la teoría de los fines y móviles). También contra las circulares de servicio y los actos de certificación y registro.

Este medio de control presenta los siguientes elementos y características:

#### A. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y DERECHO DE POSTULACIÓN

Cualquier persona puede instaurar este medio de control, natural o jurídica, pública o privada, nacional, o extranjero residente o domiciliado en Colombia<sup>34</sup>, patrimonios autónomos, y en general, cualquiera que goce de personalidad jurídica. Por esta razón, se trata de una acción pública, pues el demandante no requiere ninguna calidad determinada<sup>35</sup> e incluso no requiere derecho de postulación<sup>36</sup>. La nulidad simple es el único medio de control que goza de esta particularidad, pues en las otras acciones públicas como son la acción de inexequibilidad<sup>37</sup> y la nulidad por inconstitucionalidad<sup>38</sup>, la legitimación por activa está restringida a los ciudadanos<sup>39</sup>. Por

<sup>34</sup> Código Civil, artículo 19.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, sentencia de 11 de febrero de 2021. Exp. 5436-18.

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Auto del 27 de junio de 2019. Exp. 62426.

<sup>37</sup> Constitución, artículo 242, numeral 1.

<sup>38</sup> CPACA, artículo 135.

<sup>39</sup> Constitución Política, artículo 40.

regla general, son los particulares quienes más interponen este medio de control, a pesar de que las entidades públicas también están facultadas para ello, y eso se debe a que la administración tiene la facultad de revocatoria directa de los actos administrativos<sup>40</sup>.

## B. *PETITUM*

El medio de control de tiene como única pretensión la declaratoria de nulidad, total o parcial, de nulidad simple actos de contenido general, pues por regla general, no está previsto para atacar actos de contenido particular y concreto. Si la declaratoria de nulidad es total, la pretensión estará orientada a que el acto administrativo desaparezca del ordenamiento jurídico en su integridad; mientras que, si es parcial, se pretende que solo alguna parte (uno o varios de los artículos, párrafos, incisos, frases, o palabras, etc.) salga del ordenamiento jurídico.

Cabe precisar que, en principio, la naturaleza de los actos demandados incide determinadamente en el medio de control elegido, pues, tratándose de actos generales cuyas disposiciones se dirigen al común de administrados, sin crear, modificar ni extinguir alguna condición personal individualizada, por regla general tales actos son demandables mediante el de simple nulidad, pero, si se trata de actos particulares que sí crean, modifican o extinguen condiciones personales individualizadas, de las que bien puede derivarse una lesión concreta, lo son a través del de nulidad y restablecimiento del derecho.

En casos excepcionales exclusivamente ligados a la finalidad perseguida por quien ejerce el medio de control, la citada regla se altera para permitir que el medio de control de simple nulidad se impetre contra actos administrativos particulares, los cuales surgieron en el contexto de la elaboración jurisprudencial que perfiló la “Teoría de los móviles y de los fines”.

Entre 1941 y 1959, en vigencia de la ley 167, cuando el legislador contemplaba las acciones de nulidad y plena jurisdicción, la tesis predominante era que la procedencia de las acciones dependía del contenido del acto. Así la acción de simple nulidad procedía contra

---

<sup>40</sup> CPACA, artículos 93 a 97.

actos de contenido general y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho procedía contra actos de contenido particular<sup>41</sup>.

A partir de 1961, mediante sentencia de 10 de agosto de ese año, el Consejo de Estado<sup>42</sup> varió este criterio, en el sentido de que lo importante o determinante no es el contenido del acto administrativo, sino lo que persiga el actor, es decir, sus motivos o finalidades con el ejercicio de la acción. Si lo que persigue es un control de legalidad abstracto del acto, sin ninguna declaración particular ni consecuencia de efectos individuales, sin importar la naturaleza del acto, la acción procedente será la de simple nulidad, pero, si lo que se persigue es que se declare la nulidad y se protejan sus intereses particulares, sin importar la naturaleza del acto, la acción será la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Posteriormente, en auto de 8 de agosto de 1972<sup>43</sup> se reiteró la teoría de los motivos y finalidades bajo el supuesto de la pretensión litigiosa, de manera que la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, si tenía por objeto garantizar el orden jurídico, pero si se pretende la tutela de derechos particulares, para restablecerlos o precaver su violación, se estaría en presencia de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debía hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción.

Luego el Consejo de Estado señaló que podrían demandarse actos particulares en ejercicio de la acción de simple nulidad cuando la ley así lo previera<sup>44</sup>. Precisó después que únicamente podrían demandarse actos particulares en ejercicio de la acción de simple nulidad cuando el acto tenga un interés e importancia para la comunidad general y no simplemente un interés subjetivo<sup>45</sup>. Finalmente, en posición unificada, la Sala Plena del Consejo de Estado indicó que la acción de simple nulidad puede promoverse contra ciertos actos particulares cuando: (i) expresamente lo

---

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Auto del 29 de marzo de 1955, t. LX, núms. 377-381, p. 468

<sup>42</sup> Consejo de Estado, sentencia del 10 de agosto de 1961, Año XXXVI. I. LXIII.

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Auto del 8 de agosto de 1972.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, sentencia del 28 de agosto de 1992.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, sentencia del 26 de octubre de 1995.

consagre la ley y (ii) despierte especial interés para la comunidad por comprometer el orden público, social o económico del país<sup>46</sup>.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-426 de 2002<sup>47</sup> al declarar la exequibilidad del artículo 84 del CCA interpretó la disposición en el sentido de que se ajustaba a la Constitución *“siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto cuando las pretensiones sean exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto”*. Señaló la Corte que la acción de nulidad simple podía ser ejercida contra cualquier acto administrativo, ya sea de carácter general o particular, sin las limitaciones que argüía el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, pues atentaba, a su juicio, contra los principios constitucionales del libre acceso a la administración de justicia y el debido proceso<sup>48</sup>. Concluyó la Corte que la norma como no especificaba en su texto qué tipo de actos administrativos podían ser atacados con esta acción, procedía contra cualquiera (general o particular), incluso con independencia de que el asunto particular tratado mediante esta acción pudiera dar lugar a la nulidad del acto y generar un restablecimiento del derecho, o que el juez que falle el asunto deba mantener intacta la situación planteada o que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho haya caducado frente al acto particular.

La sentencia de la Corte Constitucional que juzgó la jurisprudencia del Consejo de Estado ameritó respuesta de esta última corporación, quien a través de su Sala Plena<sup>49</sup> reafirmó que contra los actos administrativos de carácter particular solamente cabe la acción de simple nulidad en los eventos que ya se habían indicado por su jurisprudencia, es decir, en aquellos casos en que el legislador lo permite o en los que hay un interés general para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando *“se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e*

---

<sup>46</sup> Consejo de Estado, sentencia del 10 de agosto de 1996.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002.

<sup>48</sup> Constitución Política, artículos 29 y 229.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, sentencia de 4 de marzo de 2003, Exp. 05683-IJ-030.

*incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos”.*

Actualmente en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011 se codificó el desarrollo jurisprudencial de la teoría de los móviles y las finalidades del Consejo de Estado<sup>50</sup>, conforme a la cual se aborda desde otra perspectiva la procedencia de la nulidad simple y de la nulidad y restablecimiento del derecho, basándose no solo en el contenido de los actos, es decir, si son generales o particulares, sino fijándose en la finalidad que persigue el actor. Fue gracias a esta teoría que se abrió paso a la nulidad simple contra actos de contenido particular, siempre que se pretendiera la protección del interés general y no se generara el restablecimiento automático<sup>51</sup>.

De conformidad con el CPACA, excepcionalmente podrá pedirse la nulidad simple de actos administrativos de contenido particular cuando<sup>52</sup>: i) con la demanda no se persiga un beneficio individual o de la sentencia de nulidad no se genere el restablecimiento automático del derecho; ii) se trate de recuperar bienes de uso público; iii) los efectos nocivos del acto afecten de manera grave el orden público, político, económico, social o ecológico; y iv) la ley lo consagre expresamente. En este último evento, el legislador permite

<sup>50</sup> Consejo de Estado, sentencia de 4 de marzo de 2003, Exp. IJ-0030; sentencia de 29 de octubre de 1996, Rad. S-404; sentencia de 8 de marzo de 2005, Rad. 2001- 00145(IJ); sentencia de 20 de marzo de 2013, Rad. 2010-00135, entre otras. Tomado de Consejo de Estado, sentencia de 9 de agosto de 2018, Rad. 08001-23-31-000-2002-00610-01.

<sup>51</sup> En sentencia C-259 de 2015, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 137 de la ley 1437 de 2011, al resolver acerca de si las reglas sobre procedencia excepcional de la acción de nulidad respecto de actos administrativos de contenido particular contrariaban el artículo 243 de la Constitución Política, pues en criterio del actor ella había consagrado y reproducido la doctrina de los móviles y las finalidades, en el entendimiento que esa Corte había declarado no conforme a la Constitución mediante sentencia C-426 de 2002, por restringir el derecho de acceso a la administración de justicia. La Corte Constitucional negó este cargo en la C-259, porque consideró que ese entendimiento del Consejo de Estado restringía indebidamente los alcances de la acción diseñada en su momento por el legislador, esto es, el artículo 84 del CCA y no porque su contenido fuera intrínsecamente contrario al texto superior, razón por la cual lo había declarado condicionalmente exequible. También encontró que el artículo 137 del CPACA es una norma formalmente y con un contenido material diferente, lo que impediría el efecto de cosa juzgada material, y concluyó que el legislador, en su libertad de configuración, podía darle a la acción de nulidad un contenido específico como el que le otorgó en la norma actual del CPACA, motivo por el cual esta resultaba exequible.

<sup>52</sup> CPACA, artículo 137, inciso 4.

la nulidad simple, entre otros, de los siguientes actos administrativos de contenido particular: 1.- Actos electorales concretos; 2.- Actos contentivos de cartas de naturaleza; 3.- Actos de patentes<sup>53</sup>; 4.- Actos de certificados de dibujos o modelos industriales<sup>54</sup>; 5.- Actos de certificados de derechos de obtentor sobre variedades vegetales<sup>55</sup>; 6.- Certificados de marcas<sup>56</sup>; 7.- Licencias ambientales<sup>57</sup>; 8.- Resoluciones de adjudicación de Baldíos<sup>58</sup>.

Al amparo de este medio de control no puede incluirse como pretensión algo distinto a la declaratoria de nulidad, pues si de ella se deriva consecuentemente el restablecimiento automático del derecho, el medio de control procedente no es el de nulidad simple, sino el de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual el juez debe ordenar darle el trámite que le corresponde a este medio, siempre que se haya interpuesto la demanda en los cuatro meses siguientes a su publicación<sup>59</sup>. Por esta razón, la nulidad simple contra actos particulares debe interponerse solo con el fin de alcanzar un interés superior para la comunidad en general, de restaurar el orden jurídico en abstracto, pero no puede generar un restablecimiento del derecho subjetivo o patrimonial de quien no demandó oportunamente con la acción realmente procedente<sup>60</sup>.

En todo caso, vale la pena precisar que la nulidad simple procede solo contra los actos administrativos definitivos<sup>61</sup>, es decir, los que están en firme, los que deciden directa o indirectamente el fondo de un asunto o los que hacen imposible continuar con la actuación<sup>62</sup>. Por el contrario, los actos de trámite o preparatorios no pueden ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo porque por sí mismos no concluyen una actuación administrativa<sup>63</sup>. No obstante, existen actos de trámite que se

<sup>53</sup> Código de Comercio, artículo 567.

<sup>54</sup> Código de Comercio, artículo 580.

<sup>55</sup> Decisión 486 de 2000.

<sup>56</sup> Código de Comercio, artículo 596.

<sup>57</sup> Ley 99 de 1993, artículo 73.

<sup>58</sup> Ley 160 de 1994, artículo 72.

<sup>59</sup> CPACA, artículo 137, parágrafo.

<sup>60</sup> Consejo de Estado, sentencia de 3 de mayo de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2009-00255-02.

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Auto del 17 de septiembre de 2018, Rad. 11001-03-28-000-2018-00134-00.

<sup>62</sup> CPACA, artículo 43.

<sup>63</sup> Consejo de Estado, sentencia de 22 de febrero de 2018, Rad. 1897-15.

tornan en definitivos cuando impiden continuar con la actuación, como ocurre, por ejemplo, con el acto que fija el índice de pérdida de capacidad laboral de un Tribunal Médico, cuyo índice impide al afectado continuar con el trámite correspondiente para obtener la pensión de invalidez<sup>64</sup> y el acto que rechaza, deniega o revoca la inscripción de una candidatura ante la autoridad electoral<sup>65</sup>. El CPACA, una vez más, precisó el concepto de actos definitivos en el artículo 43 y codificó una posición reiterada en la jurisprudencia<sup>66</sup>.

### C. CADUCIDAD

La nulidad simple puede intentarse en cualquier tiempo, a partir de la publicación del acto administrativo en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso<sup>67</sup>. No obstante, existen excepciones a la regla general, como ocurre con los actos separables del contrato, la nulidad electoral, y el acto de adjudicación de un baldío.

En relación con el primer escenario, cuando se demandan los actos separables del contrato, es decir, los proferidos antes de la celebración del contrato, el legislador consagró expresamente que deben demandarse en los términos de los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho<sup>68</sup>. Así mismo, el legislador dispuso que el término para ejercer los medios de control mencionados, únicamente en este escenario, es de 4 meses contados desde el día siguiente a la comunicación, notificación, o publicación del acto, según el caso<sup>69</sup>.

Frente a la nulidad electoral, que es considerada como una especie del género de nulidad simple<sup>70</sup>, tiene una caducidad de 30 días contados a partir del día siguiente de su publicación o de la

---

<sup>64</sup> Consejo de Estado, sentencia de 11 de marzo de 2016, Rad. 1634-13.

<sup>65</sup> Consejo de Estado, sentencia de 29 de octubre de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2019-00042-00.

<sup>66</sup> Consejo de Estado, sentencia de 19 de febrero de 2015, Rad. 3703-13; sentencia de 17 de septiembre de 2015, Rad. 0235-13.

<sup>67</sup> CPACA, artículo 164, numeral 1, literal a.

<sup>68</sup> CPACA, artículo 141, inc. 2.

<sup>69</sup> CPACA, artículo 164, numeral 2, literal c.

<sup>70</sup> Consejo de Estado, sentencia del 29 de agosto 2012, Rad. 11001-03-28-000-2010-00050-00.

audiencia pública, si la elección se declara por este último medio, según sea el caso<sup>71</sup>.

Por último, el legislador dispuso una oportunidad específica para ejercer el medio de control de nulidad simple frente a los actos administrativos de adjudicación de baldíos, donde la demanda debe presentarse dentro de los 2 años siguientes a la ejecutoria o desde la publicación en el diario oficial, a menos que sea un tercero, en cuyo caso el término para demandar se cuenta desde el día siguiente de la inscripción del acto en la respectiva Oficina de Instrumentos Públicos<sup>72</sup>. Se trata, por ende, de una excepción legal a la regla general de no caducidad de la nulidad simple.

#### D. TERCEROS INTERVINIENTES

Cualquier persona puede pedir que se le tenga como coadyuvante del demandante o del demandando en los procesos de nulidad simple, desde la admisión de la demanda y hasta en la audiencia inicial<sup>73</sup>, explicando las razones para intervenir y el concepto de violación. El coadyuvante tiene las mismas facultades que cualquier parte procesal, pero solo podrá efectuar los actos permitidos a la parte que ayuda, siempre que no estén en oposición con sus intereses<sup>74</sup>. Incluso, hasta antes del vencimiento del término para aclarar, corregir o modificar la demanda, el coadyuvante puede formular nuevos cargos o solicitar que la anulación se extienda a otras disposiciones del mismo acto, situación en la cual se surtirá el mismo traslado de la reforma de la demanda principal<sup>75</sup>.

#### E. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

No requiere que se agote la conciliación extrajudicial ni los recursos en sede administrativa como requisitos de procedibilidad. La conciliación extrajudicial como requisito de la demanda procede

<sup>71</sup> CPACA, artículo 164, numeral 2, literal a.

<sup>72</sup> CPACA, artículo 164, numeral 2, numeral e.

<sup>73</sup> CPACA, artículo 223, inciso 1. Consejo de Estado, Auto de 18 de julio de 2018, Rad. 4780-2016; Auto de 15 de mayo de 2015, Rad. 11001-03-28-000-2014-00100-00; Auto de 12 de agosto de 2003, Rad. S330.

<sup>74</sup> CPACA, artículo 223, inciso 2.

<sup>75</sup> CPACA, artículo 223, inciso 3.

cuando los asuntos son de contenido económico y como tal, son conciliables como acaece en la nulidad y restablecimiento del derecho, Reparación Directa y Controversias Contractuales<sup>76</sup>. Adicionalmente, debido a que es un medio de control que procede contra actos de contenido general, no hay lugar a exigirse el agotamiento de los recursos en sede administrativa, de una parte, porque tales recursos no proceden frente a dichos actos y de otra, por expresa disposición legal<sup>77</sup>, requisito que se exigirá cuando, de manera excepcional, se pretenda la nulidad de un acto administrativo de contenido particular<sup>78</sup>.

#### F. MEDIDAS CAUTELARES

La medida cautelar de suspensión provisional busca suspender los efectos del acto administrativo durante el trámite de la nulidad simple y hasta que se profiera una decisión definitiva<sup>79</sup>, motivo por el cual procede en cualquier estado del proceso<sup>80</sup>, puede solicitarse en la demanda o en escrito separado, sin necesidad de prestar caución<sup>81</sup>, cuando de la confrontación de las normas invocadas o del estudio de las pruebas surja la violación al ordenamiento jurídico<sup>82</sup>. La suspensión provisional de un acto administrativo significa la pérdida de fuerza ejecutoria de este, pues el acto dejará de estar en firme, dejará de ser obligatorio y no podrá ser ejecutado hasta que se profiera la sentencia<sup>83</sup>. La revocación de la suspensión provisional de actos administrativos de carácter general bien sea porque su decreto era improcedente o porque la sentencia es desestimatoria, no implica la responsabilidad patrimonial por los perjuicios que se causen<sup>84</sup>.

---

<sup>76</sup> CPACA, artículo 161, numeral 1.

<sup>77</sup> CPACA, artículo 75.

<sup>78</sup> CPACA, artículo 161, numeral 2.

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Auto de 13 de mayo de 2015, Exp. 53057.

<sup>80</sup> CPACA, artículo 231. Consejo de Estado, Auto de 3 de septiembre de 2014, Exp. 49150.

<sup>81</sup> CPACA, artículo 232, inciso 2.

<sup>82</sup> CPACA, artículo 231. Consejo de Estado, Auto de 28 de septiembre de 2016, Exp. 22566.

<sup>83</sup> CPACA, artículo 91, numeral 1.

<sup>84</sup> CPACA, artículo 240.

En caso de que una entidad pública reproduzca un acto suspendido, basta con que se solicite la suspensión de los efectos del nuevo acto, acompañado de una copia de éste, para que el juez o magistrado ponente la resuelva de forma inmediata<sup>85</sup>. Esta solicitud también se puede presentar en cualquier estado del proceso, decisión frente a la cual no proceden recursos<sup>86</sup>. El incumplimiento de las medidas cautelares puede dar lugar a la imposición de multas sucesivas por cada día de retardo y constituye una falta disciplinaria grave<sup>87</sup>.

Si la entidad reproduce el acto ya anulado, el interesado puede pedir la suspensión provisional y la nulidad ante el mismo juez que anuló el primer acto, mediante escrito acompañado de copia del acto replicado<sup>88</sup>. Si el juez o magistrado ponente considera fundada la solicitud, suspenderá de forma inmediata los efectos del nuevo acto, correrá traslado a la entidad y convocará a una audiencia para decidir sobre la nulidad del acto que reproduce el acto declarado nulo<sup>89</sup>. Si se decreta la nulidad del acto que reprodujo un acto anulado, se compulsarán copias a las autoridades competentes para las investigaciones penales y disciplinarias a que hubiere lugar<sup>90</sup>.

## G. PODERES DEL JUEZ

El control asignado a todo juez administrativo, como medio más eficaz para asegurar el principio de legalidad de la administración, comporta por antonomasia apreciar la vinculación de la administración en su accionar a la ley, de modo que toda solución judicial a él asignada por ley pasa por la revisión de conformidad con el ordenamiento jurídico y, por ello, está obligado a pronunciarse en derecho sobre la sujeción del servidor público a la legalidad<sup>91</sup>.

<sup>85</sup> Sobre la reproducción de acto suspendido o anulado consultar: Consejo de Estado, sentencia de 3 de agosto de 2016, Exp. 22054; sentencia de 21 de marzo de 2018, Exp. 22082; sentencia de 14 de marzo de 2019, Exp. 23596.

<sup>86</sup> CPACA, artículo 238; modificado por la ley 2080 de 2001.

<sup>87</sup> CPACA, artículo 241.

<sup>88</sup> CPACA, artículo 239. Consejo de Estado, sentencia de 3 de agosto de 2016, Exp. 22054.

<sup>89</sup> Consejo de Estado, Auto de 30 de marzo de 2017, Rad. 05001-23-33-000-2016-00254-03.

<sup>90</sup> CPACA, artículo 239.

<sup>91</sup> Consejo de Estado, Auto de 16 de marzo de 2005, Radicado 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A.

El juez está facultado para confrontar el acto acusado con la causal de nulidad esgrimida y la norma invocada como violada, y, en consecuencia, en principio, no puede traer otras causales de nulidad ni hacer otros pronunciamientos en la sentencia, aun cuando se acrediten en el proceso. Se trata, así, de un examen puro de validez, en tanto se debe determinar si el acto es legal o no, o, dicho en otras palabras, si debe ser declarado nulo o no. En ninguna circunstancia, el juez puede imponer condenas, sustituir el acto viciado, o tomar otras medidas, contrario a lo que ocurre con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde el juez, para restablecer el derecho particular, puede estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, e incluso modificarlas o reformarlas<sup>92</sup>.

La tarea del juez administrativo al verificar si la causal invocada se configura o no, supone estudiar si el acuerdo se ajusta a lo que HAURIU llamaba “*bloque de legalidad*”<sup>93</sup> y MERKL “*principio de juridicidad*”<sup>94</sup>, toda vez que la vinculación de la administración comporta el sometimiento pleno a la ley y al Derecho, al no existir ningún espacio libre de la ley, que permita a la administración actuar como un poder ajurídico<sup>95</sup>.

Tradicionalmente se ha dicho que se trata de un examen de validez cerrado, pues el juez centra su análisis en las normas invocadas como violadas en la demanda y en el concepto de violación, sin que pueda, *motu proprio*, argumentar que existe

<sup>92</sup> CPACA, artículo 187, inciso 3.

<sup>93</sup> RUIZ DEL CASTILLO, Carlos. Traducción de HAURIU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, 2ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1927. HAURIU lo llamaba “bloque legal” (bloc de légalité) no referido a un tipo de norma específico, sino al ordenamiento jurídico entero tanto escrito como no escritos (leyes, Reglamentos, principios generales, costumbres). Edición. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1927, p. 29 Reus, Madrid, 1927, p. 8.

<sup>94</sup> MERKL, Adolfo. Capítulo 11 “El lugar de la Administración en la estructura escalonada del orden jurídico”. En: *Teoría general del derecho administrativo*, Granada: Editorial Comares, 2004. En su *Teoría general del Derecho administrativo*, Adolf MERKL elabora el concepto de “principio de juridicidad” y dentro de ella el principio de legalidad como un caso especial de aplicación del principio de juridicidad, pues la ley no es más que una de las fuentes del Derecho, y la legalidad, por lo tanto, una juridicidad cualificada.

<sup>95</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, Undécima edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2002, pp. 437 y ss, 455 y 456.

violación de otras normas del ordenamiento jurídico. Esta visión responde al principio de la justicia rogada que caracterizó desde sus orígenes y por un buen tiempo al contencioso administrativo en Colombia, y que limita al juez a fallar únicamente sobre lo pedido en la demanda sin ir más allá de lo solicitado, lo que implica una carga procesal de los accionantes cuando pretendan demandar un acto administrativo, según el cual deberán indicar *“las normas violadas y explicar el concepto de su violación”*<sup>96</sup> para desvirtuar la presunción de legalidad que acompaña a los actos. De esta manera, cuando se demanda un acto administrativo el accionante es el que delimita el alcance del estudio y el pronunciamiento judicial y si desea un fallo favorable a sus pretensiones debe cumplir a cabalidad con dicha carga de sustentar el por qué se considera ilegal.

Sin embargo, actualmente existe una tendencia que modera el dogma de la justicia rogada, gracias al nuevo modelo constitucional de Estado Social y Democrático de Derecho, que exige al juez cumplir su función dentro del marco de una filosofía garantista y de justicia material y no formal, puesto que lo que se busca es la protección de los derechos, la prevalencia del interés general y la defensa de lo público, así como también la defensa del principio de legalidad y la supremacía de la Constitución Política. Por ende, el examen del acto administrativo es integral e irrenunciable, pues no se restringe a un estudio formal, sino que *“implica necesariamente interpretar la ley para custodiar el imperio normativo de su contenido”*<sup>97</sup>.

Por la vía del modelo constitucional adoptado, en la actualidad está revaluado el dogma de justicia rogada en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del establecimiento de normas procesales y la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales que hacen más flexible la labor del juez administrativo<sup>98</sup>,

<sup>96</sup> CPACA, artículo 162, numeral 4.

<sup>97</sup> Consejo de Estado, sentencia de 15 de abril de 2015, Exp. 38053.

<sup>98</sup> Consejo de Estado, sentencia de 27 de enero de 2000, Exp. 10867. *“En hora buena para una correcta administración de justicia, el llamado principio de la Justicia rogada, ha ido cediendo terreno y quedando reducido a ciertos aspectos de cuestionamiento de la legalidad de los actos administrativos, como lo ha reconocido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, según la cual en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el Juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es del caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante”*.

con el propósito de lograr la tutela judicial efectiva cuando se involucran derechos fundamentales o se advierta contradicción con la Constitución Política, casos en los cuales debe tomar la decisión que corresponda a los postulados constitucionales, pese a la exigencia legal de que deberán indicarse las normas violadas y el concepto de violación, como presupuesto para su pronunciamiento<sup>99</sup>.

El Consejo de Estado<sup>100</sup> ha sostenido que el juez administrativo también está en la obligación de interpretar las demandas que no ofrezcan la claridad suficiente para poner en marcha el proceso, lo cual es consecuente con el deber de administrar justicia consagrado en la Constitución<sup>101</sup> y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo<sup>102</sup> y con el correlativo derecho de los particulares de acceder a la administración de justicia<sup>103</sup>. Independientemente del nombre que le asigne el accionante al medio de control, el juez tiene la carga y el poder de adecuarlo según la verdadera naturaleza de las pretensiones, partiendo de *“analizar e interpretar [el texto de la demanda] de ser necesario, con el fin de desentrañar la voluntad de los demandantes”*<sup>104</sup>.

Por otro lado, el examen de legalidad recae solo sobre las normas que regían al momento de la expedición del acto, pues recordemos que la legalidad de un acto se determina en su nacimiento<sup>105</sup>. Esto es opuesto a lo que ocurre en el medio de

<sup>99</sup> Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1999.

<sup>100</sup> Consejo de Estado, sentencia de 10 de Julio de 2014, Exp. 18823. *“En las acciones de nulidad, en las que prima el interés público, la justicia rogada cede ante la garantía del principio de legalidad y la supremacía de la Constitución, de modo que el poder decisorio del juez no se limita a los cargos de la demanda, sino a la defensa de esos principios. En ese contexto, surge la inquietud de si en virtud del principio de justicia rogada, la Sala puede referirse a la competencia del Departamento de Caldas para expedir actos como el demandado, habida cuenta de que la parte actora no invocó en la demanda esta causal de nulidad. Para la Sala, si es procedente referirse a esa causal de nulidad, así no haya sido invocada en la demanda, puesto que lo que aquí se busca no es sólo la prevalencia del interés general y la defensa de lo público, sino también la defensa del principio de legalidad y la supremacía de la Constitución Política”*.

<sup>101</sup> Constitución Política, artículos 113, 116 y 228.

<sup>102</sup> Constitución Política, artículo 228.

<sup>103</sup> Constitución Política, artículo 229.

<sup>104</sup> Consejo de Estado, Auto de enero 24 de 2007, Exp. 31433. Tomado de: Consejo de Estado, sentencia de noviembre 21 de 2018, Exp. 62117.

<sup>105</sup> Consejo de Estado, sentencia de noviembre 18 de 1999; sentencia de julio 21 de 2005, Exp. 3706; sentencia de julio 5 de 2006, Exp. 21051; Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1878 de noviembre 13 de 2008 y Concepto 2195 de junio 5 de 2014.

control de nulidad por inconstitucionalidad, donde el Consejo de Estado no está limitado a los cargos formulados en la demanda, sino que podrá fundar su decisión en la violación de cualquier norma constitucional, e incluso pronunciarse sobre otras normas que conformen unidad normativa con las demandadas<sup>106</sup>.

#### H. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS

La sentencia que se profiere es declarativa, el juzgador acepta o rechaza las pretensiones de la demanda y su concepto de violación. Cuando se aceptan las pretensiones, la sentencia declara que el acto administrativo es nulo desde su nacimiento y sale del mundo jurídico. En contraposición, cuando se desestiman las pretensiones, se reafirma o confirma la validez del acto administrativo impugnado, es decir, que el acto fue expedido conforme al ordenamiento jurídico. Bajo este segundo supuesto, si se ha decretado la suspensión provisional del acto, la sentencia de pleno derecho levantará la medida cautelar, sin que se requiera un pronunciamiento expreso al respecto. Así mismo, no habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida, toda vez que se trata de procesos donde se ventilan asuntos de interés público<sup>107</sup>.

La sentencia que declara la nulidad del acto administrativo tiene efectos *erga omnes*, debido a que su efecto anulatorio cubija a todo el mundo, aun cuando no hubieren intervenido en el proceso. Si la sentencia desestima las pretensiones, se produce efectos *erga omnes* únicamente frente a la *causa petendi* juzgada<sup>108</sup>, esto es, frente al acto acusado en relación con las normas aducidas como violadas y el concepto de la violación<sup>109</sup>. El concepto de la violación se refiere a los alcances fácticos de la impugnación, por ello, no podrá intentarse demanda en contra del acto administrativo por los mismos hechos o motivos de impugnación alegados, los cuales sirvieron de fundamento en el proceso previo donde se denegó la nulidad del acto administrativo. Ello significa que, negada la nulidad frente a unos específicos cargos, puede promoverse

<sup>106</sup> CPACA, artículo 135, parágrafo.

<sup>107</sup> CPACA, artículo 188.

<sup>108</sup> CPACA, artículo 189.

<sup>109</sup> CPACA, artículo 162, numeral 4.

posteriormente una nueva demanda, pero con apoyo en otros cargos diferentes.

Cuando se declare la nulidad de una ordenanza, acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efecto, en lo pertinente, los decretos reglamentarios<sup>110</sup>. Este efecto también se produce frente a los decretos reglamentarios del orden nacional dictados por el gobierno<sup>111</sup>, cuando la ley que reglamentaban fue declarada inexecutable.

Los decretos reglamentarios de una norma general pierden su fuerza ejecutoria cuando desaparece el fundamento de hecho o de derecho sobre el que se fundan. Cuando ocurre el decaimiento del acto administrativo o pérdida de fuerza ejecutoria, éste deja de producir efectos hacia el futuro a pesar de que el acto no haya sido declarado nulo por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Si el acto reglamentario perdió fuerza ejecutoria, esto no implica que también es nulo ni que las decisiones tomadas con base en el mismo salieron del ordenamiento jurídico.

No obstante que el acto administrativo deje de existir luego de presentada la demanda, bien porque es revocado o derogado por la propia administración, o sea cuando pese a que pierda vigencia durante el curso del proceso, es posible que el juez administrativo se pronuncie sobre él, pues mientras estuvo vigente alcanzó a surtir efectos de vulneración del ordenamiento jurídico. Se quiere evitar que, con el propósito de no someterse a un fallo, las autoridades revoquen sus actos apenas éstos sean demandados.

Si bien el Consejo de Estado prohijó durante mucho tiempo la aplicación de la teoría de la sustracción de materia, tratándose de actos que han sido derogados o sustituidos por otros, o que han dejado de regir, o, que produjeron todos sus efectos, bajo la consideración que en tales eventos resultaría inútil e inócua un pronunciamiento de mérito, por cuanto al haber desaparecido el acto de la vida jurídica, surgía la sustracción de materia y, por consiguiente, la sentencia adolecería de falta de objeto práctico, dicha tesis tuvo algunas variantes a partir de la sentencia de Sala Plena del 14 de enero de 1991, en el sentido de considerar que, dado

---

<sup>110</sup> CPACA, artículo 189, inc. 2.

<sup>111</sup> Constitución Política, artículo 189, numeral 11.

que el acto administrativo pudo haber producido efectos durante su vigencia, es menester un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad<sup>112</sup>. El Consejo de Estado ha reiterado que basta con que el acto haya regido por un pequeño lapso en el ordenamiento jurídico para que la jurisdicción contenciosa administrativa se pueda pronunciar sobre su legalidad<sup>113</sup>. Tanto el decreto reglamentario como las decisiones que se fundan en el mismo, solo saldrán del ordenamiento jurídico si son declaradas nulas por la jurisdicción.

Frente a los decretos únicos, que copilan diversas regulaciones en una materia, sin cambiar su redacción ni contenido, la Corte Constitucional<sup>114</sup> y el Consejo de Estado<sup>115</sup> tienen consenso en sostener que los decretos compiladores no tienen fuerza de ley, sino que son decretos ejecutivos y por ende carecen de valor normativo. El carácter ejecutivo significa que tienen mera fuerza indicativa, pues su único fin es facilitar la consulta de las disposiciones agrupadas, razón por la cual no constituyen una nueva disposición legal autónoma. De ahí que, es competencia del Consejo de Estado conocer de las acusaciones que se formulen contra los decretos compiladores, pero no contra los artículos o disposiciones que integran materialmente el decreto, pues esto es de competencia de la Corte Constitucional. De ahí que, si el decreto compilatorio es declarado nulo, las normas que compilaba no se verán afectadas y se mantendrán vigentes.

Desde una perspectiva temporal, los efectos de la declaratoria de nulidad son retroactivos o *ex tunc*, pues se predicán desde el nacimiento del acto, contrario a lo que ocurre con la decisión de inexecutable y de nulidad por inconstitucionalidad<sup>116</sup>, cuyos efectos por regla general son hacia el futuro. No obstante, esto no implica que los actos expedidos con fundamento en ese acto también sean nulos, pues se respetan las situaciones consolidadas

---

<sup>112</sup> Consejo de Estado, sentencia 16 de febrero de 2001, Exp. 3531.

<sup>113</sup> Consejo de Estado, sentencia de 29 de abril de 2015, Exp. 28615; sentencia de 14 de enero de 1991, Exp. S-157; sentencia de 4 de abril de 2010, Exp. 36054.

<sup>114</sup> Corte Constitucional, sentencias C-508 de 1996, C-305 de 1996 y C-748 de 1999.

<sup>115</sup> Consejo de Estado, sentencia de abril 8 de 1999, Exp. 5191; sentencia de junio 22 de 2000, Exp. AI-049; sentencia de noviembre 9 de 2000, Exp. 5826; Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de julio 21 de 2005, Rad. 1657.

<sup>116</sup> CPACA, artículo 189, inciso 3.

y los derechos adquiridos<sup>117</sup>, razón por la cual todos los actos expedidos entre la publicación del acto declarado nulo y la sentencia de nulidad son válidos y surten plenos efectos jurídicos.

Ahora bien, la declaratoria de nulidad activa la prohibición de reproducir el acto acusado, si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas, a menos que con posterioridad a la sentencia desaparezcan los fundamentos legales de la anulación<sup>118</sup>. Esta misma prohibición se encuentra en el Código Disciplinario Único<sup>119</sup> y se configura como falta disciplinaria.

#### I. TERMINACIÓN DEL PROCESO

El proceso de nulidad simple no puede terminar por desistimiento, conciliación ni transacción. El Consejo de Estado reiteradamente ha precisado que en este caso no procede el desistimiento de las pretensiones, pues se trata de acciones públicas donde prevalece el interés general de salvaguardar el ordenamiento jurídico<sup>120</sup>. Por su parte, la conciliación y la transacción solo proceden cuando están involucrados intereses patrimoniales y no sobre la legalidad del acto administrativo, ya que es un interés abstracto e impersonal, no negociable entre las partes.

#### J. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

Todas las causales de nulidad de los actos administrativos se pueden resumir en una causal genérica, que es la violación de las normas superiores, las cuales pueden ser de carácter constitucional o legal. En la demanda se debe hacer referencia a la causal que se invoca, a sus presupuestos y al fundamento legal. En concreto, las causas legales de impugnación son: i) incompetencia, ii) expedición en forma irregular, iii) desconocimiento de los derechos

---

<sup>117</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2392 de 16 de octubre de 2018, Exp. 2392; Concepto del 23 de agosto de 2005, Rad. 1.672 y Concepto del 9 de mayo de 2017, Rad. 11001-03-06-000-2016-00246-00(C).

<sup>118</sup> CPACA, artículo 9, numeral 6 y artículo 237.

<sup>119</sup> CDU, artículo 35, numeral 19.

<sup>120</sup> Consejo de Estado, Auto del 5 de marzo de 2021, Rad. 11001-03-24-000-2019-00423-00; Auto del 26 de abril de 2018, Exp. 0541-2015.

de audiencia y de defensa, iv) falsa motivación, v) desviación de poder, o vi) infracción de las normas en que debía fundarse.

Para estudiar las causales de impugnación es pertinente entender cuáles son los elementos de existencia de los actos administrativos<sup>121</sup>. Los requisitos de existencia se refieren a aquellos que son comunes a todos los actos, sin que se haga una valoración o juicio legal de los mismos, “de tal manera que para que nazca el acto como tal se necesita de un órgano que lo profiera, una declaración de ese sujeto, un objeto sobre el cual recae tal declaración, un motivo por el cual se realiza, la forma que ella tiene y la finalidad que persigue”<sup>122</sup>. En lo que respecta a las causales de impugnación, todas obedecen a una calificación normativa sobre alguno de los elementos de existencia del acto administrativo.

#### 4. CAUSALES DE ILEGALIDAD

##### I. INCOMPETENCIA

Los servidores públicos y los particulares autorizados para ejercer función administrativa solo pueden realizar aquellas actuaciones y funciones que la Constitución, la ley o el reglamento expresamente los autoriza, supuesto que se materializa en el ejercicio de un poder legal. Esta causal de ilegalidad se refiere al “sujeto” u “órgano”, esto es, al emisor del acto administrativo, quien además de ser el funcionario público o un particular autorizado, debe tener competencia para ello. La falta de competencia puede provenir de distintos factores, como la materia, el territorio, la persona, la temporalidad, la jerarquía o grado funcional.

La doctrina<sup>123</sup> y la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado<sup>124</sup> como de la Corte Constitucional<sup>125</sup>, han sido reiterativas en sostener

---

<sup>121</sup> BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo: Según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. 7ª edición. Colombia: Librería Ediciones del Profesional, 2016, p. 89.

<sup>122</sup> Consejo de Estado, sentencia de 31 de enero de 2019, Rad. 4574-16.

<sup>123</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. 5ª Edición, Librería Señal Editora, Colombia, 2013, p. 209. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *Derecho Procesal Administrativo*. 8ª Edición, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R., 2013, p. 303.

<sup>124</sup> Consejo de Estado, sentencia de 30 de julio de 2015, Rad. 29656 y sentencia de 12 de marzo de 2014, Exp. 25053.

<sup>125</sup> Corte Constitucional, sentencia C-061 de 2005.

que el vicio de competencia es de los más graves, razón por la cual los actos administrativos demandados pueden ser declarados nulos de oficio si aparece acreditado el vicio en el proceso. A pesar de que la jurisdicción contencioso administrativo es dispositiva (rogada), que significa que la carga procesal la tiene el demandante y el juez está limitado a lo que se solicite en la demanda, en el presente escenario se hace una excepción por los valores en juego, pues no podría un acto ilegal permanecer en el ordenamiento jurídico aun cuando el juez contencioso administrativo se percató de su irregularidad, lo que implica que en este evento los poderes del juez se amplían para desbordar lo planteado en la demanda frente a la normativa que le sirve de sustento.

Adicionalmente, la incompetencia no se puede sanear, lo que busca evitar los abusos o excesos de poder de los funcionarios públicos, quienes tras advertir el vicio podrían expedir un nuevo acto administrativo para convalidar la irregularidad<sup>126</sup>. En ese mismo sentido, la competencia no está sujeta a convención entre las partes, debido a que se trata de normas de orden público, las cuales son de obligatorio cumplimiento y en ningún caso pueden ser derogadas, modificadas o sustituidas por funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley<sup>127</sup>.

Algunos escenarios de incompetencia ocurren cuando una entidad asume las funciones propias de otra entidad, o una persona actúa sin tener la investidura de funcionario público porque aún no se ha posesionado o fue suspendido del cargo o disfruta de vacaciones, licencia o ha expirado su periodo, o cuando la función está expresamente asignada a otro departamento dentro de la entidad o a otro funcionario<sup>128</sup>, o cuando una entidad profiere un acto por fuera del término legal otorgado para ello<sup>129</sup>. La falta de competencia

---

<sup>126</sup> Consejo de Estado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414.

<sup>127</sup> Consejo de Estado, sentencia de 12 de marzo de 2014, Exp. 25053.

<sup>128</sup> Consejo de Estado, sentencia de 30 de julio de 2015, Rad. 29656. La competencia para seleccionar a un contratista está en cabeza del representante de la entidad o del administrador delegado y no del comité de obra.

<sup>129</sup> Consejo de Estado, sentencia de 12 de marzo de 2014, Exp. 25053. El inciso final del artículo 30 de la ley 80 autoriza al representante de las entidades para que en un proceso de licitación expidan las modificaciones pertinentes a los pliegos de condiciones dentro de los 6 meses siguientes a la realización de la audiencia cuyo objeto era precisar el contenido de estos. Cualquier acto proferido con posterioridad a dicho plazo está viciado por incompetencia.

opera cuando el funcionario público o el particular autorizado carece de la atribución constitucional, legal o reglamentaria para expedir el acto administrativo, afectando la validez de este.

## II. VICIO DE FORMA O EXPEDICIÓN EN FORMA IRREGULAR

Esta causal de impugnación se refiere a los requisitos de forma de los actos administrativos y se configura cuando no se cumplen todos los trámites sustanciales para su expedición. A pesar de que el acto administrativo puede tener varias formas (oficios, resoluciones, circulares, decretos, etc.), existen unos elementos y pasos que deben surtirse para que nazcan, en tanto la administración puede actuar de manera reglada o discrecional.

La potestad reglada se refiere a la que ha sido detallada por el ordenamiento jurídico, de forma tal que la entidad pública está sujeta a la aplicación estricta de una norma que establece el procedimiento para la formación y expedición de los actos administrativos, sin que pueda hacerse una variación a los mismos<sup>130</sup>. Por el contrario, la potestad discrecional permite a la autoridad tener libertad para ejercer sus poderes, sin que ello implique no estar sometida al imperio de la ley<sup>131</sup>, pues las decisiones deben ser adecuadas a los fines de las normas que las autorizan y proporcional a los hechos que le sirven de causa<sup>132</sup>. En esa medida, los procedimientos que deben seguir las autoridades para expedir un acto administrativo son los señalados en las leyes especiales, y en ausencia de estas, lo previsto en el CPACA<sup>133</sup>.

La irregularidad en la expedición del acto puede llevar a su anulación solo cuando es sustancial<sup>134</sup>, es decir, cuando son

---

<sup>130</sup> Consejo de Estado, sentencia de 25 de abril de 2018, Exp. 41733 y sentencia de 30 de julio de 2015, Exp. 29656. Reiteración sobre la facultad reglada de la Administración en el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional que no esté expresamente atribuida por la ley en: sentencia del 16 de febrero de 2006, Exp. 13414; sentencia de 14 de junio de 2012, Exp. 22223.

<sup>131</sup> Corte Constitucional, C-031 de 1995.

<sup>132</sup> CPACA, artículo 44. Un ejemplo de esta facultad es la declaratoria de insubsistencia de funcionario de libre nombramiento y remoción.

<sup>133</sup> CPACA, artículo 2, inciso final.

<sup>134</sup> Consejo de Estado, sentencia del 23 de marzo de 2007, Exp. 4120, y sentencia del 8 de marzo de 2018, Rad. 76001-23-31-000-2008-00465-01.

determinantes en la decisión definitiva, pues pueden alterar con gravedad el contenido del acto y el debido proceso<sup>135</sup>. Algunos ejemplos son: cuando se expide un acto sin que medie el concepto de otro organismo administrativo que debía oírse previamente<sup>136</sup> o cuando el acto carece de motivación<sup>137</sup> o cuando se deben agotar ciertos debates para la expedición de una ordenanza o acuerdo<sup>138</sup>. Por ende, no cualquier irregularidad en la formación y expedición del acto lo anula, ya que las formalidades que no son sustanciales pueden subsanarse en cualquier tiempo con el cumplimiento posterior de las formalidades omitidas<sup>139</sup>.

### III. FALSA MOTIVACIÓN

Este vicio se centra en los motivos o causas que sustentan el acto administrativo, que pueden ser de hecho o de derecho y dan lugar a la nulidad del acto cuando son simulados, engañosos, inexistentes o contrarios a la realidad al adoptar una decisión<sup>140</sup>. La falsa motivación se estructura cuando en las consideraciones del acto *“se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico”*<sup>141</sup>. En ese sentido, la prosperidad del cargo de falsa motivación dependerá

<sup>135</sup> Consejo de Estado, sentencia de 3 de agosto de 2015, Rad. 11001-03-28-000-2014-00128-00 y sentencia de 23 de marzo de 2007, Rad. 4120.

<sup>136</sup> Constitución Política, artículo 237, numeral 3, inciso 2. *“En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado”*. Consejo de Estado, sentencia del 26 de abril de 2018, Rad. 68001-23-31-000-1995-11120-01. Cuando el alcalde autorice una ruta de transporte que tenga recorrido por municipios diferentes al propio, sin contar con el acta de consenso firmada por todos los alcaldes de la zona de influencia del recorrido, se presenta un vicio de expedición irregular.

<sup>137</sup> CPACA, artículo 42. Consejo de Estado, sentencia de 24 de septiembre de 2020, Exp. 24473. Reiterado en: sentencia de junio 13 de 2013, Exp. 17495; sentencia de julio 26 de 2017, Exp. 22326; sentencia de junio 1 de 2016, Exp. 21702.

<sup>138</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *Derecho Procesal Administrativo*. 8ª Edición, Librería Jurídica Sánchez R, Colombia: 2013, pp. 309-310.

<sup>139</sup> BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo: Según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. 7ª edición, Librería Ediciones del Profesional, Colombia, 2016, p. 552.

<sup>140</sup> Consejo de Estado, sentencia de 17 de agosto de 2017, Exp. 2096-12.

<sup>141</sup> Consejo de Estado, sentencia de 24 de septiembre de 2015, Rad. 54001-23-33-000-2014-00202-01.

del acervo probatorio allegado por el demandante, en tanto tiene la carga de desvirtuar los fundamentos del acto acusado<sup>142</sup>. El magistrado ponente confrontará, por un lado, la realidad fáctica y jurídica, y, por el otro lado, el contenido del acto.

Por mencionar algunos ejemplos, existe falsa motivación cuando se desvincula a un funcionario por supresión del cargo, pero en realidad el cargo sigue existiendo, o cuando se pide la renuncia a un funcionario y en la aceptación de la renuncia se expresa que fue libre y espontánea<sup>143</sup>. Así las cosas, los elementos requeridos para la configuración de la falsa motivación son: i) Que exista un acto administrativo motivado, total o parcialmente; ii) Que exista divergencia entre la realidad fáctica y/o jurídica y los motivos del acto; y iii) Que el demandante pruebe la causal alegada<sup>144</sup>.

#### IV. DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSA

Esta causal de impugnación busca garantizar uno de los elementos esenciales del debido proceso, el derecho de defensa y contradicción, en tanto el administrado no puede resultar afectado por un acto administrativo sin ser oído previamente<sup>145</sup>. Esta causal de impugnación también se presenta cuando no se comunican las actuaciones administrativas a terceros determinados que pueden resultar directamente afectados por la decisión<sup>146</sup> y cuando no se comunica al interesado sobre el resultado de las averiguaciones preliminares que dieron lugar a los méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio<sup>147</sup>.

El derecho de defensa se relaciona con la etapa probatoria, sobre la cual el Consejo de Estado ha considerado que se vulnera en los siguientes escenarios: *“i) cuando se decreta una prueba ilícita;*

<sup>142</sup> Consejo de Estado, sentencia de 17 de marzo de 2016, Exp. 1218-12.

<sup>143</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *Derecho Procesal Administrativo*. 8ª Edición, Librería Jurídica Sánchez R, Colombia: 2013, p. 308.

<sup>144</sup> *Ibidem*.

<sup>145</sup> BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo: Según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. 7ª Edición, Librería Ediciones del Profesional, Colombia, 2016, p. 552.

<sup>146</sup> CPACA, artículo 37.

<sup>147</sup> CPACA, artículo 47.

ii) cuando las partes, en las oportunidades legales, piden pruebas y no se decretan; iii) cuando se decretan las pruebas pedidas oportunamente, pero no se practican y iv) cuando se practican las pruebas decretadas, pero se valoran erróneamente”<sup>148</sup>.

Es importante señalar que la Corte Constitucional<sup>149</sup> al declarar exequible el numeral 4 del artículo 137 del CCA (ahora reproducido en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA), lo hizo 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 el juez advierta incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el artículo 4 de la Constitución<sup>150</sup>. Por lo tanto, en caso de vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo<sup>151</sup>, se impone la declaratoria de nulidad así no se hubiese formulado el cargo ni sustentado el concepto de la violación al respecto.

## V. DESVIACIÓN DE PODER

Esta causal de impugnación se centra en los fines del acto administrativo, los cuales están previstos en el ordenamiento jurídico y pueden ser generales o específicos. Los primeros se refieren a los fines de toda actuación administrativa como son la satisfacción del interés general, del bien común, la prestación de los servicios públicos, entre otros; mientras que los específicos son los aplicables a un acto administrativo concreto, de acuerdo con la regulación que rige la materia<sup>152</sup>.

La desviación de poder se configura cuando quien expide el acto, a pesar de tener la competencia para ello y cumplir con el

---

<sup>148</sup> Consejo de Estado, sentencia de 25 de abril de 2016, Exp. 19679.

<sup>149</sup> Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1999.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

<sup>151</sup> Corte Constitucional, artículo 29.

<sup>152</sup> BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo: Según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. 7ª Edición. Colombia: Librería Ediciones del Profesional, 2016, p. 553.

procedimiento legalmente exigido, busca *“satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión”*<sup>153</sup>. En otras palabras, este vicio se refiere a la intención que tuvo la administración al tomar una decisión persiguiendo un fin particular, personal o arbitrario<sup>154</sup>.

La gran dificultad de esta causal es probar la verdadera intención de la administración, ya que aparentemente es un acto conforme a Derecho, pero tiene una intención oculta. Se trata de un análisis de *“la esfera estrictamente volitiva de las personas que representan a la administración, situación que implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación”*<sup>155</sup>. Por ende, se recurre a pruebas documentales e indiciarias para probar que la administración actuó con fines distintos al establecido en el ordenamiento jurídico, como motivaciones ideológicas, de amistad o enemistad, religiosas o intereses privados<sup>156</sup>.

Esta causal es frecuentemente alegada contra actos administrativos discrecionales, dado que las otras causales de impugnación no tienen mayor aplicación, pues a pesar de que estos actos se someten a mínimas formalidades y no requieren motivación, las decisiones sí deben adecuarse a los fines de las normas<sup>157</sup>. En efecto, existen múltiples pronunciamientos jurisprudenciales donde se aduce que la competencia discrecional fue arbitraria o bajo fines ilegales, como ocurre en ocasiones con la declaratoria de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción<sup>158</sup>, donde la administración sustenta el retiro en razones del mejoramiento del servicio, pero camufla la intención de proveer los cargos a otras personas para compromisos políticos<sup>159</sup>.

---

<sup>153</sup> Consejo de Estado, sentencia de 15 de noviembre de 2018, Exp. 4450-2016.

<sup>154</sup> Consejo de Estado, sentencia de 22 de febrero de 2018, Exp. 1635-17.

<sup>155</sup> Consejo de Estado, sentencia de 26 de septiembre de 2012, Exp. 0407-10.

<sup>156</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. 5ª Edición, Librería Señal Editora, Colombia, 2013, p. 297.

<sup>157</sup> CPACA, artículo 44. Un ejemplo de esta facultad es la declaratoria de insubsistencia de funcionario de libre nombramiento y remoción.

<sup>158</sup> Consejo de Estado, sentencia de 24 de marzo de 2011, Exp. 158709.

<sup>159</sup> Consejo de Estado, sentencia de 26 de septiembre de 2012, Exp. 0407-10.

## VI. VIOLACIÓN DE LA LEY EN QUE DEBÍA FUNDARSE EL ACTO

Esta causal de impugnación también se conoce como causal genérica, en tanto cobija a las demás causales, pues todas tienen como sustento la violación de la ley. El Consejo de Estado<sup>160</sup> ha precisado que la violación de la norma superior se configura cuando ocurre una de las siguientes situaciones: (i) falta de aplicación de la norma, (ii) aplicación indebida, pues se aplica una norma que rige otra materia y no la del caso que se está tratando o, (iii) interpretación errónea, cuando se le da un alcance diferente o más allá de lo solicitado<sup>161</sup>.

Para analizar esta causal debe tenerse presente la jerarquía de las normas, pues “[l]a violación de la norma superior se presenta no solo frente a la ley en sentido material, sino frente a toda disposición que con carácter obligatorio debe atacar el destinatario”<sup>162</sup>. De ahí que, la causal de impugnación se puede sustentar en la Constitución Política, Principios, leyes, cosa juzgada, entre otros<sup>163</sup>. No obstante, existen disposiciones que no tienen el carácter de norma superior, como ocurre, por ejemplo, con el reglamento interno de una entidad, donde la confrontación de una ordenanza con un reglamento interno no es válida para aducir la nulidad<sup>164</sup>.

### 5. DESAFÍOS DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL CONOCIMIENTO DE LA NULIDAD SIMPLE

Si bien avizorar los desafíos de cualquier institución jurídica es una tarea, de suyo, compleja y azarosa, hay que atreverse, según el objetivo trazado en este breve estudio, a identificar algunos de los retos que afronta la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el conocimiento del medio de control de nulidad.

---

<sup>160</sup> Consejo de Estado, sentencia de 25 de enero de 2018, Exp. 23382.

<sup>161</sup> Consejo de Estado sentencia del 15 de marzo de 2012, Exp. 16660.

<sup>162</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *Derecho Procesal Administrativo*. 8ª Edición, Librería Jurídica Sánchez R, Colombia: 2013, p. 312.

<sup>163</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. 5ª Edición, Librería Señal Editora, Colombia, 2013, pp. 303-307.

<sup>164</sup> Consejo de Estado, sentencia de 17 de abril de 2013, Exp. 1194-10.

En primer lugar, no puede pasar desapercibida la influencia que tiene la constitucionalización del Derecho Administrativo en el contencioso objetivo de anulación de los actos administrativos y el cambio que ella produjo de paradigma del principio de legalidad, cuya presunción acompaña a los mismos, así como en la concepción y visión del juez administrativo, tanto colegiado como individual. La constitucionalización del Derecho implica reconocer que, si antes la ley era por regla general la medida superior, hoy es la Constitución la que tiene eficacia directa, por su fuerza normativa que se impone sin mediación alguna a todas las personas y a los poderes públicos.

Derecho administrativo como Derecho constitucional concretado, expresión tantas veces citada, acuñada por un juez, Fritz Werner, quien en 1958 a 1969 fue presidente del Tribunal Administrativo Federal de Alemania y, sostuvo que, *“los derechos fundamentales, el Estado de Derecho y el principio de Estado Social de Derecho se han desarrollado ampliamente en el Derecho Administrativo”*<sup>165</sup>.

En este sentido, la Carta Política de 1991 influye en la forma de pensar y de actuar de los jueces administrativos, quienes no pueden limitar su labor a la mera defensa del principio de legalidad en su noción clásica de ajuste a la ley expedida por los órganos representativos, sino del principio de legalidad en su visión contemporánea de protección a toda la juridicidad, que impone, por tanto, la existencia de normas jurídicas de diversa índole en el ordenamiento jurídico, que vinculan a la administración cuando actúa y que de este modo la someten a Derecho<sup>166</sup>. Además, los

---

<sup>165</sup> SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. *La Justicia Administrativa desde la perspectiva de los postulados de la reforma del Derecho Administrativo en Alemania* en Cien años de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, XIV Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 22. “[P]or ejemplo en materia de protección jurídica y provisional preventiva y el derecho a la prueba. Todo el derecho procesal administrativo se considera un área de intensa concretización de los mandatos constitucionales. (...). En cualquier caso, una concretización no puede significar que todas las particularidades estén en la Constitución y que tengan rango constitucional”. (...) Solo lo que pertenece a lo esencial del núcleo es invariable. Todo lo demás es configurado a través de la legislación, la jurisprudencia y los hallazgos de la ciencia...”

<sup>166</sup> Sobre el principio de legalidad como principio de juridicidad y su garantía en el recurso contencioso administrativo. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol. 10 (Enero-abril

mandatos superiores orientan al juez, en el ejercicio de los poderes ampliados, a la defensa y garantía de los derechos de los asociados, en el entendido constitucional de que el sistema tiene por centro a la persona y la defensa de sus derechos y libertades. Esto significa que es menester superar el mero rol de juez revisor o contralor de la legalidad, para pasar además a ser un juez garante y protector de los derechos de las personas.

Bajo esta filosofía, el juez debe resolver los conflictos actuales que se originan con las privatizaciones, la descentralización por colaboración, la libertad absoluta de empresa, la libre competencia, la flexibilización normativa, las desmonopolizaciones, la prestación de los servicios públicos, la preservación del medio ambiente y la salubridad pública, las nuevas tecnologías, la sociedad de los riesgos y de la información, entre otros, en el escenario de una administración pública ampliada por la Constitución, cuyo natural entorno ha sido una legislación administrativa prolífica. Además, se convierte en un juez de masas, por cuanto en esa labor debe defender los derechos fundamentales de las personas, lo que incluye garantizar no solo los derechos individuales sino también la gama de derechos sociales, económicos y ambientales.

El control ejercido por el juez, por tanto, debe cumplir su función dentro del marco de una filosofía garantista y en atención a los principios constitucionales aplicables a la función pública. Desde esta perspectiva, la actividad judicial debe conducir a la realización material de justicia y no solo rendir culto formal a la ley, postura que fuerza al juez a superar en algunos casos el principio de la justicia rogada. En efecto, la aplicación del principio de justicia rogada, según el cual no le es permitido al juez administrativo confrontar el acto acusado con disposiciones no invocadas en la demanda, ni atender conceptos de violación diferentes a los en ella contenidos, no debe ser extremado hasta el punto de restar importancia a la labor interpretativa que debe hacer el juez dentro del proceso, o menoscabar el principio de prevalencia del derecho sustancial, la garantía de los derechos fundamentales o la supremacía de la

---

1984), pp. 11-61. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. "El principio de legalidad". En: *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol. 13, Núm. 39, 1993, pp. 9-42.

constitución y del ordenamiento jurídico, tal y como lo señaló la Corte Constitucional, en la sentencia C-197 de 1999.

De ahí que el artículo 103 del CPACA, indique que los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre ellos los derivados del contencioso objetivo de anulación, tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico, y que en la aplicación e interpretación de las normas del Código deben observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal. La adaptación, reorganización y aplicación de las normas conforme a los preceptos constitucionales o la interpretación y aplicación directa de estos, mejora la protección jurídica de sus destinatarios, máxime en aquellas materias en las que la administración cuenta con discrecionalidad.

En conclusión, la labor del juez administrativo se constitucionalizó<sup>167</sup>, dado que en su misión de proteger los derechos fundamentales y colectivos debe interpretar y aplicar la norma más allá de un simple silogismo. Es decir, le corresponde una labor hermenéutica inductiva y no deductiva, que le permita concretar los valores, finalidades y principios constitucionales y tomar en cuenta las normas jurídicas de toda naturaleza que le den sustento a la actividad de la administración, mediante las técnicas de ponderación y argumentación, con el fin de llegar a soluciones en derecho justas y preventivas de daños y de lesión de los derechos, en el marco por supuesto también de protección del orden jurídico.

Esta visión del control judicial de los actos administrativos por vía de la nulidad simple entra en perfecta armonía con los preceptos del Estado Social de Derecho, comprometido con la dignidad humana y el respeto a los derechos, bajo la idea no ya del ciudadano administrado, sino de la persona-titular de derechos.

Por otra parte, en segundo lugar, existe una nueva concepción del Derecho Administrativo, o sea del derecho que rige la acción de la administración, con incidencia en el objeto de la Jurisdicción

---

<sup>167</sup> Vid. NAMÉN VARGAS, Álvaro. “La ley 1437 de 2011: ¿constitucionalización del derecho administrativo o administrativización del derecho constitucional?”. En: *Estudios de Derecho Público. Liber amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, Tomo II, Editora académica Rocío Araujo Oñate, Universidad del Rosario, Bogotá, 2020.

Contencioso Administrativo y, por ende, en el control judicial que ella ejerce mediante la nulidad simple. La dicotomía entre Derecho privado y Derecho público que se ha presentado en la dogmática jurídica tradicional como dos términos recíprocamente excluyentes y conjuntamente exhaustivos, está llamada a ser superada por nuestra realidad fáctica y jurídica.

El concepto de Derecho administrativo clásico, comprendido exclusivamente en el Derecho público, se entiende como el conjunto de principios y reglas especiales que rigen la organización, funcionamiento y actividad de la administración, la cual actúa ejerciendo una serie de privilegios y poderes exorbitantes para el cumplimiento del interés general y la prestación de los servicios a su cargo, con fundamento en normas diferentes a las que se aplican a los particulares.

La Constitución de 1991 implicó el surgimiento de un nuevo modelo de administración pública en el que se destaca como rasgo predominante la colaboración de los particulares y la adopción de esquemas privatistas que le permitan adelantar sus fines. En efecto, por un lado, se otorgó un papel protagónico al sector privado, al que se le entregan, por variados mecanismos legales (descentralización por colaboración, liberalización de actividades, autorizaciones, concesiones, etc.), el ejercicio de funciones públicas, funciones administrativas, actividades industriales o comerciales y la prestación de servicios públicos; y, por otro lado, se autorizó la creación de entidades públicas con el objeto de desarrollar esas mismas funciones y actividades en competencia con los particulares<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup> Cfr. TAFUR GALVIS, Álvaro. *Estudios de Derecho Público*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997, Bogotá, pp. 95 y ss. Es una manifestación de la tendencia denominada por la doctrina años atrás como la huida del Derecho administrativo al Derecho privado, fenómeno que consiste en la búsqueda y adopción por parte de la administración pública de fórmulas organizativas, de maneras de actuar y de herramientas previstas en el Derecho privado, a fin de dar una mayor flexibilidad, agilidad, eficiencia y eficacia en el cumplimiento de ciertas actividades que presta el Estado en interés general. Así, es posible evidenciar dos expresiones claras de esta tendencia: la primera, consiste en la adopción de formas jurídicas propias de las regulaciones del Derecho civil y del Derecho comercial, como son la utilización por el Estado de formas societarias (de sociedades de economía mixta y sociedades comerciales); y la segunda, la aplicación del Derecho privado dentro de formas institucionales de Derecho Público, es decir, en entidades públicas.

Este nuevo modelo afecta y muta el concepto de Derecho administrativo clásico, por cuanto se combina y se entrelaza con las normas de Derecho privado que debe aplicar la administración en el desarrollo de su actividad, de manera que el juez al juzgar la legalidad de su actuación está en la obligación de aplicar el régimen jurídico que corresponda.

Sin embargo, aunque la administración y los particulares autorizados a prestar funciones públicas o administrativas o servicios públicos en su actividad pueden utilizar el derecho privado, como ocurre, verbigracia en los contratos estatales o la prestación de servicios públicos, no se pueden liberar, como anota SCHMIDT ASSMANN *“de las vinculaciones que establece la Constitución para toda la actuación administrativa. Estas son, sobre todo, la vinculación a los derechos fundamentales y a la ley; además, el mandato de legitimidad democrática, el principio de proporcionalidad, la prohibición de arbitrariedad y el mandato de neutralidad. Los vínculos constitucionales siguen de cerca a la administración en el derecho privado”*<sup>169</sup>, debido a su naturaleza, los recursos públicos que manejan y el interés general que persiguen. Es decir, se reconoce que en tales casos el Derecho administrativo pese a que acude a nociones propias del derecho común, lo hace bajo el prisma de principios que no están en dicho régimen sino en el del derecho público, adaptando dichos conceptos a esos principios que deben regir el actuar de la administración.

De manera que, entonces, no existe una total escisión entre el Derecho público y el Derecho privado, ni mucho menos se puede entender que la autonomía del Derecho administrativo consista en que sus instituciones sean totalmente distintas a las del Derecho civil y que sean irreconciliables, que no permitan un intercambio normativo. Es posible entonces afirmar que el régimen jurídico en tales casos no es unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados, en distintas proporciones, el Derecho administrativo y el Derecho privado que rige la actuación de la administración.

---

<sup>169</sup> SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. “La Justicia Administrativa desde la perspectiva de los postulados de la reforma del Derecho Administrativo en Alemania”. En: *Cien años de la Jurisdicción Contencioso Administrativo*, XIV Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 36-37.

Esta realidad, sin duda, constituye un desafío para el juez administrativo pues lo enfrenta a un escenario de publicización del Derecho privado y de privatización del Derecho público, en un juego de ponderación de intereses particulares y públicos que debe realizar al dirimir los procesos a su cargo, entre ellos los promovidos en virtud del medio de control de nulidad simple de los actos administrativos.

En tercer lugar, para nadie es secreto que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo despertó al siglo XXI en medio de una tendencia mundial de globalización de la economía, la cual conlleva también a la globalización del derecho, de los negocios entre gobiernos o entre éstos y las organizaciones y empresas transnacionales, forzando una homogenización institucional y normativa para la tramitación y solución de estos asuntos. Ello impone un Derecho Administrativo moderno que rebasa las normas internas y la aplicación de un Derecho Administrativo Internacional o Globalizado.

Igualmente, existe un orden jurídico internacional de protección y defensa de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, previstos en tratados y convenios ratificados por Colombia. Por ello, al juzgar las violaciones por derechos humanos consagrados en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, el Pacto de San José de Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– ejerce un control de convencionalidad, en el sentido de aplicar con preferencia las normas de la Convención sobre aquellas del orden interno que le sean contrarias.

Esta doctrina también exige que el juez nacional en los procesos a su cargo, entre ellos el enjuiciamiento de la legalidad de los actos administrativos, como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver los casos sometidos a su conocimiento, deba controlar la prevalencia de las normas de la Convención cuando las normas nacionales les sean contrarias<sup>170</sup>. Por consiguiente, el juez administrativo debe ejercer, en el examen de legalidad de los actos administrativos susceptibles de la nulidad simple, un control

---

<sup>170</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano y otros vs Chile*.

difuso de convencionalidad debido al rango constitucional que ostentan aquellas normas de la convención, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con lo consagrado en el artículo 93 de la Carta Política, según el cual: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*.

Otro ejemplo de la vinculación del Derecho internacional al juicio de legalidad de los actos administrativos emana de las normas subregionales andinas derivadas del Pacto Andino, las cuales son de aplicación directa e inmediata por parte de las autoridades administrativas nacionales, en materias especiales como la propiedad industrial, los derechos de autor, los obtentores vegetales, los asuntos aduaneros, etc., y en tal condición su acatamiento o desatención o infracción, es pasible del control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En este caso, debe actuar como un verdadero juez comunitario, con el fin de velar por la validez y la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino, sin perjuicio de cumplir con el deber de solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial a su cargo, en todos aquellos casos nacionales en los que se deben aplicar las normas subregionales, tal y como lo ordenan las normas comunitarias.

Estos postulados implican que un Derecho administrativo aplicable internamente nos viene de afuera. Las oportunidades en este sentido para la jurisdicción envuelven la necesidad de que los jueces acojan en su labor conceptos muchos más amplios y comprensivos en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho internacional económico. Los riesgos de no hacerlo pueden significar una renuncia a nuestra soberanía judicial, porque el desconocimiento de la legislación internacional acarrearía el desplazamiento de los órganos judiciales por la justicia que dispensan los organismos internacionales.

Por lo tanto, otro importante desafío de la jurisdicción y sus jueces se abre campo en la opción de convertirse en una justicia de convencionalidad o comunitaria, en donde el juez debe abrir sus fronteras, pues el Derecho ya no solo es el Derecho nacional,

todo el poder y autoridad no se concentra en la ley sino más bien en la Constitución, y debe atender también a los instrumentos internacionales y actuar como juez de convencionalidad, ser un juez integracionista, comunitario, etc.

En cuarto lugar, en el ejercicio de la función jurisdiccional se requiere masificar, implementar y utilizar efectivamente las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs), con el fin de hacer más eficiente, económico y ágil el desarrollo de los procesos y, en general, los asuntos sometidos al conocimiento del Consejo de Estado y toda la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La jurisdicción está obligada a modernizar sus sistemas, implementar el expediente electrónico, facilitar las audiencias virtuales, dar cabida a los juicios en línea, etc. Pero, al mismo tiempo, repárese que el juez administrativo debe controlar el ejercicio de la función pública ejercida a través de los medios electrónicos y las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, es decir a la administración digital, lo cual es un importante desafío. Asuntos como los derechos que emanan de la ahora denominada ciudadanía digital, la expedición de actos administrativos sin soporte tradicional (en papel), la realización de notificaciones mediante mensajes de datos, la interposición de recursos por internet o por correo electrónico, entre otras situaciones que pueden darse y que se presentarán en el futuro con más intensidad, constituyen un reto con el fin de no frenar ni desestimular la utilización de las herramientas tecnológicas por parte de la administración pública y los ciudadanos y de manera simultánea proteger y garantizar los derechos de las personas (igualdad, debido proceso y derecho de defensa, entre otros)<sup>171</sup>, proteger el orden constitucional y legal y propender por la seguridad jurídica.

Por último en quinto lugar, atado a todo lo anterior cabe precisar que, a nivel europeo comienza a tejerse toda una jurisprudencia que establece doctrinas y diversas directrices para

---

<sup>171</sup> Consejo de Estado, Concepto de 4 de abril de 2017, Rad. 11001-03-06 000-2016-00210-00(2316), al precisar los alcances de las normas de la ley 1437 de 2011 que regulan la notificación por aviso y la notificación electrónica, recalcó la importancia de garantizar los derechos de defensa y contradicción de las personas cuando se utilizan mediante medios electrónicos.

la efectividad del denominado principio y derecho a la buena administración, consagrado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>172</sup>. Lo anterior, bajo la idea de replantear la posición de las personas frente a la administración y direccionar el objeto de esta, al ponerla al servicio de los ciudadanos y no concebirla como una mera estructura inmune de poder, para el simple cumplimiento de la norma que le otorga las potestades de actuación<sup>173</sup>.

El tránsito de la idea de administrado a la de persona titular de derechos, y de autoridad como poder encarnado del Estado al de autoridad puesta al servicio de los ciudadanos, ha dado lugar al cambio de paradigma del Derecho administrativo, lo que, por tanto, implica un replanteamiento de este a partir de reglas de construcción participativa, transparentes, equilibradas y más garantistas, que rijan la relación e interlocución entre la administración y los individuos, en donde sin declinar del interés general, el centro de la relación y el sistema sea la persona. El “derecho a una buena administración”, concreta esa nueva visión de la relación de la administración pública con los ciudadanos y responde a la moderna concepción del Derecho administrativo, mediante la cual, estos asumen una posición activa en lo público, como titulares de libertades y derechos, y beneficiarios, usuarios y “clientes” de las funciones y servicios que presta aquella, sin desconocer el aseguramiento del cumplimiento de los deberes que le incumben conforme a la ley. Representa, por tanto, un nuevo derecho de defensa frente al poder y una valiosa herramienta

---

<sup>172</sup> Proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000.

<sup>173</sup> FUENTETAJA PASTOR afirma que la buena administración, en realidad, no es en sí un derecho fundamental nuevo, sino una variedad o conjunto de derechos instrumentales o procedimentales ya reconocidos y perfilados por la jurisprudencia de los Tribunales europeos (como el derecho de audiencia) o, incluso, por los Tratados constitutivos, por medio de los cuales se controla a la administración europea y que, además, suponen un estándar de actuación exigible a esta en el ejercicio de sus competencias ejecutivas y administrativas, en particular en ausencia de texto positivo. FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “Del derecho a la buena administración al derecho de la Administración Europea”. En: *Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 51, 2014, pp. 21-23-26. El profesor RODRÍGUEZ ARANA, manifiesta que la buena administración pública es un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental y, también, un principio de actuación administrativa. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”. En: *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Núm. 6, enero-diciembre, Colombia, 2013, p. 26.

de combate frente a la arbitrariedad, la mala administración, la negligencia y la corrupción.

Los jueces europeos han diseñado y aplicado al lado de las ya clásicas formas<sup>174</sup>, un parámetro de control del correcto ejercicio de la discrecionalidad de la administración, en particular, por vía de la motivación de los actos, con fundamento en el principio y correlativo derecho a una buena administración y su debida ponderación para la efectiva realización de los objetivos en materia administrativa. Es decir, se comienza a observar los frutos de un control judicial sujeto a la buena administración, asociado a los principios de participación y transparencia en la gestión pública y basado en la ponderación de alternativas e intereses concernidos en la actuación administrativa y la motivación que la sustenta.

De ahí que el Consejo de Estado ha calificado la buena administración como un principio y derecho que rige la actividad de las autoridades y ha procedido en época reciente a su aplicación, *"...entendido este como un postulado normativo que ordena, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, que la Administración garantice los derechos de los administrados cuando entran en interacción con ella, ejecute de buena fe y bajo el estándar de la debida diligencia los deberes funcionales que el ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal le ha confiado y adopte las decisiones que correspondan de manera razonable y ponderada conforme a los valores, principios y reglas que se desprenden del marco jurídico legal, constitucional y convencional"*<sup>175</sup>.

Valdría la pena explorar con mayor profundidad esta técnica o test de control de la actividad administrativa en diversos ámbitos, por cuanto es un principio y derecho que no es extraño a nuestro ordenamiento jurídico<sup>176</sup>, pues encuentra sustento constitucional,

---

<sup>174</sup> Principio de legalidad, de interdicción de la arbitrariedad, ilegalidad de lo no motivado y de lo irracional, conceptos jurídicos indeterminados, motivos determinantes, etc.

<sup>175</sup> Consejo de Estado, sentencia del 10 de octubre de 2016, Radicado 11001-03-26-000-2015-00165-00 (55813).

<sup>176</sup> Ver en este respecto: MONTAÑA PLATA, Alberto. "El Principio del Buen Funcionamiento de la Administración Pública y su carácter vinculante en la revisión judicial de actividades administrativas". En: *La Constitucionalización del Derecho Administrativo, El Derecho Administrativo para la Paz*, T. II, Universidad Externado de Colombia, 2016. NAMÉN VARGAS, Álvaro. "La buena administración

legal y jurisprudencial. Así, dentro de la Carta Política y la ley existen múltiples disposiciones que reconocen los principios y derechos que conforman la buena administración<sup>177</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

En el Estado Social y Democrático de Derecho el control de la administración y de sus actos es connatural, como consecuencia del principio de legalidad y de los derechos y libertades que se garantizan en este. La actividad administrativa, en cualquiera de sus expresiones, no puede ser inmune a una instancia o procedimiento de control. La sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; el sometimiento pleno de la Administración Pública a la ley y al Derecho; la garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP), son los fundamentos del control judicial asignado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sobre la legalidad de la actuación de la administración, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican (art. 237 CP, arts. 103 y 104 CPACA).

El medio de control de nulidad simple de los actos administrativos constituye una valiosa garantía democrática del Estado colombiano para preservar el pilar fundamental en que descansa: el principio de legalidad o juridicidad, pues persigue tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta ante las infracciones y el quebrantamiento de dichos actos a las normas jurídicas a las que están sujetos, para someter así a la administración al imperio del derecho objetivo.

---

como instrumento esencial en la actividad de las comisiones de regulación". En: *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*; Édgar González López (Dir.); Luz Mónica Zapata, Jorge Murgueitio Cabrera, Sandra Milena Ortiz Laverde (Coords.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

<sup>177</sup> En esta dirección, deben señalarse los artículos 2, 6, 13, 23, 29, 40, 74, 78, 79, 83, 84, 90, 103, 104, 105, 106, 121, 122, 123, 124, 126, 207 y 209, los cuales regulan, entre otros, aspectos relativos a la transparencia, el debido proceso, la responsabilidad de las autoridades y la participación de los ciudadanos en la actividad administrativa. Desde el punto de vista legal, el artículo 40 de la ley 80 de 1993 incorporó expresamente la buena administración como un principio aplicable en materia de contratación estatal. Asimismo, el CPACA contiene, como lo hace la Constitución Política, diferentes disposiciones que concretan el contenido del principio y derecho a la buena administración, en particular, en los artículos 3°, 5°, 8°, 9, 11, 13, 24, 35, 37, 46 y 65.

El tratamiento constitucional y legal, así como la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa lo muestran.

En efecto, la nulidad simple, es una acción pública y, por ende, ejercida en interés general, que permite a cualquier persona y en cualquier tiempo pedir la invalidez de los actos administrativos de contenido general, salvo los excepcionales casos en los que se permite contra actos de contenido particular (según la doctrina de los motivos y finalidades, que ya tiene consagración legal), por resultar contrarios a las normas constitucionales o legales en que se fundan, con el fin de proteger el orden jurídico abstracto. Busca el restablecimiento de la legalidad objetivamente considerada, para así asegurar la regularidad jurídica de la actividad administrativa y, por esa vía, salvaguardar los derechos y garantías de las personas frente a las arbitrariedades de la administración. Es decir, el contencioso popular de anulación no solo es una poderosa herramienta que permite ejercer un control de legalidad a la administración, sino también proteger en abstracto efectivamente los derechos y libertades de todas las personas frente a las intromisiones ilícitas la Administración.

Como se analizó, son muchos los retos a los que se enfrenta el juez administrativo, pues, es él quien construye en Derecho todos y cada uno de los preceptos legales antes de proceder a su aplicación, en la necesidad de que la administración cumpla la ley y se realice el valor y principio de justicia. Los Jueces juegan un papel central en el sistema, pues, como afirmó GARCÍA DE ENTERRÍA: *“Un Estado de Derecho entendido como Estado de Justicia, sin un aparato judicial capaz de concretar ésta, para imponerla como una realidad social efectiva, sería una burla y, finalmente, una fuente de grave frustración (...). De modo que el Juez ha aganado responsabilidades capitales, que le apartan definitivamente de su viejo papel de aplicador mecánico y rutinario de las leyes, entendidas como simples reglas externas”*<sup>178</sup>. Un juez administrativo que asuma el rol de garante y protector de los derechos de las personas, más que de revisor o de contralor, apoyado en conceptos innovadores del principio de legalidad y del

---

<sup>178</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol. 10 (Enero-abril), 1984, pp. 23-24.

derecho administrativo, y con utilización de nuevas técnicas de control, es el requerido para concretar y materializar esa filosofía.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo: Según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. 7ª Edición. Colombia: Librería Ediciones del Profesional, 2016.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. 5ª Edición. Colombia: Librería Señal Editora, 2013.
- DE LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude Et GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*, Tome I, 12e Édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, LGDJ, 1992.
- DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ed. Ariel, 1987.
- DELPIAZZO, Carlos E. “Proyección de dos clásicos franceses del Derecho Administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República de Uruguay*, Montevideo, 2012, ISSN: 0797-8316, en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=568160368009> consulta de 12 de Abril de 2021.
- DIEZ, Manuel María. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1993.
- DROMI, Roberto. *El acto administrativo*, 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 2000.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “Del derecho a la buena administración al derecho de la Administración Europea”. En: *Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 51, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Undécima edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Undécima edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol. 10 (Enero-abril), 1984.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 1999.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*, traducción de Carlos Ruiz del Castillo, 2ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

- MERKL, Adolfo, Capítulo 11 “El lugar de la Administración en la estructura escalonada del orden jurídico” en Teoría general del derecho administrativo, Editorial Comares, Granada, 2004.
- MONTAÑA PLATA, Alberto. “El Principio del Buen Funcionamiento de la Administración Pública y su carácter vinculante en la revisión judicial de actividades administrativas”. En: *La Constitucionalización del Derecho Administrativo, El Derecho Administrativo para la Paz*, T. II, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- NAMÉN VARGAS, Álvaro. “La buena administración como instrumento esencial en la actividad de las comisiones de regulación”. En: *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*. Édgar González López (Dir.); Luz Mónica ZAPATA, Jorge Murgueitio Cabrera, Sandra Milena Ortiz Laverde (Coords.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.
- NAMÉN VARGAS, Álvaro. *Prólogo Antología, jurisprudencias y conceptos – Consejo de Estado 1817-2017*, Consejo de Estado, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2019.
- NAMÉN VARGAS, Álvaro. “La ley 1437 de 2011: ¿constitucionalización del derecho administrativo o administrativización del derecho constitucional?”. En: *Estudios de Derecho Público. Liber amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, Tomo II, Editora académica Rocío Araujo Oñate, Universidad del Rosario, Bogotá, 2020.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *Derecho Procesal Administrativo*. 8ª Edición, Librería Jurídica Sánchez R., Colombia, 2013.
- PAREJO ALFONSO, Luciano et al. *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 1, 5ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1988.
- RIVERO, Jean & ET WALINE, Jean. *Droit Administratif, Précis Droit Public*. 15e Édition, Paris: Ed. Dalloz, 1994.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”. En: *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Núm. 6, enero-diciembre, Colombia, 2013.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “El principio de legalidad”. En: *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol. 13, Núm. 39, 1993.
- RUIZ DEL CASTILLO, Carlos. Traducción de Hauriou, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, 2ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor. *Normas técnicas y derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el derecho en un entorno de riesgo*. Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. “La Justicia Administrativa desde la perspectiva de los postulados de la reforma del Derecho Administrativo en Alemania”. En: *Cien años de la Jurisdicción Contencioso Administrativo*, XIV Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

TAFUR GALVIS, Álvaro. *Estudios de Derecho Público*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997.

## NORMAS

Colombia, Congreso de la República, Constitución Política de 1991.

Colombia, Congreso de la República, Código Civil, ley 84 de 1873.

Colombia, Congreso de la República, Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984.

Colombia, Congreso de la República, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), ley 1437 de 2011.

Colombia, Congreso de la República, Código Disciplinario Único (CDU), ley 734 de 2002.

Colombia, Congreso de la República, ley 130 de 1913, "Sobre la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Colombia, Congreso de la República, ley 167 de 1941, "Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa".

Colombia, Congreso de la República, ley 99 de 1993, "por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones".

Colombia, Congreso de la República, ley 160 de 1994, "Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones".

Colombia, Congreso de la República, ley 446 de 1998, "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".

Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486 de 2000, Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

## PRONUNCIAMIENTO INTERNACIONALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Almonacid Arellano y otros vs Chile.

## PROVIDENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, Expediente D-676.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-508 de 1996, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-1255.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-305 de 1996, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente D-1084.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-600 de 1998, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, Expediente D-2047.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1999, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell, Expediente D-2172.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-748 de 1999, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente D-2255.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2000, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente D-2441.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, Expediente D-3798.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-061 de 2005, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, Expediente D-5302.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-851 de 2013, magistrado ponente Mauricio González Cuervo, Expedientes D-9665, D-9675, D-9676.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-259 de 2015, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, Expediente D-10453.

## SENTENCIAS CONSEJO DE ESTADO

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de agosto de 1961, magistrado ponente Carlos Gustavo Arrieta, Anales del Consejo de Estado, Año XXXVI. I. LXIII. Nums 395 - 396.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de enero de 1991, magistrado ponente Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Expediente S-157.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 1 de agosto de 1991, magistrado ponente Miguel González Rodríguez, Expediente 949.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de agosto de 1992, magistrado ponente Pablo Cáceres Corrales.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 17 de febrero de 1994, magistrado ponente Álvaro Lecompte Luna, Expediente 6264.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 26 de octubre de 1995, magistrado ponente Libardo Rodríguez Rodríguez.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 1996, magistrado ponente Daniel Suárez Hernández.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 8 de abril de 1999, magistrado ponente Juan Alberto Polo Figueroa, Expediente 5191.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de enero de 2000, magistrado ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, Expediente 10867.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de junio de 2000, magistrada ponente Olga Inés Navarrete Barrero, Expediente AI-049.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 9 de noviembre de 2000, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Expediente 5826.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia 16 de febrero de 2001, magistrada ponente Olga Inés Navarrete, Expediente 3531.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 4 de marzo de 2003, magistrado ponente Manuel Urueta Oyola, Expediente 05683-IJ-030.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 21 de julio de 2005, magistrado ponente Reinaldo Chávarro Buritirá, Expediente 3706.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, magistrado ponente Ramiro Saavedra Becerra, Expediente 13414.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, magistrada ponente Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 21051.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 23 de marzo de 2007, magistrado ponente Darío Quiñones Pinilla, Radicado 11001-03-28-000-2006-00172-01(4120).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, magistrado ponente Enrique Gil Botero, Expediente 36054.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 24 de marzo de 2011, magistrado ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado 19001-23-31-000-2004-000-11-01(158709).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 6 de julio de 2011, magistrado ponente Alfonso Vargas Rincón, Radicado 68001-23-15-000-2000-01552-02(1638-10).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de marzo de 2012, magistrado ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Radicado 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 29 de agosto de 2012, magistrado ponente Mauricio Torres Cuervo, Radicado 11001-03-28-000-2010-00050-00; 11001-03-28-000-2010-00051-00.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 26 de septiembre de 2012, magistrado ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicado 19001-23-31-000-2001-01047-01(0407-10).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2013, magistrado ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Radicado 52001-23-31-000-2003-000683-01(1194-10).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de marzo de 2014, magistrado ponente Hernán Andrade Rincón, Radicado 25000-2326-000-1997-15294-01(25053).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de Julio de 2014, Sección Cuarta, magistrado ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Radicado 7001-23-31-000-2010-00091-01(18823).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, sentencia del 19 de febrero de 2015, magistrado ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicado 25000-2325-000-2011-00327-01(3703-13).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de abril de 2015, magistrado ponente Hernán Andrade Rincón (E), Radicado 11001-03-26-000-2010-00004-00(38053).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 29 de abril de 2015, magistrada ponente Stella Conto Díaz del Castillo, Radicado 11001-03-26-000-2004-00044-00(28615).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2015, magistrada ponente Stella Conto Díaz Del Castillo, Radicado 25000-23-26-000-1997-03390-01(29656).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 3 de agosto de 2015, magistrado ponente Alberto Yepes Barreiro, Radicado 11001-03-28-000-2014-00128-00.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 17 de septiembre de 2015, magistrado ponente Gerardo Arenas Monsalve, Radicado 25000-23-25-000-2011-00068-01(0235-13).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 24 de septiembre de 2015, magistrada ponente María Elizabeth García González, Radicado 54001-23-33-000-2014-00202-01.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, sentencia del 11 de marzo de 2016, magistrado ponente William Hernández Gómez, Radicado 05001-23-31-000-2003-01739-01(1634-13).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 17 de marzo de 2016, magistrado ponente Gabriel Valbuena Hernández, Radicado 11001-03-25-000-2012-00317-00(1218-12).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de abril de 2016, magistrado ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Radicado 25000-23-27-000-2011-00101-02 (19679).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 3 de agosto de 2016, magistrado ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicado 76001-23-33-000-2014-00547-01(22054).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 17 de agosto de 2017, magistrado ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, Expediente 2096-12.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de octubre de 2016, magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicado 11001-03-26-000-2015-00165-00 (55813).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 21 de septiembre de 2017, magistrado ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicado 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de enero de 2018, magistrado ponente Julio Roberto Piza Rodríguez, Radicado 11001-03-27-000-2017-00039-00 (23382).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 22 de febrero de 2018, magistrado ponente William Hernández Gómez, Radicado 15001-23-33-000-2015-00170-01(1897-15).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 22 de febrero de 2018, magistrado ponente William Hernández Gómez, Radicado 25000-23-25-000-2008-00942-01(1635-17).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 8 de marzo de 2018, magistrado ponente Carlos Enrique Moreno Rubio, Radicado 76001-23-31-000-2008-00465-01.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 21 de marzo de 2018, magistrado ponente Milton Cháves García, Radicado 50001-23-33-000-2013-00410-01(22082).

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de abril de 2018, magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicado 54001-23-31-000-2009-00218-01(41733).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 26 de abril de 2018, magistrada ponente Rocío Araújo Oñate, Radicado 68001-23-31-000-1995-11120-01.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 3 de mayo de 2018, magistrada ponente Rocío Araújo Oñate, Radicado 25000-23-24-000-2009-00255-02.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 9 de agosto de 2018, magistrada ponente Rocío Araújo Oñate, Radicado 08001-23-31-000-2002-00610-01.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 15 de noviembre de 2018, magistrado ponente William Hernández Gómez, Radicado 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-2016).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2018, magistrada ponente Marta Nubia Velásquez Rico (E), Radicado 08001-23-33-000-2016-0889-01(62117).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 31 de enero de 2019, magistrado ponente César Palomino Cortés, Radicado 11001-03-25-000-2016-01017-00(4574-16).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 14 de marzo de 2019, magistrado ponente Julio Roberto Piza Rodríguez, Radicado 25000-23-37-000-2017-00240-01(23596).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 13 de junio de 2019, magistrado ponente Julio Roberto Piza Rodríguez, Radicado 05001-23-33-000-2017-00611-01(24011).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 24 de septiembre de 2020, magistrado ponente Milton Cháves García, Radicado 63001-23-33-000-2018-00095-01(24473).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 29 de octubre de 2020, magistrado ponente Luis Alberto Álvarez Parra, Radicado 11001-03-28-000-2019-00042-00.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 11 de febrero de 2021, magistrado ponente William Hernández Gómez, Radicado 11001-03-25-000-2018-01641-00(5436-18).

#### AUTOS CONSEJO DE ESTADO - SALA JURISDICCIONAL

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Auto del 29 de marzo de 1955, t. LX, núms. 377 - 381.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Auto del 8 de agosto de 1972, magistrado ponente Humberto Mora Osejo.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, auto del 12 de agosto de 2003, magistrado ponente Juan Ángel Palacio Hincapié, Radicado 11001-03-15-000-2003-00330-01(S330).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 3 de septiembre de 2014, magistrado ponente Hernán Andrade Rincón (E), Radicado 11001-03-26-000-2013-00162-00(49150).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 16 de marzo de 2015, magistrada ponente Ruth Stella Correa Palacio, Radicado 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 13 de mayo de 2015, magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicado 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 15 de mayo de 2015, magistrada ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicado 11001-03-28-000-2014-00100-00.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto del 28 de septiembre de 2016, magistrado ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicado 11001-03-27-000-2016-00039-00(22566).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 30 de marzo de 2017, magistrado ponente Rocío Araújo Oñate, Radicado 05001-23-33-000-2016-00254-03.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del 26 de abril de 2018, magistrado ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicado 11001-03-25-000-2015-00277-00 (0541-2015).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del 18 de julio de 2018, magistrado ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicado 11001-03-25-000-2016-01071-00(4780-2016).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 17 de septiembre de 2018, magistrada ponente Rocío Araujo Oñate, Radicado 11001-03-28-000-2018-00134-00.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 27 de junio de 2019, magistrado ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado 11001-03-26-000-2018-00153-00(62426).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 5 de marzo de 2021, magistrado ponente Roberto Augusto Serrato Valdés, Radicado 11001-03-24-000-2019-00423-00.

**CONCEPTOS CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 21 de julio de 2005, magistrado ponente Gustavo Aponte Santos, Expediente 1657.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 23 de agosto de 2005, magistrado ponente Gustavo Aponte Santos, Expediente 1672.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1878 del 13 de noviembre de 2008, magistrado ponente William Zambrano Cetina, Radicado 11001-03-06-000-2008-00009-00.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2195 del 5 de junio de 2014, magistrado ponente Germán Alberto Bula Escobar, Radicado 11001-03-06-000-2013-00544-00 (2195).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 9 de mayo de 2017, magistrado ponente Oscar Darío Amaya Navas, Radicado 11001-03-06-000-2016-00246-00(C).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de abril de 2017, magistrado ponente Álvaro Namén Vargas, Radicado 11001-03-06-000-2016-00210-00, Expediente 2316.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de octubre de 2018, magistrado ponente Álvaro Namén Vargas, Radicado 11001-03-06-000-2018-00153-00, Expediente 2392.



## CAPÍTULO II

# MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN EL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA<sup>1</sup>

GUILLERMO VARGAS AYALA\*

**Sumario:** 1. ANTECEDENTES DE LOS MEDIOS DE CONTROL. 2. CONSEJO DE ESTADO, ALTA CORTE. 3. MEDIOS DE CONTROL EN EL CPACA. 4. DEL MCNRD. 4.1. DEFINICIÓN LEGAL. 4.2. MCNRD.- LA NULIDAD. 4.2.1. *Actos administrativos son anulables.* 4.2.1.1. *Actos fictos o presuntos.* 4.2.1.2. *Circulares de servicio.* 4.2.2. *Los actos no controlables.* 4.2.3. *Causales de nulidad en los MCNRD.* 4.2.3.1. *Cuáles son.* 4.2.3.2. *Planteamiento y prueba.* 4.2.3.3. *Teoría de los móviles y finalidades.* 4.3. MCNRD, EL RESTABLECIMIENTO. 4.3.1. *Condena en abstracto.* 4.3.2. *Restablecimiento concreto.* 5. ASPECTOS PROCESALES COMUNES DEL MCNRD. 5.1. LEGITIMACIÓN. 5.2. REQUISITOS PREJUDICIALES. 6. DEMANDA. 6.1. OBJETIVO DUAL. 6.2. PROCEDIBILIDAD. 6.3. PRESENTACIÓN. 6.4. REQUISITOS PROCESALES. 7. TRÁMITE DE LA DEMANDA. 7.1. ORALIDAD. 7.2. RECONVENCIÓN. 7.3. VACÍOS NORMATIVOS. 7.4. INTERVENCIÓN DE TERCEROS. 7.5. RECURSOS. 7.6. ETAPAS DEL PROCESO. 7.7. PRUEBAS. 8. SENTENCIA. 9. CONCLUSIONES. 10. BIBLIOGRAFÍA.

---

<sup>1</sup> El Consejo de Estado es el Tribunal judicial supremo de la Justicia Contencioso Administrativa en Colombia. Artículo. 237 numeral 1º Constitución Política. Es una de las Altas Cortes.

\* Abogado de la Universidad Externado, especialista en Derecho Privado, Administrativo y Urbano de la misma universidad. Fue consejero de Estado, conjuer del Tribunal Contencioso de Cundinamarca, asesor jurídico de Asinfar, jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud, jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Transporte, experto de la Cepal en responsabilidad de transporte internacional por carretera.

## 1. ANTECEDENTES DE LOS MEDIOS DE CONTROL

La Historia Constitucional de Colombia muestra que las constituciones del siglo 19 y casi todo el siglo 20, aunque enunciaban la protección derechos y garantías, la realidad histórica no se compadecía con dichas declaraciones. En Colombia el debate constitucional de las constituciones del siglo 19 y 20 , se centró básicamente en cuestiones como el valor de la tradición hispánica, la relación entre Estado e iglesia, el contenido ideológico de la educación, la forma de organización político-administrativa, el papel del ejercito dentro de las instituciones y el grado de poder que debía reconocerse al poder ejecutivo<sup>2</sup> una mirada a nuestra tradición republicana permite observar que las Constituciones de la República de Colombia han transitado la senda de la independencia judicial, desde la Constitución de 1821<sup>3</sup> hasta la Carta actual han mantenido su apoyo al principio de separación de poderes y siempre con la consagración de un poder judicial independiente<sup>4</sup>.

1.1. En la Constitución de 1991.- El Título VIII está consagrado a la Rama Judicial, los aspectos fundamentales de las diferentes jurisdicciones que integran el poder jurisdiccional en Colombia: En sus primeras disposiciones establece algunos aspectos fundamentales de la estructura<sup>5</sup>, funcionamiento<sup>6</sup>, y organización de la administración de justicia en Colombia<sup>7</sup>, destacando la proclama de la garantía de la independencia judicial y de su funcionamiento desconcentrado y autónomo<sup>8</sup>, la consagración de un derecho fundamental a la tutela judicial<sup>9</sup>, la definición de una carrera judicial<sup>10</sup> y la previsión de un órgano judicial de gobierno de la rama<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> MEJÍA ARANGO, Lázaro. *Los radicales. Historia política del radicalismo del siglo XIX*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 20 y 21.

<sup>3</sup> Artículos 140-149.

<sup>4</sup> El tema "1.1. Del absolutismo del príncipe a la esclavitud del gobernante", de este escrito, es un resumen y adaptación de un artículo del mismo nombre redactado por el autor en 2013 y publicado en "100 Años - Jurisdicción Contencioso Administrativa" Consejo de Estado, VARGAS AYALA, Guillermo. "Del Absolutismo del Príncipe a la esclavitud del gobernante", octubre de 2013, Bogotá D.C., pp. 9 a 14.

<sup>5</sup> Artículo 228.

<sup>6</sup> Artículos 228 a 230.

<sup>7</sup> Artículos 231 a 233.

<sup>8</sup> Artículo 228.

<sup>9</sup> Artículo 229.

<sup>10</sup> Artículo 256.

<sup>11</sup> Artículos 256 y 257.

El Capítulo III<sup>12</sup> está consagrado especialmente a la jurisdicción contenciosa administrativa. Aun cuando se definen allí los principales aspectos operativos de esta parte del poder judicial, es claro que estos preceptos cobran todo su sentido a la luz de las cláusulas materiales que integran el catálogo de valores y principios y la carta de derechos de la primera parte del texto constitucional. En últimas, debe recordarse que “[l]a Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma”<sup>13</sup>.

1.2. En el Contencioso administrativo, solo al apreciar la riqueza de derechos y garantías estatuidas y advertir la solidez y el valor de los cimientos axiológicos de nuestro orden constitucional puede visualizarse en toda su extensión la amplitud e importancia del contencioso administrativo dentro del andamiaje institucional del Estado social y democrático de Derecho instaurado. Esta conexión da un norte claro a su existencia, permite delimitar su campo de actuación y ofrece un fundamento robusto a su poder decisorio: Si la Corte Constitucional tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, el contencioso administrativo tiene la misión irrenunciable de acompañar esta labor y el deber de ubicarse en la vanguardia de la cruzada por la defensa y materialización de las disposiciones constitucionales. Su mayor proximidad a la Administración y a la ciudadanía así lo exige. Su papel de preceptor de la legalidad y responsable de la defensa de los derechos e intereses legítimos de los particulares le obligan a asumir esta tarea y a orientar a este fin todo su empeño.

## 2. CONSEJO DE ESTADO, ALTA CORTE

En Colombia el estudio y decisión judicial de la acciones contencioso administrativas ha sido asignado constitucional<sup>14</sup> y legalmente<sup>15</sup>, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a cuya cabeza está el Consejo de Estado, organismo judicial y consultivo, Tribunal judicial supremo de la Justicia Contencioso

<sup>12</sup> Artículos 236 a 238.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992.

<sup>14</sup> Artículo 237 numeral 1º Constitución Política de Colombia, 1991.

<sup>15</sup> CPACA.

Administrativa en Colombia considerada una de las Altas Cortes judiciales colombianas<sup>16</sup>.

El Consejo de Estado conoce de las acciones iniciadas por el MNRD, en única instancia, en segunda en los casos de apelación de las sentencias de los Tribunales Administrativos, en los eventos previstos en el CPACA. Nuestro trabajo se concentrará en la función de esta Corporación, como alta Corte que es, de acuerdo con el estudio conjunto.

### 3. MEDIOS DE CONTROL EN EL CPACA

Cada uno de los medios de control<sup>17</sup> tiene su propio perfil definido en la ley y decantado en la jurisprudencia.

Unos medios pretenden solo eliminar del mundo jurídico un acto administrativo, nulidad por inconstitucionalidad<sup>18</sup>, nulidad simple<sup>19</sup>, nulidad electoral<sup>20</sup>, en otros casos, en forma preventiva se establece que, el medio de control opere automática e inmediatamente sobre los actos administrativos expedidos con base en normas de excepción en épocas de anormalidad, como en el caso del “control inmediato de legalidad”<sup>21</sup>, en aras de la legalidad en abstracto y sin consecuencias económicas. Otros medios van más allá. buscan además de la nulidad, la reparación integral del daño ocasionado con motivo de la expedición del acto anulado que es el *medio de nulidad y restablecimiento del derecho*<sup>22</sup> mediante el cual se podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. Y, otros, medios que sin haber un acto,

<sup>16</sup> Junto con la Corte Constitucional y a Corte Suprema de Justicia.

<sup>17</sup> Las anteriormente denominadas “acciones” en el CCA (Decreto ley 01 de 1984) se denominaron “medios de control” en el CPACA (ley 1137 de 2011).

<sup>18</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011 (CPACA) artículo 135.

<sup>19</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 137.

<sup>20</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 139.

<sup>21</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 138.

<sup>22</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 138.

hay hechos u omisiones de los que se derivan daños a terceros cuya causalidad es atribuible a la administración, que deben ser resarcidos en este caso por el medio de *reparación directa*<sup>23</sup>

Así pues, en la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, el aparato judicial yace estático, esperando que, una persona o una instrucción constitucional o legal, lo ponga en movimiento en forma automática: El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), señala varios medios de control: Nulidad por inconstitucionalidad<sup>24</sup>, nulidad<sup>25</sup>, *medio de nulidad y restablecimiento del derecho*<sup>26</sup>, nulidad electoral<sup>27</sup>, reparación directa<sup>28</sup>. En otros casos está previsto que el medio de control se ponga u opere en forma automática, sin actor que le dé inicio, como en el caso del “control inmediato de legalidad”<sup>29</sup>.

#### 4. –DEL MCNRD–

##### 4.1. DEFINICIÓN LEGAL

El actualmente conocido como MCNRD<sup>30</sup> busca no solo eliminar del mundo jurídico un acto administrativo ilegal, sino también resarcir plenamente a quien hubiere resultado afectado con su expedición. En su trámite deberán seguirse los principios constitucionales y del derecho procesal<sup>31</sup>.

<sup>23</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 140.

<sup>24</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011 (CPACA) artículo 135.

<sup>25</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 137.

<sup>26</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 138.

<sup>27</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 139.

<sup>28</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 140.

<sup>29</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 138

<sup>30</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 138.

<sup>31</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA), Art 103 inciso segundo.

“Artículo 138 Toda persona –*natural*<sup>32</sup> o *jurídica*–<sup>33</sup>, que se crea<sup>34</sup> lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica<sup>35</sup>, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior”.

“Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo (...)”.

De la definición resultan claramente diferenciables dos aspectos: Una declaración de nulidad de un acto administrativo, y el consecuente restablecimiento del derecho, con o sin reparación del daño, que es imperioso estudiar por separado, teniendo siempre presente que están imbricadas. Aunque hay una doble pretensión, que busca simultáneamente dos objetivos claramente diferenciados entre sí, de una parte, la *nulidad* del acto administrativo y de otra el *restablecimiento del derecho* y la eventual indemnización de perjuicios, la correspondencia procesal de estas figuras deben ser, en cada caso, presentadas, analizadas y probadas –en las etapas del proceso– atendiendo las respectivas causales, medios probatorios y argumentaciones jurídicas, porque concurren con su propia dinámica, al éxito o al fracaso del proceso o de las pretensiones. Por eso debemos estudiar primero las particularidades de cada una y luego sus aspectos comunes.

#### 4.2. MCNRD.- LA NULIDAD

Premisa indispensable de este MNRD es que, para solicitar con éxito el restablecimiento del derecho y la eventual condena de

<sup>32</sup> Colombia, Congreso de la República, Código Civil, Art.74, “son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición...”.

<sup>33</sup> Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 633. “Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente... .”

<sup>34</sup> Elemento Subjetivo.

<sup>35</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de Octubre 29 de 2020, Consejero ponente: Milton Chaves García, Radicación 50001-23-33-000-2016-00916-01 (24365).

perjuicios, *es imperioso demandar la nulidad de un acto administrativo*. Sin atacar un acto administrativo no podrá haber una anulación, ni los consecuentes restablecimiento del derecho, ni la indemnización de perjuicios<sup>36</sup>.

#### 4.2.1. *Actos administrativos son anulables*

En la práctica se necesita que el acto administrativo produzca efectos jurídicos con respecto a terceros, porque de lo contrario sin producir efectos y no será objeto de control judicial o éste será inane.

##### 4.2.1.1. *Actos fictos o presuntos*

Los actos derivados de la inacción de la administración, su falta de respuesta, su silencio, puede, según la ley, conllevar efectos de respuesta negativa al solicitante, o por excepción, cuando en forma expresa así se determine, efectos de respuesta positiva. Son los conocidos respectivamente como, silencio administrativo negativo<sup>37</sup> y positivo<sup>38</sup>.

Estos actos fictos o presuntos, pueden incurrir en alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos y por ello son susceptibles de ser demandados, bien en simple nulidad o en MCNRD.

##### 4.2.1.2. *Circulares de servicio*

Ahora bien, con respecto a las denominadas *circulares de servicio*, que son mecanismos administrativos utilizadas por las autoridades para impartir instrucciones o para dar órdenes administrativas usualmente de funcionamiento interno de una dependencia o repartición de una entidad, –o conjuntamente entre varias– sin que en principio tenga el propósito de producir efectos

<sup>36</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección “B” Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 9 de diciembre de 2011 Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00030-01(20410) Actor: Mario Pineda B., Demandado: Departamento de Caldas.

<sup>37</sup> Artículo 83 CPACA.

<sup>38</sup> Art 84 CPACA.

jurídicos a terceros. Durante mucho tiempo, la sola denominación de “Circular”, conllevaba una inhibición judicial para tramitar un proceso que revisara su legalidad.

La realidad es que, voluntaria o involuntariamente, las “circulares de servicio” pueden contener, y eventualmente contenían, alguna manifestación de voluntad propia de los actos administrativos. Por esto, no es la denominación de circular u otra, la que determina la competencia judicial para su conocimiento, sino su *contenido material*.

Es el Juez administrativo, al revisar el contenido, la herramienta (acto o circular) quien estudia y decide procesalmente, si una circular contiene manifestaciones de voluntad de la administración, que deban tratarse como actos administrativos, con efectos jurídicos que legalmente las someten a control judicial<sup>39</sup>, como lo ha confirmado la jurisprudencia<sup>40</sup>.

Es obvio entonces que, si de una parte las circulares de servicio, puedan ser revisadas y eventualmente anuladas, esa nulidad conlleve el consecuente restablecimiento de los derechos conculcados con su expedición mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>41</sup>.

A la demanda, no por un mero requisito formal, para efectos de la nulidad, es imperativo anexar *“Copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Si se alega el silencio administrativo, las pruebas que lo demuestren. Cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina donde se encuentre el original o el periódico, gaceta o boletín en que se hubiere publicado de acuerdo con la ley, a fin de*

<sup>39</sup> *“Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. (...)*

*También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.”* (Subrayas fuera del texto.)

<sup>40</sup> República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de noviembre de 2014,- cambio de jurisprudencia-, Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, Radicación 05001-23-33-000-2012-00533-01

Actor: ADIDA Demandado: Departamento de Antioquia.

<sup>41</sup> Art 166 numeral 1., del CPACA.

*que se solicite por el Juez o Magistrado Ponente antes de la admisión de la demanda. Igualmente, se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales*<sup>42</sup>.

#### 4.2.2. *Los actos no controlables*

*De trámite y de ejecución .*

Sobre la improcedencia del control judicial de los *actos de trámite*, el Consejo de Estado se ha pronunciado en forma reiterada y uniforme<sup>43</sup>, esta corporación ha sostenido reiteradamente, la *improcedencia del control judicial de los actos de ejecución*<sup>44</sup>.

#### 4.2.3. *Causales de nulidad en los MCNRD*

Este medio, como todos los consagrados en el CPACA, tienen por objeto “la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden público”<sup>45</sup> Para su aplicación e interpretación, como para todo el “Código

##### 4.2.3.1. *Cuáles son*

En inciso primero del el art. 138 del Título III “medios de control”, de la parte segunda, organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de sus funciones jurisdiccionales y de consulta, del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo<sup>46</sup>, se dispone en relación con el MCNRD dispone:

<sup>42</sup> Artículo 166 numeral 1, CPACA.

<sup>43</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, sentencia del 3 de julio de 2014, Rad. No. 05001 23 31 000 2000 02324 01.

<sup>44</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso, sentencia del 29 de agosto de 2013, Rad. No. Expediente 11001032600020050003800.

<sup>45</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA), Art 103 Inciso primero.

<sup>46</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 136.

“Toda persona –*natural*<sup>47</sup> o *jurídica*<sup>48</sup>–, que se crea<sup>49</sup> lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica<sup>50</sup>, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior (137)”.

Esto significa: i.- Que en la demanda de MCNRD (138), se debe solicitar la nulidad de un *acto administrativo* invocando y probando, los motivos expresos previstos para ello, en la nulidad simple, en el art 137 del CPACA, “procederá cuando los actos administrativos hayan sido expedidos: 1) Con infracción de las normas en que deberían fundarse, o 2) Sin competencia, o 3) En forma irregular, o 4) Con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o 5) mediante falsa motivación, o 6) Con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”. Ii.- Que como consecuencia de la anulación vendrá el restablecimiento del derecho y la eventual reparación del daño.

#### 4.2.3.2. *Planteamiento y prueba*

Para su prosperidad las causales de nulidad, deben plantearse, y probarse, en los términos previstos en el CPACA y desarrollados en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

#### 4.2.3.3. *Teoría de los móviles y finalidades*

El inciso segundo del art. 138, dispone: “Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al

<sup>47</sup> Colombia, Congreso de la República, Código Civil, Art.74, “son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición...”.

<sup>48</sup> Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 633. “Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

<sup>49</sup> Elemento Subjetivo.

<sup>50</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de Octubre 29 de 2020, Consejero ponente: Milton Chaves García, Radicación 50001-23-33-000-2016-00916-01 (24365).

particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, (...)”.

Este inciso segundo del art. 138, arroja una construcción jurisprudencial, anterior al CPACA, denominada Teoría de los móviles y finalidades, sobre los casos en que de la anulación de un acto administrativo de carácter general podría derivarse el restablecimiento de un derecho particular y concreto. El texto autorizó en el derecho positivo, el restablecimiento del derecho por un acto administrativo general.

El Consejo de Estado, ha comparado las dos acciones<sup>51</sup>, de la nulidad simple y la nulidad con restablecimiento<sup>52</sup> y en forma reiterativa, se ha pronunciado la Sección Primera del Consejo de Estado en recientes providencias<sup>53</sup>.

#### 4.3. MCNRD, EL RESTABLECIMIENTO

Recordemos que la justicia administrativa es rogada, el Juez no puede hacer concesiones graciosas u oficiosas. Si el actor no lo pide en la demanda y lo prueba en el proceso, el juez no puede decretarlas, porque estaría haciendo, *contra legem*, concesiones ultra o extra petita.

En ocasiones el restablecimiento del derecho es automático<sup>54</sup> y opera con la sola nulidad del acto administrativo. Pero sobre los eventuales perjuicios, debe haber claridad en el petitum, en el acerbo probatorio, y en la argumentación del trámite procesal.

<sup>51</sup> Los actualmente denominados medios de control, en el CPACA, (ley 1437 de 2011) se denominaban “acciones” en el Código Contencioso Administrativo (CCA) Decreto 1 de 1984.

<sup>52</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 4 de marzo de 2003, Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola. Radicación 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030).

<sup>53</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de enero de 2018, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez. Radicación 25000-23-24-000-2006-01027-01.

<sup>54</sup> República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, sentencia de 4 de febrero de 2021, Radicación 11001-03-24-000-2019-00293-00, Actor: UARIV. Demandado: UARIV.

La fuente del daño debe surgir claramente de la expedición del acto anulado, y esto debe demostrarse.

También debe acreditarse el perjuicio. Si se demuestra probatoria y argumentalmente en el proceso, puede suceder que el juez declare la nulidad del acto pero no acceda a reconocer los perjuicios, con lo cual el proceso, posiblemente se ha tramitado en vano.

#### 4.3.1. *Condena en abstracto*

Ahora bien, es posible que el Juez condene en abstracto<sup>55</sup>, caso en el cual,

“se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro 60 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación”.

De igual forma, “Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en el CGP”.

#### 4.3.2. *Restablecimiento concreto*

A manera de ejemplo se traen diferentes providencias por las cuales luego de acceder a la nulidad, se ordena el restablecimiento de varias formas:

4.3.2.1. *Restablecimiento automático*<sup>56</sup>. De la sola declaratoria de nulidad deriva el restablecimiento.

<sup>55</sup> Artículo 193 CPACA.

<sup>56</sup> República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, sentencia de

4.3.2.2. *Que se declare que no debe y si pagó que se le restituya.* El restablecimiento puede consistir en una declaración judicial de que el demandante no está obligado a pagar una multa, y que, si se ha visto compelido a pagar, se ordene su reintegro con los correspondientes rendimientos financieros<sup>57</sup>.

4.3.2.3. *Que se anule el avalúo y se ordene pagar el valor del inmueble conforme al método de comparación o de mercado*<sup>58</sup> y<sup>59</sup>,

4.3.2.4. Restablecimiento derivado de la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto de fecha (...), derivado del silencio administrativo positivo, frente al recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución (...), según lo solicitado en la demanda de reconvención, por las razones expuestas en esta sentencia. Como consecuencia de la anterior decisión, a título de restablecimiento del derecho, declarar que la Resolución (...) tiene plenos efectos jurídicos y por ende (...) SA, sí está obligado a pagar el impuesto de alumbrado público para el período (...) por lo expuesto en la sentencia.

## 5. ASPECTOS PROCESALES COMUNES DEL MCNRD

### 5.1. LEGITIMACIÓN

Capacidad y representación para comparecer a los procesos iniciados por el MCNRD.

Para ejercer, por activa o pasiva, el referido medio de control, se requiere tener capacidad y estar debidamente representado para hacerlo. Veamos,

---

4 de febrero de 2021, Radicación 11001-03-24-000-2019-00293-00, Actor: UARIV. Demandado: UARIV

<sup>57</sup> República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de agosto de 2014, Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, Radicación 25000-23-24-000-2008-00369-01, Actor: Gas País SA y Cía. SCA ESP Demandado: Nación – Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente Guillermo Vargas Ayala, sentencia 26 de septiembre de 2013, radicación 63001 2331 000 2007 00025 01.

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera Ponente, María Claudia Rojas Lasso. 28 de agosto de 2014.

5.1.1. *Entidades públicas.*- Para efectos procesales, las partes de la litis contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho, son por regla general, una o varias *personas jurídica pública, o entidades públicas* cuya identificación y representación están determinadas en el CPACA<sup>60 y 61</sup>.

La *capacidad* de comparecencia procesal la ley dispone que, “Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados”<sup>62</sup>.

Dichas “entidad, órgano u organismo estatal estará *representada*, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho”.

“En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto”.

“En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo 2° de la ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República”.

---

<sup>60</sup> República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de Octubre 29 de 2020, Consejero ponente: Milton Chaves García, Radicación 50001-23-33-000-2016-00916-01 (24365), sobre Capacidad.

<sup>61</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 159.

<sup>62</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 159.

“Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor”<sup>63</sup>.

“El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la Rama *Legislativa*; y el Director Ejecutivo de Administración Judicial la representa en cuanto se relacione con la *Rama Judicial*, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación”.

Llamo la atención sobre el hecho de que, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ANDJE<sup>64</sup>, puede actuar como parte o como interviniente, en cualquier proceso, entre otros, en aquellos asuntos donde sea parte una entidad pública<sup>65</sup>, que se tramite ante cualquier jurisdicción y en cualquier estado del proceso. “Cuando la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado actúe como *interviniente* tendrá las mismas facultades atribuidas legalmente a la entidad o entidades públicas vinculadas como parte en el respectivo proceso y en especial las siguientes (...)”<sup>66</sup>.

De igual forma, el Ministerio Público ejercido bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación<sup>67</sup>, puede intervenir, en este caso, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en general y en particular en los procesos de nulidad con restablecimiento. “El Ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá

<sup>63</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 159.

<sup>64</sup> Colombia, Presidencia de la República, Decreto ley 4085 de 2011.

<sup>65</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1564 de 2011, (Código General del Proceso- CGP) Numeral 1., Numeral 2., del artículo. 610 del CGP.

<sup>66</sup> a) Proponer excepciones previas y de mérito, coadyuvar u oponerse a la demanda.  
b) Aportar y solicitar la práctica de pruebas e intervenir en su práctica.  
c) Interponer recursos ordinarios y extraordinarios.  
d) Recurrir las providencias que aprueben acuerdos conciliatorios o que terminen el proceso por cualquier causa.  
e) Solicitar la práctica de medidas cautelares o solicitar el levantamiento de las mismas, sin necesidad de prestar caución.

(...)”

<sup>67</sup> Colombia, Constitución Política., 1991, Artículos 275 y ss.

intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales”<sup>68</sup>.

La Procuraduría como Ministerio Público, tiene además ciertas atribuciones especiales relevantes, en este estudio: Puede, de oficio, solicitar, la vinculación al proceso de los servidores o ex servidores públicos, que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la presentación de demandas que pretendan la reparación patrimonial a cargo de cualquier entidad pública; pedir que se declare la nulidad de actos administrativos; y como ya vimos, adelantar las conciliaciones prejudiciales o extrajudiciales.

*5.1.2. Personas que, con las entidades públicas, pueden comparecer a los procesos iniciados por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.-*

*5.1.2.1. Naturales o físicas.* Personas como lo define el Código Civil Colombiano, son “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición...”<sup>69</sup>, agrega el mismo texto legal que, “La existencia legal de toda persona principia al nacer, ... “esto es, al separarse completamente de su madre”<sup>70</sup>... y “termina con la muerte”<sup>71</sup>. Estas es la definición de persona y este es el periodo de vida, entre su nacimiento y muerte, dentro del cual ejercerá su capacidad legal como sujeto de derechos y obligaciones.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”<sup>72</sup>.

*5.1.2.1.1. Menores.* Si se trata de menores de edad, el Código Civil otorga la patria potestad a los padres del niño<sup>73</sup>. Y respecto

<sup>68</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 300 a 303.

<sup>69</sup> Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 74.

<sup>70</sup> Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 90.

<sup>71</sup> Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 94.

<sup>72</sup> Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 90.

<sup>73</sup> Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículos 306 y 1504.

a los hijos adolescentes no emancipados, y “en determinados casos el legislador ha ampliado la iniciativa de protección a personas distintas de los padres, sin negar el legítimo derecho de representación que a éstos les corresponde, con el propósito de hacer efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así, por ejemplo, la ley 1098 de 2006 dispone en su artículo 11 que, exceptuando las normas procesales sobre legitimidad en la causa para incoar acciones judiciales o procedimientos administrativos a favor de menores de edad, “cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”. Igualmente, en el proceso de filiación regulado por la ley 75 de 1968, se reconoce en el artículo 13 capacidad procesal además de los padres, a la persona natural o jurídica que haya velado por la asistencia y protección del menor, así como al defensor de familia y al Ministerio Público. Tales disposiciones encuentran su fundamento en el artículo 44 de la Carta Política, que al referirse a los derechos fundamentales de los niños y su carácter prevalente en el orden jurídico, dispone que es obligación de la familia, la sociedad y el Estado, asistir y proteger al niño, por lo que: “Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de sus infractores”<sup>74</sup>.

5.1.2.1.2. *Mayores*. Por su parte, las personas mayores <sup>75</sup>, se identifican con la cédula de ciudadanía, que es el medio legal de prueba, y pueden actuar por si mismas y, si es del caso, decidir sobre el derecho de postulación en los casos de ley.

Es importante precisar que los términos, persona (física) y ciudadano, no son sinónimos. Este es un error en el que, con reiterada frecuencia, se incurre.

Persona es un término universal que ya quedó explicado, que se adquiere por el solo hecho de nacer, hecho del que se derivan derechos y obligaciones civiles. Mientras que, ciudadano es la calidad política que tiene una persona con un

<sup>74</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia T- 234 del veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017), Magistrada Ponente la Dra. María Victoria Calle Correa.

<sup>75</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 27 de 1977.- “Artículo 1º. Para todos los efectos legales, llamase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años”.

Estado. Como el derecho a elegir o ser elegido, a ocupar cargos públicos, etc.

5.1.2.2. *Personas jurídicas.* Persona jurídica, es una ficción legal, que resulta de considerar como persona, sujeto de derechos y obligaciones, a una entidad conformada por la asociación de varias personas naturales, o de varias personas naturales y/o jurídicas, que se considera diferente a sus constituyentes. Estas personas pueden ser privadas, públicas, canónicas, internacionales, con o sin ánimo de lucro, etc.

Para los efectos del estudio, cualquier persona podría ser extremo en la el medio de control acreditando su constitución con el instrumento adecuado, y a través de su representante o apoderado.

## 5.2. REQUISITOS PREJUDICIALES.

En algunos casos la ley colombiana ordena, como requisito de procedibilidad, que antes de presentar la demanda y so pena de inadmisión se realice un intento de conciliación prejudicial entre las partes<sup>76</sup>. Para el caso de este medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es obligatorio. Se surte ante las Procuradurías Judiciales para Asuntos Administrativos bajo la coordinación de la Procuraduría Delegada para la Conciliación<sup>77 y 78</sup>.

Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular (simple nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho) se deberán haber ejercido y agotado previamente, los recursos que, de acuerdo con la ley, fueren procedentes<sup>79</sup>. Esto es que se haya agotado la vía administrativa, y que el acto esté en firme y debidamente ejecutoriado<sup>80</sup>. O que se esté ante un acto

<sup>76</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 161.

<sup>77</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1367 de 2009.

<sup>78</sup> [https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-Delegada\\_para\\_la\\_Conciliacion\\_Administrativa.page3,51 p.m](https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-Delegada_para_la_Conciliacion_Administrativa.page3,51 p.m).

<sup>79</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo – CPACA, Parte Primera, Título III, capítulos sexto, séptimo, octavo y noveno.

<sup>80</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA), Numeral 2 del artículo 161.

ficto o presunto<sup>81</sup>, (artículo 161 CPACA), caso en el cual el silencio negativo exime del cumplimiento del requisito de procedibilidad y se podrá demandar directamente el acto presunto.

Cuando se trate de actos administrativos de carácter general que por regla general no son conciliables; salvo que se trate de uno de los casos de restablecimiento particular por la expedición de un acto general de los conocidos jurisprudenciales como móviles y finalidades, (art. 138 inciso 2 del CPACA).

Por el contrario, no será necesario agotar el requisito de procedibilidad, para interponer demandas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Cuando quien demande el acto administrativo, sea una entidad pública, así esté demandando un acto propio en acción de lesividad; en los procesos en los cuales el demandante solicite el decreto previo de medidas cautelares de carácter patrimonial; Tampoco es exigible el requisito, cuando, las autoridades administrativas no hubieran dado al interesado, oportunidad de interponer los recursos procedentes.

Es presupuesto de este medio de control, la obvia existencia de un acto administrativo, así se trate de uno ficto o presunto, del cual precisamente se busca su nulidad<sup>82</sup>.

El acto administrativo deberá ser expedido regularmente, por la autoridad competente, (pública o privada en ejercicio de funciones públicas) con fundamento en las normas pertinentes, en que deba fundarse, observando siempre el derecho de audiencia y defensa, motivación cuyos motivos y decisiones sean congruentes entre sí, y con fines administrativos rectos es decir, sin utilizar la autoridad con fines distintos de los previstos en las normas. Por eso dispone el artículo 137 del CPACA, que, “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de su representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general” y procederá cuando los actos administrativos hayan sido expedidos:

<sup>81</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 161.

<sup>82</sup> República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 22 de octubre de 2020 Consejero ponente (E): Julio Roberto Piza Rodríguez, Radicación número: 50001-23-31-000-2011-00022-01(23845). Actor: Ecopetrol S.A., Demandado: Municipio de Acacias.

1) Con infracción de las normas en que deberían fundarse, o 2) Sin competencia, o 3) En forma irregular, o 4) Con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o 5) mediante falsa motivación, o 6) Con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

## 6. DEMANDA

### 6.1. OBJETIVO DUAL

Es indispensable tener presente que, en el MCNRD, en la misma demanda, se pretenden dos objetivos, distintos, claramente, diferenciados entre sí, de una parte, la *nulidad del acto administrativo* y de otra el *restablecimiento del derecho y la eventual indemnización de perjuicios*, que deben ser, en cada caso, presentadas, analizadas y probadas con independencia, -en las etapas del proceso- atendiendo las correspondientes causales, medios probatorios y argumentaciones jurídicas, porque concurren con su propia dinámica, al éxito o fracaso del proceso.

### 6.2. PROCEDIBILIDAD

La demanda en ejercicio del MCNRD, debe cumplir con los requisitos de procedibilidad, previos a su presentación<sup>83</sup>, contener la información exigida en el CPACA, con los anexos propios del libelo de demanda<sup>84</sup>, ser presentada por escrito en oportunidad<sup>85</sup>, y en caso de vacíos, se deben aplicar, por remisión expresa del CPACA, las normas pertinentes de del Código General del Proceso<sup>86</sup>, compatibles con el proceso Contencioso Administrativo.

### 6.3. PRESENTACIÓN

La demanda del MCNRD, se deberá dirigir y hacer llegar, oportunamente, por uno de los medios autorizados por la ley,

<sup>83</sup> Artículo 161 del CPACA.

<sup>84</sup> Artículo 166 del CPACA.

<sup>85</sup> Artículo 164 del CPACA.

<sup>86</sup> Código General del Proceso (CGP) ley 1564 de 2012. artículo 306.

físico o electrónico, al juez competente, de conformidad con la determinación de competencias, previsto en el CPACA<sup>87</sup>.

Aunque se habla “del sistema oralidad”, la mayor parte del trámite se desarrolla por escrito, lo que se ha acentuado en las Corporaciones en los últimos tiempos (demanda, traslado, contestación, excepciones, pruebas, y la audiencia de alegaciones se ha reemplazado por un escrito final y las providencias correspondientes de admisiones, traslados y la sentencia.

#### 6.4. REQUISITOS PROCESALES

La demanda debe cumplir, en síntesis, con los siguientes requisitos procesales<sup>88</sup>.

6.4.1. *Las pretensiones* indicando con claridad y en forma separada, el acto administrativo cuya nulidad se demanda, y por separado otra u otras pretensiones con la o las reparaciones e indemnizaciones solicitadas.

Se subraya que las pretensiones deben ser claras en solicitar la nulidad del acto administrativo, por haber incurrido en una o varias de las causales de nulidad, y como consecuencia las pretensiones de restablecimiento del derecho. Las pretensiones deben estructurarse en la demanda y defenderse en el proceso buscando anular el acto acusado y acreditar el daño, los perjuicios y la causalidad entre estos, De lo contrario, el juez, podrá eventualmente declarar la nulidad sin acceder al restablecimiento pedido.

6.4.2. En las demandas que sean iniciadas en ejercicio del MCN-RD, podrán *acumularse pretensiones* de nulidad, de nulidad y de *restablecimiento del derecho*, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos<sup>89</sup>:

- i. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer

<sup>87</sup> Arts. 149, numerales 2, 9; art 151, numerales 1,2, 8, 152,

<sup>88</sup> Arts. 162 ss. CPACA.

<sup>89</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículos concordantes, 165.

de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

- ii. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
  - iii. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.
  - iv. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.
- 6.4.3. *Los hechos* y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
- 6.4.4. *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.
- 6.4.5. *La petición de las pruebas* que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.
- 6.4.6. *La estimación razonada de la cuantía*, cuando sea necesaria para determinar la competencia. Y el juramento estimatorio.
- 6.4.7. Señalar el lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las *notificaciones* personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica.
- 6.4.8. También, se deben anexar a la demanda, los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante, en especial los relativos a demostrar los perjuicios solicitados en la demanda, porque es la oportunidad para aportarlos al proceso, así como los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho.
- 6.4.9. El documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título.
- 6.4.10. La prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado. Cuando se trate de personas de derecho público que intervengan en el pro-

ceso, la prueba de su existencia y representación, salvo en relación con la Nación, los departamentos y los municipios y las demás entidades creadas por la Constitución y la ley.

- 6.4.11. Además, adjuntar copia íntegra de la demanda y sus anexos al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, e incluso por elegancia iuris, al demandado salvo que en la demanda, se esté pidiendo el decreto de medidas cautelares.
- 6.4.12. *Medidas cautelares en el MCNRD.* Es importante estudiar este punto porque el actual sistema cautelar permite solicitar y adoptar, con la demanda o en cualquier etapa del proceso, medidas cautelares, en forma simultánea, alternativa o subsecuente, para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, tanto en el aspecto de *nulidad* como en la *restablecimiento del derecho* sin que ello signifique prejuzgamiento- decretar, en providencia motivada, una o varias medidas cautelares, *preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión –u otras–* que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia<sup>90</sup>:

6.5. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO<sup>91</sup>. LA DEMANDA DEBERÁ SER PRESENTADA

“(…)

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

c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso;

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término

<sup>90</sup> Nota.- Resumen del capítulo de “Medidas Cautelares en el CPACA” escrito por Guillermo Vargas Ayala, en el libro “Derecho Procesal Administrativo Modernización del Estado y Territorio”. Editorial Ibáñez – Sala de Consulta y Servicio Civil y AIDA (2014). Y aplicado aquí al MCNRD.

<sup>91</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículos concordantes, 138 y 161.

de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

e) Cuando se pretenda la nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos de adjudicación de baldíos proferidos por la autoridad agraria correspondiente, la demanda deberá presentarse en el término de dos (2) años, siguientes a su ejecutoria o desde su publicación en el *Diario Oficial*, según el caso. Para los terceros, el término para demandar se contará a partir del día siguiente de la inscripción del acto en la respectiva Oficina de Instrumentos Públicos”.

Una persona jurídica en liquidación, tiene derecho a presentar una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, hasta la inscripción de la cuenta final de la liquidación en el registro mercantil, momento en el que se extingue su capacidad jurídica:

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido:

“En cuanto a la capacidad de las personas jurídicas para ser parte en el proceso, esta Sección precisó que este atributo se conserva hasta que se liquide la entidad y se inscriba en el registro mercantil la cuenta final de su liquidación, en los siguientes términos: “...la capacidad para actuar se extingue con la inscripción de la cuenta final de la liquidación en el registro mercantil y, a partir de ese momento, las personas jurídicas desaparecen del mundo jurídico, no pueden ser sujeto de derechos y obligaciones, y no pueden ser parte de un proceso” [Se destaca]. Lo anterior permite afirmar que las personas jurídicas conservan su capacidad procesal para ser parte mientras existan, esto es, desde su constitución legal hasta el momento de su liquidación y que la cuenta final presentada por el liquidador quede inscrita en el registro mercantil. Registrada la liquidación, la sociedad deja de ser sujeto de derechos y obligaciones, por ende, no puede ser parte en un proceso”<sup>92</sup>.

<sup>92</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, Radicación 50001-23-33-000-2016-00916-01 (24365), sentencia de Octubre 29 de 2020, Actor: ONG Esperanza en liquidación (ONG - Esperanza liquidada), Demandado: DIAN.

## 7. TRÁMITE DE LA DEMANDA

Aspectos a destacar son:

### 7.1. ORALIDAD

Aunque se habla de la oralidad, el trámite es mixto, e inclusive marcadamente escrito.

### 7.2. RECONVENCIÓN

El demandado puede proponer la reconvencción<sup>93</sup>. Cuando este último es una entidad pública, parecería que no contrademandaría su propio acto. Pero no es así. Resulta más frecuente de lo pensado que la entidad, demande los actos fictos o presuntos especialmente en materia tributaria<sup>94</sup>.

### 7.3. VACÍOS NORMATIVOS

Son aplicables al MCNRD, las normas generales de todos los procesos administrativos en cuanto al Trámite para el caso de falta de jurisdicción o competencia del juez, rechazo de la demanda, admisión de la demanda, traslado de la demanda, reforma, retiro, contestación, allanamiento a la demanda, reconvencción y desistimiento tácito<sup>95</sup>.

### 7.4. INTERVENCIÓN DE TERCEROS

También es posible la intervención de terceros en el proceso del MCNRD. En efecto, el CPACA lo autoriza en los procesos con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, que desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se

<sup>93</sup> Artículo 177 CPACA.

<sup>94</sup> República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 22 de octubre de 2020 Consejero ponente (E): Julio Roberto Piza Rodríguez, Radicación número: 50001-23-31-000-2011-00022-01(23845). Actor: Ecopetrol S.A., Demandado: Municipio de Acacias.

<sup>95</sup> Arts. 168 ss del CPACA.

profiera el auto que fije fecha para la realización de la audiencia inicial, cualquier persona con tenga interés directo, pida que se la tenga como coadyuvante o impugnador, litisconsorte o como interviniente *ad excludendum*<sup>96</sup>.

## 7.5. RECURSOS

Contra las providencias (autos y sentencias) proferidas en el trámite del proceso iniciado con el MCNRD, proceden, por regla general, los recursos ordinarios (Reposición artículo 242 CPACA y Apelación, artículo 243 CPACA) y extraordinarios Revisión (artículo 248 CPACA) que deberán ser interpuestos ante las autoridades señaladas en el CPACA, en la oportunidad y términos allí establecidos, o en su defecto, por remisión a las normas pertinentes de del Código General del Proceso <sup>97</sup>.

## 7.6. ETAPAS DEL PROCESO

El proceso para adelantar y decidir el proceso de MCNRD se desarrollará en las siguientes etapas<sup>98</sup>, en las cuales se llevarán simultáneamente, la nulidad y el restablecimiento.

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

Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la segunda etapa y procederá a dictar la sentencia dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión.

<sup>96</sup> Artículo 224 CPACA.

<sup>97</sup> Código General del Proceso (CGP) ley 1564 de 2012. Artículo 306.

<sup>98</sup> Artículo 179 CPACA.

## 7.7. PRUEBAS

Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en el CPACA<sup>99</sup>. *Recalco que se deben enfocar, las pruebas pertinentes a demostrar la nulidad y otras a estructurar la el restablecimiento y el pago de perjuicios.*

## 8. SENTENCIA

8.1. Por regla general, y de conformidad con el reglamento de la Corporación, la dirección del asunto corresponderá, por reparto, a uno de los consejeros de la sección que por especialidad le corresponda, y será esta sección en nombre de la Corporación la que decidirá el asunto profiriendo la providencia respectiva. Pero excepcionalmente, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de un MCNRD pendiente de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público, para dictar sentencias de unificación jurisprudencial<sup>100</sup>.

8.2. La sentencia deberá resolver sobre las pretensiones de nulidad y si se acceda a ella, conceder, o eventualmente negar, el restablecimiento del derecho, determinar la consecuente condena de perjuicios, en concreto o en abstracto.

8.3. La ejecutoria está sometida a los requisitos generales del CPACA CGP.

Pero vale la pena mencionar que una sentencia de MCNRD, puede ser reestudiada, en los casos, por los motivos, y en la oportunidad establecida recurso extraordinario de *Revisión*<sup>101</sup>, y de tutela.

<sup>99</sup> Art 212 CPACA.

<sup>100</sup> Artículo 271 CPACA.

<sup>101</sup> Artículo 248 ss. Del CPACA.

8.4. En el ordenamiento jurídico colombiano, está consagrado en la Constitución y regulado el amparo de *tutela*. Este responde al pensamiento liberal, de acuerdo con el cual hay derechos y garantías, (derechos humanos) anteriores y superiores a la persona humana, que aunque no estén escritos se entienden incorporados al derecho positivo (derechos fundamentales) y son acogidos y amparados por el orden internacional. Es decir, a un derecho no escrito de principios fundamentales supra-constitucionales, que en Colombia se le asigna un conocimiento inmediato, preferente y sumario a los jueces constitucionales -y todo juez lo es-. Y, este por sobre el derecho positivo, puede enervar la aplicación de las normas jurídicas y hasta de las providencias judiciales. Así, con base en una providencia de tutela, de protección de derechos fundamentales, una decisión judicial proferida por un juez en un MCNRD, puede ser enervada por un juez constitucional<sup>102</sup>.

## 9. CONCLUSIONES

Al Consejo de Estado, organismo judicial y consultivo, Tribunal judicial supremo de la Justicia Contencioso Administrativa en Colombia, una de las Altas Cortes judiciales colombianas.

En Colombia el estudio y decisión judicial de la acciones contencioso administrativas ha sido asignado constitucional<sup>103</sup> y legalmente<sup>104</sup>, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a cuya cabeza está el Consejo de Estado<sup>105</sup>. A esta Corporación le compete, en única o en segunda instancia, de acuerdo con la Constitución y el CPACA, atender las demandas iniciadas por los diferentes medios de control, entre ellos el de *nulidad y restablecimiento del derecho*.

A través del estudio de su jurisprudencia, se ha tratado de demostrar en este escrito, la importancia judicial en Colombia de esta figura mixta, que busca simultáneamente dos objetivos distintos, claramente diferenciados entre sí, de una parte, la *nulidad*

<sup>102</sup> Decreto ley 2591 de 1991.

<sup>103</sup> Artículo 237 numeral 1º Constitución Política de Colombia, 1991.

<sup>104</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. CPACA.

<sup>105</sup> Junto con la Corte Constitucional y a Corte Suprema de Justicia.

del acto administrativo, (Se ha visto cuales son actos administrativos demandables y cuales no) y de otra el *restablecimiento del derecho* y la eventual indemnización de perjuicios, (debe pedirse con claridad en la demanda y demostrarse en el proceso), hemos observado los aspectos relevantes del *trámite procesal* y lo más importante, la conclusión: Debe haber una correspondencia procesal de estas figuras que, deben ir de la mano, porque necesitan ser, en cada caso, presentadas, analizadas y probadas –en las etapas del proceso– atendiendo las respectivas causales, medios probatorios y argumentaciones jurídicas, dado que concurren con su propia dinámica, al éxito o al fracaso del proceso o de las pretensiones.

De no hacerlo en forma coordinada y congruente, se puede llegar a la declaratoria de nulidad del acto acusado sin ningún restablecimiento.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

Código Contencioso Administrativo (Decreto ley 01 de 1984)

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Código General del Proceso (CGP) ley 1564 de 2012, artículo 306.

Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 633.

Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 633.

Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículos 306 y 1504.

Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 74.

Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 90.

Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 90.

Colombia, Congreso de la República, Código Civil, artículo 94.

Colombia, Congreso de la República, ley 1367 de 2009.

Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011 (CPACA), artículo 135.

Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA), artículo 137.

Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA), artículo 139.

Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA), artículo 138

- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 140.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA), Art 103 inciso segundo.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA), Art 103 Inciso primero.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 136.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 159.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 159.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 159.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 300 a 303.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 161.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo – CPACA, Parte Primera, Título III, capítulos sexto, séptimo, octavo y noveno.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA), Numeral 2 del art 161.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículo 161.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículos concordantes, 165.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, (Código Contencioso Administrativo - CPACA) artículos concordantes, 138 y 161.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1564 de 2011, (Código General del Proceso–CGP) Numeral 1., Numeral 2., del artículo 610 del CGP.
- Colombia, Congreso de la República, ley 27 de 1977.- *“Artículo 1º. Para todos los efectos legales, llamase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años”.*
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de Octubre 29 de 2020, Consejero ponente: Milton Chaves García, Radicación 50001-23-33-000-2016-00916-01 (24365).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección “B” Consejero ponente: Danilo Rojas Bethancourt,

sentencia de 9 de diciembre de 2011 Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00030-01(20410) Actor: Mario Pineda B., Demandado: Departamento de Caldas.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, sentencia del 3 de julio de 2014, Rad. No. 05001 23 31 000 2000 02324 01.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso, sentencia del 29 de agosto de 2013, Rad. No. Expediente 11001032600020050003800.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de octubre 29 de 2020, Consejero ponente: Milton Chaves García, Radicación 50001-23-33-000-2016-00916-01 (24365).

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 4 de marzo de 2003, Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola. Radicación 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030)

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de enero de 2018, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez. Radicación 25000-23-24-000-2006-01027-01.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, Radicación 50001-23-33-000-2016-00916-01 (24365), sentencia de octubre 29 de 2020, Actor: ONG Esperanza en liquidación (ONG - Esperanza liquidada), Demandado: DIAN.

Colombia, Constitución Política 1991, arts. 275 y ss.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T- 234 del veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017), Magistrada Ponente la Dra. María Victoria Calle Correa.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto ley 4085 de 2011.

Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991. Artículo 237 numeral 1º.

Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992.

Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera Ponente, María Claudia Rojas Lasso. 28 de agosto de 2014.

Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente Guillermo Vargas Ayala, sentencia 26 de septiembre de 2013, radicación 63001 2331 000 2007 00025 01.

Decreto ley 2591 de 1991

MEJÍA ARANGO, Lázaro. *Los radicales. Historia política del radicalismo del siglo XIX*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de noviembre de 2014,

–cambio de jurisprudencia–, Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, Radicación 05001-23-33-000-2012-00533-01

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, sentencia de 4 de febrero de 2021, Radicación 11001-03-24-000-2019-00293-00, Actor: UARIV. Demandado: UARIV

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, sentencia de 4 de febrero de 2021, Radicación 11001-03-24-000-2019-00293-00, Actor: UARIV. Demandado: UARIV

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de agosto de 2014, Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, Radicación 25000-23-24-000-2008-00369-01, Actor: Gas País SA y Cía. SCA ESP Demandado: Nación–Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de octubre 29 de 2020, Consejero ponente: Milton Chaves García, Radicación 50001-23-33-000-2016-00916-01 (24365), sobre Capacidad.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 22 de octubre de 2020 Consejero ponente (E): Julio Roberto Piza Rodríguez, Radicación número: 50001-23-31-000-2011-00022-01(23845), Actor: Ecopetrol S.A., Demandado: Municipio de Acacías.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 22 de octubre de 2020 Consejero ponente (E): Julio Roberto Piza Rodríguez, Radicación número: 50001-23-31-000-2011-00022-01(23845), Actor: Ecopetrol S.A., Demandado: Municipio de Acacías.

VARGAS AYALA, Guillermo. “Medidas Cautelares en el CPACA”. En: *Derecho Procesal Administrativo Modernización del Estado y Territorio*. Editorial Ibáñez–Sala de Consulta y Servicio Civil y AIDA, 2014.

VARGAS AYALA, Guillermo. “Del Absolutismo del príncipe a la esclavitud del gobernante”. En: *100 Años - Jurisdicción Contencioso Administrativo. Justificación, retos y aportes al derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

# CAPÍTULO III

## EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

CLAUDIA DANGOND GIBSONE\*

**Sumario:** 1. ORIGEN DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. 2. MARCO JURÍDICO DEL CONTROL DUAL O BIFURCADO DE CONSTITUCIONALIDAD. 3. CONCEPTO DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. 4. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. 5. EL DEBATE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA. 5.1. ELEMENTOS PARA COMPRENDER LAS DISTINTAS POSICIONES. 5.2. EL DEBATE EN MEDIO DE LA PANDEMIA. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. ORIGEN DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

El Consejo de Estado fue creado con el nombre de “Consejo Provisional de Estado” mediante decreto expedido el 30 de octubre de 1817 por Simón Bolívar, jefe supremo de la República de Venezuela y Capitán General de sus ejércitos y de los de la Nueva Granada<sup>1</sup>, quien era un admirador y estudioso de la institucionalidad francesa que contaba, desde 1799 con el Consejo de Estado establecido por Napoleón Bonaparte.

---

\* Abogada constitucionalista. Profesora universitaria y ex decana Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana. Analista en temas de política nacional e internacional.

<sup>1</sup> OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *La Jurisdicción Contencioso Administrativa Colombiana. Homenaje en su 95 aniversario*. Universidad de la Sabana, Chía, Colombia, p. 2. En: <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/28974/Jurisdicci%C3%B3n%20CCA%20en%20Colombia%20ACJ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Aunque en sus orígenes no tuvo funciones jurisdiccionales como la de velar por la legalidad y menos la constitucionalidad de actuaciones administrativas, sino más bien funciones de carácter legislativo y consultivas, fue suprimido en la Constitución de 1843 y sólo reaparece en la Constitución de 1886 retomando sus funciones consultivas y legislativas pero también con la competencia de “decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si la ley establece esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación”, caso en el cual “El Consejo tendrá una sección de lo contencioso-administrativo con un Fiscal, que serán creados por la ley” (art. 141, num. 3, Constitución de 1886)<sup>2</sup>.

Desafortunadamente el título que se refería al Consejo de Estado fue derogado por la reforma Constitucional que se produjo durante el quinquenio del General Rafael Reyes y que se materializó mediante el Acto legislativo 10 de 1905, dejando sin piso nuevamente la institución del Consejo de Estado.

Con la reforma constitucional de 1910 (Acto Legislativo 3 del 31 de octubre), en el Título XV se volvió a mencionar la jurisdicción de lo contencioso administrativo, delegando en la ley la facultad de establecerla (artículo 42). Bajo el mismo título, en el artículo 41, se le confió a la Corte Suprema de Justicia “la guarda de la integridad de la Constitución”, confiriéndole la facultad de “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”<sup>3</sup>, consagrando así la acción pública de inconstitucionalidad y dando origen a la tesis de la supremacía de la Constitución y al control de constitucionalidad propiamente tal.

Así, la ley 130 de diciembre 13 de 1913<sup>4</sup>, que desarrolló el artículo 42 mencionado, señaló que “la jurisdicción contencioso-

---

<sup>2</sup> URIBE VARGAS, Diego. *Las Constituciones de Colombia. Historia-Crítica y textos*. Tomo II. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977, pp 998.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 1080.

<sup>4</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 130 de 1913. En: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1647792>

administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente ley” y estableció como una de las funciones del Tribunal Supremo la de conocer, en una sola instancia “de los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de los Ministros, que pongan fin a una actuación administrativa”, salvo las que tuvieren origen en contratos celebrado en nombre del Estado. Adicionalmente le confirió la facultad de revisar por razones de constitucionalidad, legalidad o por ser lesivos de los derechos civiles, los actos de Gobierno o de los Ministros que no sean de competencia de la Corte Suprema de Justicia (artículo 78).

De esta manera la jurisdicción de lo contencioso administrativo se consolidó como una jurisdicción independiente de la ordinaria, autónoma del poder ejecutivo, pero además con funciones de control constitucional.

Posteriormente, mediante el Acto Legislativo del 10 de septiembre de 1914, bajo la Presidencia del doctor José Vicente Concha, se revivió el Consejo de Estado y se le dio la calidad de Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo conforme a las reglas que señalara la ley (artículo 6, num. 3)<sup>5</sup>.

Con la ley 167 de 1941, sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa, se estableció la posibilidad de que se acusaran ante el Consejo de Estado, los decretos, resoluciones y otros actos de Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.

Ya en 1945, a través del Acto Legislativo 1 del 16 de febrero, se estableció que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo tendría la función de “conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales

---

<sup>5</sup> URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia. Historia-crítica y textos*. Tomo II, Madrid. Ediciones Cultura Hispánica, 1977, p. 1090.

11<sup>6</sup> y 12<sup>7</sup> del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución”<sup>8</sup> y se le atribuyó la facultad de “suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”<sup>9</sup>.

Lo anteriormente expuesto es muestra clara de cómo el control de constitucionalidad se configuraba en cabeza de dos órganos y de dos jurisdicciones, dando lugar al denominado control bifurcado o dual de constitucionalidad, lo que termina de moldearse con el Acto Legislativo No. 1 del 11 de diciembre de 1968, mediante el cual se modifica la competencia de la Corte Suprema de Justicia, se crea la Sala Constitucional de esa Corporación y se señala como función de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la de “conocer las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades” extraordinarias, la ley del Plan de Desarrollo, estado de sitio y estado de emergencia económica.

## 2. MARCO JURÍDICO DEL CONTROL DUAL O BIFURCADO DE CONSTITUCIONALIDAD

Actualmente, a pesar que el artículo 241 de la Carta Política actual señala que es la Corte Constitucional, creada en 1991, a la que le corresponde la “*guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*” (art. 241), el control de constitucionalidad no es una tarea que sólo comprometa, de manera exclusiva y excluyente a ese órgano. Es decir, recogiendo el proceso de construcción constitucional desde 1910, la Constitución de 1991 no estableció un control concentrado de constitucionalidad, como el que tienen Italia, Alemania o España que, acogiendo la tesis kelseniana,

<sup>6</sup> Se refiere a “conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional”.

<sup>7</sup> Se refiere a “revestir *pro tēmpore*, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”.

<sup>8</sup> artículo 41 del Acto Legislativo 1 de 1945. En: URIBE VARGAS, Diego. *Las Constituciones de Colombia. Historia-crítica y textos*. Tomo II. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977, p. 1136

<sup>9</sup> artículo 42 del Acto Legislativo 1 de 1945. En: URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia. Historia-crítica y textos*. Madrid. Ediciones Cultura Hispánica, 1977. Tomo II, p. 1136.

establecieron un tribunal constitucional como único garante de los postulados constitucionales.

En Colombia, aparte del máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, existen otros órganos y autoridades facultadas para realizar control de constitucionalidad. La propia Corte Constitucional ha expresado de la siguiente manera que se trata de un control difuso funcional: “Como bien es sabido, el control de constitucionalidad en Colombia se vio reforzado con la creación de la Corte Constitucional. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que nuestro país ha adoptado el llamado ‘control concentrado’ o austríaco, pues en realidad este sigue siendo de carácter difuso funcional”<sup>10</sup>.

De hecho, el control se ejerce por la Corte Constitucional que tiene la función de decidir sobre demandas de inconstitucionalidad promovidas por ciudadanos contra actos reformativos de la Constitución, contra las leyes o contra decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades otorgadas por el Congreso (art. 150, num. 10 y 341 C.N.) a través de la acción pública de inconstitucionalidad (control posterior y abstracto), así como sobre la constitucionalidad de convocatoria a referendos –para reformar la Constitución o las leyes– y asambleas constituyentes (control previo), sobre consultas populares y plebiscitos de orden nacional, sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos dictados por el Gobierno Nacional con fundamento en los estados de excepción, sobre los proyectos de ley objetados por el Gobierno Nacional por inconstitucionalidad, y sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban (control previo).

Así mismo, hay control de constitucionalidad a través de la acción de tutela que se puede interponer ante cualquier juez de la república que, cuando conoce de ellas actúa como juez constitucional; también a partir de la excepción de inconstitucionalidad que se da cuando servidores públicos y aún particulares, teniendo el deber de aplicar una norma jurídica la inaplican por considerar que es contraria a la Constitución (control difuso)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>11</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

De otra parte, la jurisdicción contencioso administrativa tiene competencia para realizar control constitucional de actos administrativos tales como ordenanzas, decretos expedidos por gobernadores, acuerdos, decretos promulgados por los alcaldes y resoluciones de autoridades de menor nivel jerárquico<sup>12</sup>, y, por supuesto, como se ha señalado, a través del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad que corresponde revisar al Consejo de Estado, máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa, ejerciendo así un control residual, posterior y abstracto.

Este modelo, que se mantiene hasta el día de hoy, ha tenido algunos críticos<sup>13</sup> que lo consideran desarticulado e incompleto, pero también defensores<sup>14</sup> que, al contrario, afirman que se trata de un sistema eficiente, avanzado y bien depurado.

En todo caso, lo relevante de este sistema es que a través del mismo se pretende hacer efectiva la supremacía constitucional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta que señala que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Es decir que toda ley, acto administrativo, decisión judicial y en general las actuaciones de los órganos del poder público, deben someterse y estar acordes con los postulados constitucionales<sup>15</sup>, incluido el artículo 93 de la Carta, a partir del cual, se entiende la figura del bloque de constitucionalidad<sup>16</sup>.

Así las cosas, si se consideran las competencias de los dos Altos Tribunales, uno de la jurisdicción constitucional y el segundo de la contencioso-administrativa, es pertinente afirmar que, en materia de control constitucional al primero le corresponde, por norma expresa, examinar y contrastar con la Constitución toda norma que

---

<sup>12</sup> Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011, artículo 137

<sup>13</sup> Cfr. BERNAL CANO, Natalia. *La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*, Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2017; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas constitucionales*. B, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978.

<sup>14</sup> GAONA CRUZ, Manuel. *Aspectos del control constitucional en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1984.

<sup>15</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>16</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995, C-578 de 1995, C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

tenga fuerza material de ley, mientras que el segundo, de manera residual, según el artículo 237, numeral 2 de la Carta Política, conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se interpongan contra los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

La ley 270 de 1996, estatutaria de la justicia, desarrolla esta disposición indicando en su artículo 49 que “El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Sobre el particular, la Corte Constitucional, al hacer la revisión previa de constitucionalidad de la ley Estatutaria fue enfática al afirmar que, aplicando el criterio orgánico, “la única entidad de la rama judicial que pertenece a la jurisdicción constitucional y que reviste el carácter de tribunal constitucional es la Corte Constitucional”, pero confirmó también que, en el marco del control bifurcado existente en Colombia, el Consejo de Estado, particularmente la Sala de lo Contencioso Administrativo, tiene competencia para conocer las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos proferidos por el Gobierno Nacional, siempre que no le corresponda su examen a la Corte Constitucional. En el mismo pronunciamiento la Corte determinó que no era procedente hacer un listado de actos sobre los cuales pudiera conocer el Consejo de Estado por motivos de inconstitucionalidad en la medida que ello podría constituir una limitación a lo expresado en el artículo 237, numeral 2, que se refiera a “todos los decretos dictados por el Gobierno Nacional” que no sean de competencia de la propia Corte.

En ese sentido, puede decirse con certeza que de lo que no conoce el Consejo de Estado por motivos de constitucionalidad es todo lo que está enumerado en el artículo 241 de la Carta Política.

Por tanto, de todos los demás decretos dictados por el Gobierno Nacional conoce el Consejo de Estado a través del medio control de nulidad por inconstitucionalidad cuando el mismo sea interpuesta por cualquier ciudadano esperando que tales actos sean confrontados directamente con la Carta Política.

Ejemplo de uno de los decretos sobre los cuales puede pronunciarse el máximo órgano de la jurisdicción contencioso

administrativa es el que expide el Gobierno Nacional para reglamentar lo previsto en el artículo 355 de la Carta Política<sup>17</sup>, tarea que le compete hacer sin que medie disposición legal pues la norma constitucional lo faculta directamente.

Es lo que sucedió también con el Decreto 1421 de 1993 (Estatuto de Bogotá), expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 41 transitorio de la Carta Política y sobre el cual efectivamente se presentaron varias demandas de nulidad por inconstitucionalidad.

Adicionalmente, la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–), señala:

“artículo 135. – NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional”.

Así mismo, estableció un procedimiento especial que debe adelantarse cuando se presenta una demanda de nulidad por inconstitucionalidad (art. 184).

Es importante señalar que, al igual que la acción pública de inconstitucionalidad, es pública y por tanto puede ser ejercida por cualquier ciudadano. La sentencia que acceda a la nulidad solicitada tendrá efectos *erga omnes* hacia futuro y será cosa

---

<sup>17</sup> Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Nacional, artículo 355 C.N.: Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo”.

juzgada, mientras que la niega sólo tendrá ese efecto respecto de la *causa petendi*. Debe advertirse que, por expresa disposición de la Corte Constitucional, la cosa juzgada que se predica de estas decisiones no tiene el carácter de ‘constitucional’ “por cuanto la calidad de ‘constitucionalidad’ únicamente está instituida, de manera orgánica y expresa, a los fallos que la Corte Constitucional profiera en ejercicio de su control jurisdiccional (inciso 1º. del art. 243 superior)”<sup>18</sup>, lo que no desacredita de ninguna manera el control residual que ejerce el Consejo de Estado.

### 3. CONCEPTO DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

A partir de las precisiones señaladas, se puede decir que el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad es un derecho que se confiere a los ciudadanos para que puedan acudir ante el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de demandar por vicios de inconstitucionalidad que se anulen los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, siempre que no sean de aquellos sobre los cuales tienen competencia la Corte Constitucional.

### 4. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

Como quedó dicho, este medio de control, como sucede con la acción pública de inconstitucionalidad, se consagra como un derecho en cabeza de los ciudadanos cuando consideren que un acto administrativo de carácter general dictado por el Gobierno Nacional o que por expresa disposición constitucional sea expedido por entidades u organismos distintos de éste, contraviene de manera directa la Norma Superior. Ejemplos de este tipo de disposiciones son los reglamentos de las altas cortes que son expedidos en desarrollo de un precepto constitucional, o los decretos reglamentarios y los que desarrollen directamente un

---

<sup>18</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

postulado superior como serían el Decreto único Reglamentario del Sector Justicia o del Sector Trabajo, o, como los recientemente decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en la emergencia sanitaria que declaró el Ministerio de Salud y Protección Social.

Debe destacarse cómo, con la presentación de la demanda, el actor puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo demandado, como medida cautelar, lo que deberá resolverse en el auto que admita la demanda.

El fallo que decida sobre la pretensión de nulidad el Consejo de Estado puede fundar la anulación del acto demandado en cualquier norma constitucional e incluso indicar lo que a su juicio conforma unidad normativa con otras demandas que declare nulas por inconstitucionales (art. 135 CPACA). La decisión tiene efectos hacia el futuro y hará tránsito a cosa juzgada simple –no constitucional– según lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-400 de 2013 ya reseñada.

## 5. EL DEBATE A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

### 5.1. ELEMENTOS PARA COMPRENDER LAS DISTINTAS POSICIONES

La existencia del control constitucional dual ha sido objeto de intensa y temprana discusión jurisprudencial, a pesar de que a la luz de las normas pudiera resultar claro por cuanto los decretos que corresponden al Consejo de Estado son de naturaleza administrativa mientras que los de la Corte Constitucional son legislativos. Ciertamente no ha sido un tema pacífico desde cuando la guarda de la integridad de la Carta Política la tenía la Corte Suprema de Justicia; tampoco lo es ahora, cuando es la Corte Constitucional el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional. La razón de ello estriba tal vez en que la propia Carta se refiere de manera genérica a los actos sobre los cuales debe conocer el Consejo de Estado a través del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad y a que, de alguna manera, la propia Corte Constitucional, a quien corresponde pronunciarse sobre los decretos con fuerza de ley, ha ido arrogándose competencia sobre actos que no están expresamente detallados en el artículo 241 superior.

Ahora bien, buena parte de la doctrina<sup>19</sup> ha elaborado una serie de criterios para distinguir cuándo un acto tiene la naturaleza de ley y cuándo debe considerarse un acto administrativo. En primer lugar, está el criterio orgánico que define el tipo de acto dependiendo de la autoridad que lo expida; en segundo término, el criterio formal que se refiere a los fundamentos jurídicos invocados en el acto y por último está el criterio material que indica que es la vocación de generalidad, permanencia o del sentido o efecto de la norma, lo que define la naturaleza del acto.

En general, la aplicación de los criterios expuestos debe priorizar, en primer término, la revisión sobre qué autoridad profiere el acto, en segundo lugar, verificar cuál es la justificación jurídica invocada y, en último término, por ser el más conflictivo, atender el criterio material solo si los dos primeros no son suficientes.

Así lo entendió la Corte Constitucional en sentencia proferida en 1999<sup>20</sup> cuando claramente señaló que la competencia del Consejo de Estado para hacer la revisión de constitucionalidad abstracta a la que se refiere el artículo 237, numeral 2, está referida a actos administrativos no sólo por el órgano de donde proceden (criterio orgánico), sino también por su forma (criterio formal) y, “en principio, por su contenido”, lo que incluye por supuesto no sólo los actos de gestión que son típicamente administrativos, a través del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad sino los de autoridad, cuyo contenido es político, a través de la nulidad simple (control de legalidad).

De esta manera se garantiza, como es el espíritu del constituyente, que no quede por fuera del control ningún acto y, en este sentido, prevalezca el Estado de Derecho y la supremacía constitucional.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional, aún suscribiendo la tesis según la cual deben aplicarse los criterios orgánico y formal, al revisar una demanda contra el artículo 135, inciso 2, de la ley 1437 de 2011, lo declaró condicionalmente exequible pues consideró que el mismo se ajusta a la Carta Política “pero entendiéndose

---

<sup>19</sup> Cfr. BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá: Editorial ABC, 2014; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Ed. Civitas, 1998.

<sup>20</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-506 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

que corresponde a la Corte Constitucional el conocimiento de los actos de carácter general *con contenido material de ley*, esto es, con virtualidad de modificar, subrogar o derogar la ley, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional". (cursivas fuera del texto original).

Lo anterior, según el mismo Tribunal, por cuanto "puede acontecer que el decreto o acto gubernamental no señale las facultades que le sirven como soporte, o sea impreciso, ambiguo o contenga varios fundamentos jurídicos, de modo que dificulte determinar la autoridad judicial a la cual le corresponde adelantar el control de constitucionalidad", razón por la cual, "por resultar insuficiente el criterio formal, debe acudir al criterio material, según el cual la naturaleza del decreto o acto determina la autoridad competente para asumir el juicio constitucional. De manera que si es una norma con fuerza o contenido material de ley, encuadrada en el artículo 241 superior, conocerá la Corte Constitucional, pero si concierne a una disposición que carece de magnitud legislativa, su examen atañerá al Consejo de Estado con fundamento en el artículo 237-2".

En la misma providencia, como se señaló atrás, e interpretando los artículos 242, 243 y 244 superiores concluyó que "no es posible trasladar los efectos de cosa juzgada constitucional al Consejo de Estado por carecer de la potestad de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional."

Bajo estas consideraciones la Corte declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 135 del CPACA, y contradiciendo su mismo razonamiento, privilegió la aplicación del criterio material, que, como señalado atrás, es el que genera más confusión y, como indica el ex consejero de Estado, doctor Jorge Octavio RAMÍREZ (2020), puede conducir a que el "control jurisdiccional, en vez de brindar certeza y seguridad," lleve a generar perturbación e ineficacia en una materia tan importante en un estado de derecho. El pronunciamiento no fue unánime. En efecto, hubo salvamentos y aclaraciones. Para el Magistrado Gabriel Mendoza, la exequibilidad del artículo 135 debió ser pura y simple, sin necesidad de que la Corte defendiera su competencia pues ese no era el objeto de estudio. Por su parte, el doctor Mauricio GONZÁLEZ anotó que, a su juicio, "si se parte de la concepción de un sistema

de control abstracto de constitucionalidad no concentrado, en el que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado comparten la función de control de constitucionalidad, en ambos casos, sus decisiones hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, sin que ello signifique que haya una prevalencia en la interpretación de las normas constitucionales realizadas en un caso concreto por el tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En esos casos esa primacía la tiene la interpretación autorizada de los preceptos constitucionales efectuada por la Corte Constitucional como órgano de cierre”.

Una interpretación como la presentada por la Corte Constitucional en la sentencia aludida es problemática y en nada contribuye a la consolidación del Estado de Derecho.

Por su parte, el Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre el particular. Una de las sentencias que ilustra la posición de este Tribunal data de 1996<sup>21</sup>, cuando haciendo una distinción entre los medios de control de nulidad y de nulidad por inconstitucionalidad, manifestó que con la primera el acto administrativo se contrastaba en vía directa con la ley y, eventualmente se podía establecer la relación mediata con la Constitución, mientras que con el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad lo que corresponde hacer al máximo órgano de la jurisdicción de lo Contencioso administrativo, es contrastar el acto acusado directamente con la norma superior, verificando que se trate de un decreto general, dictado por el Gobierno Nacional y cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional<sup>22</sup>.

Es importante mencionar que, entre los controles que realiza la jurisdicción de lo contenciosos administrativo está el que se denomina control inmediato de legalidad, figura establecida en el artículo 136 del CPACA, que se aplica a las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción. Es un control de legalidad ejercido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el lugar de expedición de

<sup>21</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de julio de 1996. Exp. S-612 (3367), C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

<sup>22</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 18 de enero de 2000. Exp. AI-046, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

tales actos si se trata de entidades territoriales o por el Consejo de Estado si ellos provienen de autoridades nacionales. Para que proceda dicho control, las autoridades que expidan los actos deben enviarlos a la autoridad judicial que corresponda, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su expedición y si ello no se hace, el juez competente aprehenderá de oficio su conocimiento. Es decir, al contrario de lo que sucede con el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad y con el de nulidad simple, la figura del control inmediato de legalidad no opera a partir de una demanda interpuesta por un ciudadano (en el primer caso) o por una persona (en el segundo caso).

## 5.2. EL DEBATE EN MEDIO DE LA PANDEMIA

La anterior aclaración resulta pertinente por cuanto, a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria por causa del Coronavirus –COVID-19– realizada por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional expidió varios decretos ordinarios impartiendo instrucciones precisas e invocando para ello las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el numeral 4 del artículo 189, los artículos 303 y 315 de la Carta Política y el artículo 199 de la ley 1801 de 2016, actos sobre los cuales se profundizó el debate en torno a qué órgano era el competente y a través de que medio, para ejercer el control de constitucionalidad y de legalidad. Es decir, fueron decretos ordinarios y no legislativos pues no se expidieron al amparo de Decreto 417 de 2020 mediante el cual se declaró la Emergencia Económica, Social y Ecológica, sino, como se mencionó atrás, invocando la declaratoria de emergencia sanitaria. Así las cosas, en lo que se refiere a los decretos que adoptaron las medidas de aislamiento preventivo obligatorio para preservar la salud pública, se limitaron la libre circulación por el territorio nacional y la libertad de reunión entre otros derechos, no se utilizaron las facultades extraordinarias que otorga la Carta Política al Gobierno Nacional durante los estados de excepción

Teniendo en cuenta que, en adición y precisamente por la situación de pandemia, los términos de prescripción y de caducidad para ejercer derechos, acciones o presentar demandas ante la rama judicial o tribunales arbitrales fueron suspendidos desde el 16 de

marzo hasta el 21 de julio de 2020<sup>23</sup>, se generó un contrapunteo entre algunos actores que, con el argumento de que, en tanto medidas que afectaban derechos fundamentales, aún admitiendo que desde el punto de vista orgánico y formal tenían la naturaleza de un acto administrativo y no de un acto con fuerza de ley, solicitaron a la Corte Constitucional que asumiera el conocimiento y control de constitucionalidad automático<sup>24</sup>.

Como reacción a dicha comunicación, se produjeron respuestas, entre las que se destaca la del Ex Consejero de Estado, doctor Jorge Octavio RAMÍREZ RAMÍREZ, quien manifestó que los decretos ordinarios en cuestión no podían ser examinados por la Corte Constitucional argumentando que no existía duda respecto a la naturaleza de los mismos aplicando el criterio orgánico y formal<sup>25</sup>. En efecto, se trató de decretos expedidos por el Gobierno Nacional cuyo fundamento fue la declaratoria de emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social (criterio formal).

Para RAMÍREZ, dado que los términos estaban suspendidos y en cuanto ningún acto de autoridad pública puede quedar por fuera de control, lo que correspondía hacer, teniendo en cuenta que se trataba de actos administrativos, era someterlos al conocimiento del Consejo de Estado a través de la figura del control inmediato de legalidad, lo que implicaría que, o bien fueran enviados por el Gobierno Nacional en cuanto fueran expedidos o que los aprehendiera de oficio la corporación.

Lo cierto es que, entendiendo que efectivamente se trata de actos administrativos en tanto decretos ordinarios proferidos por el Gobierno Nacional, no hay duda ninguna acerca de que la

---

<sup>23</sup> Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, Decreto 564 de 2020, y Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529 de marzo de 2020

<sup>24</sup> Comunicación dirigida por Vivian Newman Pont y varios ciudadanos a la Corte Constitucional. 22 de abril de 2020. Re: Solicitud de avocar conocimiento de oficio. Asunto: Control de constitucionalidad automático a los Decretos 457 del 22 de marzo de 2020, 531 del 8 de abril y 536 de 11 de abril de 2020, emitidos en razón y durante la vigencia del estado de emergencia económica, social y ambiental.

<sup>25</sup> RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio. “¿Corte Constitucional o catástrofe?”. En: *Ámbito Jurídico*, 4 de junio de 2020, Bogotá, 2020, en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administrativo-y-contratacion/corte-constitucional-o-catastrofe>

competencia para su conocimiento radica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, específicamente en el Consejo de Estado.

No obstante, pensar en que el medio a través del cual conozca esta Corporación sea el de control inmediato de legalidad, resulta tan arbitrario y desajustado frente al sistema normativo, como insistir en que sea la Corte Constitucional la que los examine por considerar que, aplicando el criterio material, pueden equipararse a los decretos con fuerza de ley en la medida en que abordan temas, como la limitación de derechos fundamentales, que son reserva de ley.

En efecto, considerar la tesis planteada por los ciudadanos en la comunicación dirigida a la Corte Constitucional implicaría desdibujar la estructura del control bifurcado o dual de constitucionalidad por cuanto se podría llegar a la conclusión de que, sin importar la naturaleza del acto, todos tendrían que ser conocidos por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, estableciendo así un control constitucional concentrado como lo planteaba Hans Kelsen.

En ese sentido, no puede olvidarse que cuando actos administrativos en sentido material y formal vulneran la reserva de ley, el juez natural es el de la jurisdicción contencioso administrativa, y es a ésta a la que le corresponde señalar si se infringe la reserva de ley o si las facultades o motivos invocados para su expedición son equivocadas o incluso si la autoridad que lo expidió no es competente y, en consecuencia, declarar la nulidad correspondiente.

Ahora bien, con la certeza de que los decretos en mención son verdaderos actos administrativos y por tanto su revisión compete al Consejo de Estado, es preciso detenerse a analizar a través de cuál de los medios de control deben ser conocidos.

El control inmediato de legalidad, como se ha señalado, está diseñado para medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción. En el caso que nos ocupa, ciertamente se está frente a decisiones de carácter general adoptadas por el Gobierno nacional, pero no se cumple la condición de que sean dictados en ejercicio de las facultades otorgadas al Presidente de la República durante los estados de

excepción, de tal manera que este simple análisis lleva a concluir que no es la figura contemplada en el artículo 136 de la ley 1437 de 2011 (control inmediato de legalidad) la que procede para revisar los mencionado actos administrativos.

A pesar de esta claridad, alguna secciones del Consejo de Estado llegaron a sostener que, aun cuando los actos que expida la administración no tengan origen directo en la declaratoria de estado excepcional, si se relacionan de alguna manera con ella, deben quedar sujetos al control inmediato<sup>26</sup>: "...desde el punto de vista convencional y constitucional, el medio de control inmediato de legalidad definido en los artículos 20 de la ley Estatutaria 137 de 1994 y 136 del CPACA tiene como esencia el derecho a la tutela efectiva y, ante la situación excepcional y extraordinaria generada por la pandemia de la covid-19, es posible extender el control judicial a todas aquellas medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa que no solo se deriven de los decretos legislativos emitidos por el Gobierno Nacional. (...) los actos generales emanados de las autoridades administrativas que tengan relación directa o indirecta con las medidas necesarias para superar el estado de emergencia, aunque también pudieran fundamentarse en las competencias definidas en el ordenamiento en condiciones de normalidad, dadas las circunstancias excepcionales, puede suceder que se presente la confluencia de propósitos y la superposición de competencias, lo cual autoriza al juez de control inmediato que avoque el conocimiento con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva".

De esta manera, el juez de lo contencioso administrativo, invocando el principio de la tutela judicial efectiva de los derechos, y bajo el presupuesto de "que se hace necesario actualizar el contenido de las disposiciones legales ... para que se amplíe el espectro de los actos susceptibles de tener control inmediato de legalidad"<sup>27</sup>, asumió competencias que no están previstas en la ley y entendió que las medidas de carácter general adoptadas en ejercicio de la función administrativa, que se expidan como desarrollo de los

---

<sup>26</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Rad. 11001-03-15-000-2020-01139-00, C.P. William Hernández Gómez.

<sup>27</sup> Ibid.

decretos legislativos durante los estados de excepción, “incluyen a todos aquellos expedidos a partir de la declaratoria de emergencia, ...así no pendan directamente un decreto legislativo; pues estos, en ciertos casos, tienen el potencial de generar restricciones arbitrarias a los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario, a las libertades fundamentales de la persona y a los derechos sociales de los trabajadores, los cuales no pueden suspenderse ni desmejorarse...”.

Sin embargo, la voz mayoritaria dentro del propio Consejo de Estado<sup>28</sup>, critica y no acepta la posición descrita, basada no sólo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>29</sup> sino también del Consejo de Estado, que han sostenido que ese control recae sobre actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos de emergencia.

Adicionalmente, a partir de la ampliación de las excepciones a la suspensión de términos judiciales adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020 en cuyo artículo 1º. se indicó que dicha suspensión no cobijaría a) el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos expedidos desde la declaratoria de la emergencia sanitaria, ni b) el medio de control de nulidad contra los actos administrativos que se hayan expedido desde la declaratoria de la emergencia sanitaria, el Consejo de Estado varió la tesis sostenida por la sección segunda y, mediante pronunciamiento de la Sala Especial de Decisión No. 19<sup>30</sup>, indicó que “el espectro de los actos susceptibles de tener control inmediato de legalidad se limita a aquellos actos generales emitidos para desarrollar directamente los decretos legislativos, al tenor de lo dispuesto en las normas legales”, tesis que ha sido reiterada en

---

<sup>28</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Rad. 11001-03-15-000-2020-00958-00, 31 de marzo de 2020, C.P. Oswaldo Giraldo López, sentencia Rad. 023; Rad. 037; Expedientes 11001-03-13-000-2009-00549-00, 11001-03-15-000-2010-00388-00; 11001-03-15-000-2010-00369-00; 11001-03-15-000-2011-01127-00; 11001-03-15-000-2015-02578-00.

<sup>29</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>30</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No. 19 C.P. William Hernández Gómez. 20 de mayo de 2020. Rad: 11001-03-15-000-2020-01958 auto interlocutorio O-387-2020.

diversos pronunciamientos<sup>31</sup>, recuperando así el principio de legalidad fundamental en el Estado de Derecho colombiano.

Así las cosas, es claro que el medio de control adecuado para solicitar la revisión de constitucionalidad de los decretos ordinarios expedidos por el Gobierno Nacional con ocasión de la declaratoria de emergencia sanitaria es, sin duda el de nulidad por inconstitucionalidad consagrado en el artículo 237-2 de la Constitución y desarrollado en los artículos 135 y 4 de la ley 1437 de 2011.

## 6. CONCLUSIONES

La estructura del control de constitucionalidad en Colombia es vanguardista y además permite que el principio de supremacía constitucional sea garantizado plenamente en la medida que, entre más controles se introduzcan y sean ejercidos por una diversidad de órganos especializados, mayor seguridad habrá para el Estado de Derecho. Tanto la acción pública de inconstitucionalidad como el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad son muy importantes, tempranas y avanzadas conquistas del derecho colombiano.

Por esa razón, la existencia del control dual o bifurcado de constitucionalidad en el que, por una parte, se confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución sobre actos con fuerza de ley a la Corte Constitucional, y por otro se otorga al juez especializado en actos administrativos, el examen de los mismos cuando se considere que infringen directamente la Constitución, resulta saludable para el sistema jurídico.

Para que la arquitectura constitucional diseñada con este propósito realmente cumpla el propósito para el que fue concebida, es necesario que el principio de legalidad sea respetado y defendido por los órganos involucrados y por tanto que se respeten las competencias otorgadas a cada uno de ellos. No puede olvidarse que, si bien a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, dicha función debe

---

<sup>31</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección I, auto 31/03/2020. Rad: 11001-03-15-000-2020-00958-00, C.P. Oswaldo Giraldo López; Consejo de Estado. Sección V, auto 31/03/2020, Rad: 11001-03-15-000-2020-00950-00, consejera ponente Lucy Jeannette Bermúdez

ser ejercida en los estrictos y precisos términos que señala el artículo 241 superior. Igualmente, es necesario no perder de vista que el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad se predica de ciertos y determinados actos administrativos, con características definidas y que, aunque no se cuente con un listado de disposiciones que pueden ser demandadas, la aplicación de los criterios orgánico, formal y en último caso, material, será suficiente para determinar la naturaleza del acto que se pretenda demandar. En ese sentido, no es aconsejable que, so pretexto de preservar la tutela judicial efectiva, se trastoquen las competencias o se extiendan, más allá de lo previsto en las normas, los alcances de otros medios de control. Ello, en lugar de fortalecer el estado de derecho, lo que hace es debilitarlo, pues se vulnera el principio de legalidad y siempre servirá de excusa para que el mismo órgano u otro, bajo los mismos postulados y alegando similares razones, cometa actos arbitrarios que contribuyan a desdibujar el rico sistema jurídico y estructura de controles con que cuenta el Estado colombiano, dándole la razón a quienes afirman que el hecho de no contar con un control concentrado de constitucionalidad genera incertidumbre e inseguridad jurídica.

Lo que corresponde entonces es tener presente que no hay actos libres de control y para aprovechar las bondades del sistema con que cuenta Colombia, es deseable una mejor coordinación entre órganos y jueces, que promueva el respeto por las competencias de cada uno en el ámbito de su propia jurisdicción.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL CANO, Natalia. *La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*, Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2017.
- BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá: Editorial ABC. 2014.
- Colombia, Congreso de la República, ley 130 de 1913, en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1647792>.
- Colombia, Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. sentencia del 23 de julio de 1996. Exp. S-612 (3367) consejero ponente Juan Alberto Polo Figueroa.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A., Rad. 11001-03-15-000-2020-01139-00 consejero ponente William Hernández Gómez.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Rad. 11001-03-15-000-2020-00958-00, 31 de marzo de 2020, consejero ponente Oswaldo Giraldo López.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No. 19 consejero ponente William Hernández Gómez. 20 de mayo de 2020. Rad: 11001-03-15-000-2020-01958 auto interlocutorio O-387-2020.

Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. sentencia de 18 de enero de 2000. Exp. AI-0a46 consejero ponente Juan Alberto Polo Figueroa.

Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020.

Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529 de marzo de 2020

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia c-400 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-400 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-506 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, Decreto 564 de 2020.

Comunicación dirigida por Vivian Newman Pont y varios ciudadanos a la Corte Constitucional. 22 de abril de 2020. Re: Solicitud de avocar conocimiento de oficio. Asunto: Control de constitucionalidad automático a los Decretos 457 del 22 de marzo de 2020, 531 del 8 de abril y 536 de 11 de abril de 2020, emitidos en razón y durante la vigencia del estado de emergencia económica, social y ambiental.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo* I. Madrid: Ed. Civitas, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Eudeba, 2009.

- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *La Jurisdicción Contencioso Administrativa Colombiana. Homenaje en su 95 aniversario*. Universidad de la Sabana, Chía, Colombia. En: <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/28974/Juridicci%C3%B3n%20CCA%20en%20Colombia%20ACJ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio. "¿Corte Constitucional o catástrofe?". En: *Ámbito Jurídico*, 4 de junio de 2020. En: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administrativo-y-contratacion/corte-constitucional-o-catastrofe>
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Tres ideas Constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1978.
- URIBE VARGAS, Diego. *Las Constituciones de Colombia. Historia-Crítica y textos*, Tomo II. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977.

## CAPÍTULO IV

# ALGUNAS VICISITUDES DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ\*

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. 1. LA POSTURA JURISPRUDENCIAL ACTUAL UNIFICADA DEL CONSEJO DE ESTADO, QUE ADMITE PACÍFICAMENTE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SUS SENTENCIAS JUDICIALES. 2. LOS CUESTIONAMIENTOS DE FONDO, TODAVÍA SIN RESOLVER, FORMULADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO ACERCA DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SUS SENTENCIAS. 3. LA FIJACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS ASUNTOS DE CONOCIMIENTO ORDINARIO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. 3.1. SENTENCIA T-109/19 – RECONOCIMIENTO DE PENSIONES. 3.2. SENTENCIA SU-353/20 – RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. 3.3. SENTENCIA T-011/17 – RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LOS DAÑOS QUE PUEDAN PADECER LOS CONSCRIPTOS. 3.4. SENTENCIA SU-353/20 – RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS. 3.5. SENTENCIA SU-354/20 – ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA AGENTES DEL ESTADO. 4. LAS INQUIETUDES QUE GENERA LA FIJACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN ASUNTOS PROPIOS DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. 5. BIBLIOGRAFÍA.

---

\* Expresidente del Consejo de Estado. Conjuez del Consejo de Estado y Conjuez de la Corte Constitucional.

## INTRODUCCIÓN

Ahora, cuando se ha generalizado y casi regularizado la, sin duda muy cuestionable, práctica de acudir –como si se tratase de una etapa procesal más dentro del trámite propio de cualquier proceso judicial–, a la acción de tutela para que haga las veces de una nueva instancia en buena parte de los procesos judiciales o arbitrales que ya han recorrido y concluido las diversas etapas que debían agotarse para finalizar con la expedición de una sentencia llamada a producir los efectos propios de la cosa juzgada, estimo que continúa siendo necesario, importante y oportuno volver sobre algunas de las reflexiones y de las argumentaciones que en no pocas ocasiones el Honorable Consejo de Estado ha expuesto y esgrimido para cuestionar la viabilidad e incluso la constitucionalidad misma de las facultades que la Corte Constitucional suele invocar para efectos de abordar, por vía de la eventual revisión de los fallos de tutela, tanto el examen de fondo de los pronunciamientos y los fallos judiciales proferidos por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como la fijación, aprobación o autorización de las líneas jurisprudenciales que sobre temas propios de dicha Jurisdicción especializada únicamente le compete establecer al que la propia Carta Política erigió en el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (artículo 237-1 C.P.).

### 1. LA POSTURA JURISPRUDENCIAL ACTUAL UNIFICADA DEL CONSEJO DE ESTADO, QUE ADMITE PACÍFICAMENTE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SUS SENTENCIAS JUDICIALES

En ese sentido, naturalmente empiezo por reconocer y por registrar la que podría denominarse postura jurisprudencial vigente en el Consejo de Estado acerca de la procedencia de las acciones de tutela contra fallos judiciales, la cual bien podría calificarse de pacífica, tanto por su uniformidad y por su amplia y aparentemente incontrovertida aceptación por la generalidad de los Magistrados que integran esa Corporación, como por la tranquilidad y el reposo que la misma genera a las inter-relaciones que necesariamente existen entre dicho Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y la Corte Constitucional, cuestión

que además reflejaría un comportamiento políticamente correcto de sumisión y acatamiento a las decisiones de ésta última.

En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante fallo de 31 de julio de 2012 unificó la postura jurisprudencial en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>1</sup>.

Posteriormente, a través de una nueva sentencia de unificación, la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en su sentencia C-590 de 2005, para efectos de determinar la procedencia de la acción constitucional de tutela contra providencias judiciales, sin perjuicio de reiterar que dicha acción es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, tal como lo establece el artículo 86 constitucional y, por ende, consideró que el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características<sup>2</sup>.

A partir de dicha unificación jurisprudencial y manteniendo incólume la línea establecida por la Corte Constitucional, se determinó que en relación con las sentencias judiciales el mecanismo de amparo constitucional de derechos fundamentales debía satisfacer los requisitos mínimos relativos, en términos generales, a: *i*) la vidente relevancia constitucional del asunto planteado; *ii*) el agotamiento previo de los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial existentes y al alcance del afectado; *iii*) la inmediatez de la tutela; *iv*) la incidencia determinante en la sentencia de la irregularidad procesal que genere la violación de los derechos fundamentales cuya protección se invoque; *v*) la identificación razonable de los hechos y causantes de la vulneración y de los derechos vulnerados; y *vi*) que no se trate de sentencias de tutela.

Además, en sus pronunciamientos de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado<sup>3</sup> acogió irrestrictamente los

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 2009-01328-01, C.P. María Elizabeth García González.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 2012-02201-01 (IJ), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 7 de diciembre de 2016, exp. 2016-00134-01, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia

critérios y las causales mismas que, a manera de un típico catálogo normativo –propio de la función constituyente o legislativa–, consagró la Corte Constitucional en su sentencia C-590 de 2005, para definir entonces que la acción de tutela contra decisiones judiciales será procedente si se configura alguna de las siguientes hipótesis: a) defecto orgánico; b) defecto procedimental absoluto; c) defecto fáctico; d) defecto material o sustantivo; e) error inducido; f) decisión sin motivación; g) desconocimiento del precedente; o h) violación directa de la Constitución Política.

Y al instituir de manera permanente y regular, la procedencia de la acción de tutela contra sentencias proferidas por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional añadió que junto con los requisitos y las exigencias antes mencionadas, se debe evidenciar *“la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional”*<sup>4</sup>, ello al parecer con la finalidad de ofrecerle un mejor trato a las Corporaciones mencionadas, pero dejando de lado por completo las inocultables incidencias y efectos que en el ordenamiento vigente representa y comporta la circunstancia de que la propia Constitución Política le hubiere atribuido al Consejo de Estado, de manera expresa, el carácter de *“tribunal supremo de lo contencioso administrativo”*, y que a la Corte Suprema de Justicia le hubiere asignado, también en forma explícita, la condición de *“máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”*.

## 2. LOS CUESTIONAMIENTOS DE FONDO, TODAVÍA SIN RESOLVER, FORMULADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO ACERCA DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SUS SENTENCIAS

Ahora bien, sin pretender en modo alguno y menos añorar la alteración de ese confortable y deseable estado pacífico y apacible

---

del 7 de diciembre de 2016, exp. 2016-02213-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia de 24 de noviembre de 2016, exp. 2016-02568-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, entre otras.

Corte Constitucional, sentencias SU-556 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa; SU-542 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; SU-490 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y SU-659 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-573 de 2017.

que durante los últimos años reflejan y registran las relaciones funcionales entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, desde la tribuna eminentemente académica se impone el deber de retomar aquellos cuestionamientos que en diferentes oportunidades ha planteado el Consejo de Estado ante el ejercicio de las funciones de la Corte Constitucional, con el propósito de ahondar en los cuestionamientos que todavía subsisten y procurar respuestas de fondo realmente satisfactorias y completas, antes que tener por superados debates de tanta trascendencia, simplemente por el paso del tiempo o por la formulación de argumentos puramente retóricos, unos inspirados en el propósito de acumular poder y otros en el afán de evitar confrontaciones y asumir posturas políticamente correctas, sin reparar que en cualquiera de esos dos eventos resulta gravemente lesionada la integridad de la Constitución Política y, consiguientemente, el Estado Social y Democrático de Derecho que la misma instituye.

2.1. Al respecto, lo primero que se impone recordar –así el asunto quisiera tenerse por olvidado en virtud tanto de la práctica que sobre la materia se ha generalizado, como por razón de la multitud de pronunciamientos que sobre esos mismos asuntos han realizado la Honorable Corte Constitucional, el Honorable Consejo de Estado y la Honorable Corte Suprema de Justicia–, dice relación con la expulsión total e incondicional del ordenamiento jurídico que, mediante la sentencia C-543 de 1992, dispuso la Corte Constitucional respecto de la autorización normativa que de manera expresa contenían los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991, mediante los cuales se quiso regular la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, expulsión absoluta y definitiva que produjo, con alcance *erga omnes*, el efecto propio de la cosa juzgada constitucional según los términos del artículo 243 de la Carta Política, a cuyo tenor:

*“ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”.*

*“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.*

En punto de esa específica materia y a pesar de los ríos de tinta y los denodados esfuerzos retóricos que se han vertido en múltiples

sentencias de la propia Corte Constitucional para tratar de explicar la importancia, la conveniencia y hasta la necesidad de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales, lo cierto es que hasta la fecha la misma Corte Constitucional no ha aportado –en mi criterio, sencillamente porque no existe– una argumentación puntual, clara, precisa, sólida y suficiente que justifique o autorice, desde de la propia Constitución Política, el desconocimiento válido de los efectos de cosa juzgada constitucional que generó la aludida sentencia C-543 de 1992, amén de que tampoco han sobrevenido, desde su expedición, modificaciones de fondo respecto del texto constitucional que sirvió de fundamento para la declaratoria de inexequibilidad integral de los mencionados artículos 11<sup>5</sup> y 40<sup>6</sup> del Decreto 2591 de 1991, a lo cual se añade la consideración de que

<sup>5</sup> *“Artículo 11. Caducidad. La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente”.*

<sup>6</sup> *“Artículo 40. Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.*

*“Cuando dichas providencias emanen de Magistrados, conocerá el Magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.*

*“Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma corporación.*

*“PARÁGRAFO 1. La acción de tutela contra tales providencias judiciales sólo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutive, se hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial y no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso precedente.*

*“Quien hubiere interpuesto un recurso, o disponga de medios de defensa judicial, podrá solicitar también la tutela si ésta es utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También podrá hacerlo quien, en el caso concreto, careciere de otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando la acción sea interpuesta dentro de los sesenta días siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso.*

*“La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas.*

*“PARÁGRAFO 2. El ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte de apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para estos efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.*

*“PARÁGRAFO 3. La presentación de la solicitud de tutela no suspende la ejecución de la sentencia o de la providencia que puso fin al proceso.*

*“PARÁGRAFO 4. No procederá la tutela contra fallos de tutela”.*

todavía mantienen incólume su vigencia aquellos razonamientos<sup>7</sup> y aquellas argumentaciones que a partir del análisis constitucional que en esa oportunidad realizó la Corte Constitucional, razón por la cual naturalmente conservan firmeza las referidas decisiones que fueron plasmadas en los siguientes términos resolutivos:

*“Primero: Decláranse INEXEQUIBLES, por ser contrarios a la Constitución, los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991”.*

*“Segundo: Declárase INEXEQUIBLE, dada su unidad normativa con los preceptos mencionados, el artículo 40 del mismo Decreto”.*

Apenas si se intentó construir una respuesta acudiendo a la figura de las ‘vías de hecho’, para tratar de explicar así, para ciertos casos concretos, la no aplicación de la referida sentencia C-543 de 1992 y sus evidentes efectos de cosa juzgada constitucional, en el entendimiento de que la declarada inexequibilidad acerca de la procedencia de la acción de tutela comprendía ‘las sentencias y/o las providencias judiciales’, categoría dentro de la cual no se

---

<sup>7</sup> Entre muchas otras de las sólidas y contundentes razones que llevaron a la Honorable Corte Constitucional a expulsar del mundo jurídico los preceptos normativos mencionados, bien vale traer a colación aquello que obligó a esa Alta Corporación a emprender en forma oficiosa, por encontrar configurada la unidad normativa, el estudio del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, respecto del cual señaló que su violación a la Carta Política se configuró, entre muchas otras cuestiones de importancia, por las siguientes razones:

***“La unidad normativa”***

*“Conclusión forzosa de las consideraciones que anteceden es la inconstitucionalidad del artículo 11 del Decreto 2591 de 1991. Esta norma contraviene la Carta Política, además de lo ya expuesto en materia de caducidad, por cuanto excede el alcance fijado por el Constituyente a la acción de tutela (artículo 86), quebranta la autonomía funcional de los jueces (artículos 228 y 230), obstruye el acceso a la administración de justicia (artículo 229), rompe la estructura descentralizada y autónoma de las distintas jurisdicciones (Título VIII), impide la preservación de un orden justo (Preámbulo de la Carta) y afecta el interés general de la sociedad (artículo 1º), además de lesionar en forma grave el principio de la cosa juzgada, inherente a los fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico.*

*“No desconoce la Corte la existencia del artículo 40, perteneciente al mismo decreto del cual hacen parte las normas demandadas, disposición que establece la competencia especial para conocer sobre acciones de tutela cuando esta sea ejercida contra sentencias proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Esto genera una obvia e inescindible unidad normativa entre ella y el artículo 11, hallado contrario a la Constitución, puesto que la materia que constituye núcleo esencial de los preceptos no es otra que la examinada en este fallo, es decir, la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales”.*

encontraban ni podían enmarcarse las “*vías de hecho*”, fenómeno configurativo y representativo de la más evidente y grosera arbitrariedad en el ejercicio del poder público, incluida la administración de justicia.

En su momento, la propia Corte Constitucional explicó y concibió la configuración de ‘vías de hecho’ como “...*aquellas actuaciones arbitrarias que el funcionario judicial desarrolla dentro de la dirección y sustanciación de un proceso. Por consiguiente, suceden estas circunstancias cuando el juez se aparta de la ley, con lo cual vulnera derechos constitucionales fundamentales*”<sup>8</sup>.

Así mismo, esa alta Corporación volvió a referirse a las ‘vías de hecho’ para señalar que son “...*aquellas “decisiones” que formal y materialmente contrarían, de manera evidente y grave el ordenamiento constitucional, de modo que no pueden en realidad reputarse como verdaderas providencias judiciales, pues sólo son arbitrariedades con apariencia de tales*”<sup>9</sup>.

Sin embargo, la propia Corte Constitucional se encargó de abandonar la aludida argumentación de las ‘vías de hecho’ –con la cual tampoco fue consistente, puesto que no estimaba viable que se compulsaran copias a la autoridad penal cada vez que se encontrara configurada una ‘vía de hecho’, a pesar de haberla definido como una arbitrariedad extrema, grosera y evidente de un funcionario judicial–, y entonces asumió, a partir de su sentencia C-590 de 2005, la teoría de las causales de procedibilidad, catálogo que decidió estructurar por sí y ante sí, con la finalidad de establecer tanto un listado de eventos en los cuales sería procedente el ejercicio de la acción de tutela contra decisiones judiciales, como la definición de los requisitos que deberían exigirse en dichos casos, determinación que profirió con alcances generales y, por tanto, asumiendo el rol reservado en estos asuntos al constituyente, o en el peor de los casos al legislador, a lo cual se añade la consideración que de esa manera se dejó de lado y quedaron sin respuesta los interrogantes que continúan gravitando acerca de los efectos de la cosa juzgada

<sup>8</sup> Sentencia SU-542 de 1999, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, reiterada en sentencia T-472 de 10 de mayo de 2005, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia T-001 de febrero 18 de 2007, reiterada en sentencia T- 779 de 25 de septiembre de 2007.

constitucional que obligatoriamente generó la comentada sentencia de inconstitucionalidad C-543 de 1992.

La dificultad del problema sin duda resulta mayor, si en cuenta se tiene que, valiéndose de la revisión de sentencias de tutela promovidas contra fallos del Consejo de Estado, la propia Corte Constitucional, además de invalidar, infirmar y/o dejar sin efectos las sentencias que en cumplimiento de sus funciones constitucionales de naturaleza jurisdiccional ha expedido en algunas oportunidades el que constitucionalmente tiene la condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, además de dejar de lado tanto su papel de Juez Constitucional de Tutela como el mandato expreso que consagra el artículo 86 de la Carta Política, en cuya virtud “[l]a protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”, sin impartir orden alguna que materialice la protección constitucional que podría otorgarse por medio de tan excepcional medio de garantía de los derechos fundamentales, también se ha auto-atribuido la facultad de actuar como juez natural de la controversia y, sin tener dicha condición, ha procedido, consiguientemente, a proferir la sentencia judicial de reemplazo que considera debería corresponder para dirimir el asunto puesto en conocimiento del Consejo de Estado.

2.2. Como antecedente concreto cabe mencionar la providencia que en junio 29 de 2004 dictó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al ocuparse de examinar la sentencia T-1232 de 2003, emanada de la Corte Constitucional, oportunidad en la cual se concluyó que dicha sentencia de tutela se produjo *“en contravía de los mandatos de la Carta Política, sin competencia constitucional alguna, suplantando al Consejo de Estado en el ejercicio de su función como único juez en materia de pérdida de investidura de congresistas...”*<sup>10</sup>.

Más adelante, mediante providencia fechada en noviembre 2 de 2004, la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se detuvo en el análisis de la sentencia de tutela que profirió la Corte Constitucional en septiembre 1 de 2004

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia de junio 29 de 2004, expediente AC-10203. Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Actora: Ana Beatriz Moreno de Morales.

y decidió no acoger sus decisiones por cuanto concluyó que la misma se produjo “... en contravía de los mandatos de la Carta Política, sin competencia constitucional alguna, suplantando al Consejo de Estado y a los demás órganos de la jurisdicción contencioso administrativa en el ejercicio de su función como jueces naturales en materia de acciones contencioso administrativas y con desconocimiento de la cosa juzgada constitucional ...”<sup>11</sup>.

2.3. En nueva ocasión, la Corte Constitucional inicialmente resolvió dejar sin efectos la sentencia que en su momento adoptó el Consejo de Estado dentro del proceso de naturaleza laboral-administrativo que cursó bajo la radicación No. 25000 2325 000 1998 5123 01, expediente No. 4361-02, y posteriormente decidió dictar la sentencia que a su juicio debía dictarse para fallar el litigio correspondiente, decisión que profirió sin siquiera haber tenido a su disposición el expediente del aludido proceso laboral-administrativo que pretendió fallarse con esta nueva decisión.

Tan sorprendente como irregular determinación llevó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a realizar un duro pronunciamiento en defensa de sus competencias constitucionales y legales, tal como fue expuesto en el Auto de septiembre 20 de 2006, oportunidad en la cual, entre otras cuestiones de importancia, se señaló que la Corte Constitucional había usurpado el papel del juez de conocimiento y por vía jurisprudencial había desconocido las funciones que la Constitución Política y las leyes de la República le asignan expresamente al consejo de Estado.

Enfatizó en que según el artículo 121 de la Constitución Política “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución y la ley”, a lo cual añadió que si algún juez “y la Corte Constitucional lo es”, ejerce competencias que no le corresponden desborda el principio de legalidad y tal actuación debe ser investigada por las autoridades competentes.

Agregó que la Corte Constitucional “*distorsionando la función de ser el guardián de la Carta, termina desconociendo su contenido y, por*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2004-0270-01 (IJ), M.P. Dr. Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta.

*el contrario, arrogándose la facultad para violarla, puesto que se atribuye funciones que no le están dadas ni por la Constitución ni por la ley”.*

Acerca de lo anterior señaló que tal proceder afectaba el aspecto esencial del Estado atinente a la división de funciones entre los órganos que integran una misma rama del poder público y lesiona gravemente la integridad de las instituciones al introducir un órgano del poder público que considera que no tiene límites.

A partir de tales consideraciones, invocó el mandato que acerca de la supremacía de la Carta Política consagra el artículo 4 de la Constitución Política para inaplicar entonces las cuestionadas decisiones de la Corte Constitucional<sup>12</sup>.

2.4. En posterior momento, a través de la sentencia de tutela T-511 de 2011, la Corte Constitucional decidió dejar sin efectos la sentencia que en su oportunidad dictó el Consejo de Estado al desatar el recurso extraordinario de anulación que se había interpuesto contra el correspondiente laudo arbitral que había definido las controversias contractuales existentes entre las partes de ese litigio dentro del expediente con radicación 11001-03-26-000-2009-00032-00 y, además, sin disponer del expediente arbitral y menos del expediente a través del cual se ritió el mencionado recurso extraordinario, también se arrogó la facultad de dictar la sentencia con la cual resolvió de fondo el extraordinario medio de impugnación.

Ante esa situación y al verificar que la Corte Constitucional desestimó también el incidente de nulidad procesal que el propio Consejo de Estado promovió contra la referida sentencia de tutela, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo emitió, en noviembre 26 de 2013, la providencia que tuvo origen en *“las gravísimas consecuencias que revisten para la estabilidad institucional, para la efectividad del régimen constitucional, para la vigencia del orden jurídico, para la consolidación del sistema democrático y para el respeto del Estado Social y de Derecho”*, en la medida en que la mencionada Sala Plena de lo Contencioso Administrativo concluyó que las aludidas decisiones de la Corte Constitucional *“fueron proferidas por esa Corte en contravía de los ordenamientos constitucional y jurídico establecidos,*

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de septiembre 20 de 2006; Radicación: 25000-2325-000-1998-5123-01(4361-02); demandante: Rosario Bedoya Becerra; M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

*sin contar con competencia para el efecto, sin tener esa Corporación, en su poder, los expedientes en los cuales constan las actuaciones y las providencias objeto de sus decisiones y sin disponer de elemento probatorio alguno que estuviere en condiciones de servirle de soporte válido a las mismas, todo lo cual desconoce y afecta la institucionalidad jurídica del país ...”<sup>13</sup>.*

Así pues, el Consejo de Estado declaró *“que tanto la sentencia T-511 de 2011 proferida por la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, como el Auto A-097 de 2013 emanado de la Sala Plena de la Corte Constitucional, constituyen sendas vías de hecho por haberse proferido en contra de los mandatos de la Carta Política, sin competencia constitucional ni legal alguna para el efecto, suplantando al Consejo de Estado tanto en el ejercicio de su función de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, como en su condición de juez natural de la causa...”*.

La misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo también declaró *“que la violación y el desconocimiento de las competencias, los principios y los valores establecidos en el ordenamiento vigente, los cuales a su vez le sirven de fundamento, desequilibra la institucionalidad jurídica y democrática que caracterizan a Colombia como un Estado Social de Derecho, al tiempo que constituye una afrenta al principio de legalidad que constituye fundamento de los derechos y garantías de los colombianos y a la vez regla de forzosa obediencia para TODAS las autoridades estatales, incluida la Corte Constitucional”*.

Finalizó su providencia declarando que *“sin perjuicio de reafirmar su vocación de respeto y sumisión por los principios y valores que inspiran y orientan la Constitución Política, así como por los mandatos que emanan de ella ... el Consejo de Estado también se encuentra en el irrenunciable deber de exponer su rechazo, su inconformidad y preocupación por la inestabilidad que para el régimen democrático generan prácticas y decisiones constitutivas de exceso en el ejercicio del poder público por parte de otras Corporaciones Jurisdiccionales, en particular cuando proceden [a] desplazar del ejercicio de sus facultades al juez natural de la causa”*.

Tales pronunciamientos y conclusiones los fundamentó el Consejo de Estado en múltiples razonamientos y consideraciones,

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación No. 11001-03-26-000-2009-00032-00; expediente No. 36.537. Providencia fechada en noviembre 26 de 2013.

de entre los cuales revisten mayor significado para el análisis genérico que aquí se propone acerca de la incidencia de la acción de tutela en las competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los que enseguida se sintetizan.

*En un primer grupo de argumentos*, llamó la atención acerca del palmario desconocimiento en que incurrió la Corte Constitucional respecto del artículo 54A<sup>14</sup> de su propio Reglamento, norma procesal de obligatorio cumplimiento mediante la cual se determina que una vez efectuada la correspondiente selección de la sentencia de tutela que verse sobre fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, el asunto debe ser llevado por el Magistrado Ponente ante la Sala Plena, para que sea esta la que determine si asume su conocimiento y decisión, etapa que se omitió por completo y que, por tanto, dio lugar a que la respectiva sentencia hubiese sido proferida directamente por la Sala Quinta de Decisión de Tutelas de esa Corporación, sin conocimiento siquiera de su propia Sala Plena.

Se hizo énfasis en que la inobservancia del procedimiento que obligatoriamente consagró el citado artículo 54A del Reglamento de la Corte Constitucional, al mismo tiempo significó el incumplimiento de compromisos internacionales asumidos por esa Corporación en nombre del Estado Colombiano, comoquiera que la adopción e incorporación del procedimiento referido fue fruto del acatamiento a las Recomendaciones que en su momento formuló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe de Fondo No. 44 de 2008, fechado en julio 23 de 2008, el cual se rindió dentro del caso No. 12.448<sup>15</sup>, ello ante el incumplimiento de Colombia a su obligación de garantizar el derecho a la tutela

---

<sup>14</sup> “Artículo 54 A. Revisión por la Sala Plena.

“.....

“Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento con base en el informe mensual que le sea presentado a partir de la Sala de Selección de marzo de 2009”.

<sup>15</sup> Sergio Emilio Cadena Antolinez Vs. Colombia.

judicial efectiva consagrado en el artículo 25<sup>16</sup> de la Convención American de Derechos Humanos.

*En un segundo grupo de argumentos, el Consejo de Estado puso de presente que resulta jurídicamente imposible que el juez de la acción de tutela pueda desplazar al juez natural de la causa, al tiempo que destacó la inconstitucionalidad que comporta la usurpación de las funciones constitucionales del Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por parte de la Corte Constitucional.*

En esa dirección, añadió que la adopción de la sentencia de fondo en el asunto sometido al conocimiento del Consejo de Estado con el pretexto de adelantar la revisión de una sentencia de tutela, entraña el desconocimiento evidente de las disposiciones consagradas en los artículos 35<sup>17</sup> y 36<sup>18</sup> del Decreto 2591 de 1991, normas con fuerza legal bajo cuyo amparo se determinan tanto el alcance como los límites de las facultades de la Corte Constitucional en desarrollo de sus funciones de revisión de las decisiones de tutela.

Señaló que la posibilidad, no contemplada ni autorizada, de que la Corte Constitucional se arrogue la facultad de dictar el fallo de fondo que únicamente le compete al juez natural de la causa, desdibuja de tal manera el régimen legal que regula los diversos

<sup>16</sup> “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

“2. Los Estados partes se comprometen:

“a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

“b. a desarrollar posibilidades de recurso judicial, y

“c. a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

<sup>17</sup> “Artículo 35. Decisiones de Revisión. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas”.  
“La revisión se concederá en el efecto devolutivo pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7o. de este Decreto”.

<sup>18</sup> “Artículo 36. Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta”.

aspectos y procedimientos a los cuales debe sujetarse el trámite de las acciones de tutela, que incluso vacía de contenido todas las disposiciones relacionadas con la figura del desacato y las previsiones normativas dispuestas para su adecuada y oportuna corrección.

De la misma manera, llamó la atención acerca de la vulneración que, por extralimitación de funciones, se configuró en ese caso concreto respecto del artículo 29<sup>19</sup> del citado Decreto 2591 de 1991, puesto que dicha norma establece cuál debe ser el contenido del fallo que corresponda a la acción de tutela y, además, define la competencia del juez constitucional en esta materia, la cual fue limitada a la opción de impartir las órdenes necesarias para garantizar la protección del derecho fundamental vulnerado o amenazado, sin que ello incluya ni pueda incluir la potestad de adoptar directamente decisiones del resorte exclusivo de otras autoridades judiciales.

En ese mismo sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado puntualizó que, según los precisos términos del artículo 86 de la Constitución Política, en aquellos casos en los cuales la sentencia estime o acoja las solicitudes elevadas por el accionante de la tutela, *“la protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”*, atribución que de ninguna manera faculta al juez de tutela para desplazar o asumir las competencias de otra Jurisdicción.

A partir de tales anotaciones, el Consejo de Estado consideró que en cuanto la Corte Constitucional se arrogó la competencia para resolver de fondo sobre el proceso judicial subyacente y

---

<sup>19</sup> *“Artículo 29. Contenido del fallo. Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud el juez dictará fallo, el cual deberá contener:*

*“1. La identificación del solicitante.*

*“2. La identificación del sujeto o sujetos de quien provenga la amenaza o vulneración.*

*“3. La determinación del derecho tutelado.*

*“4. La orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela.*

*“5. El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que en ningún caso podrá exceder de 48 horas.*

*“6. Cuando la violación o amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto.*

*“Parágrafo. El contenido del fallo no podrá ser inhibitorio”.*

dictó la sentencia que sólo compete al juez natural de la causa, esa Corporación desconoció tanto el Principio del Juez Natural, como el Derecho Fundamental al Debido Proceso, el cual, según los dictados imperativos del artículo 29 de la Constitución Política, comprende, de manera esencial, la garantía de que “[n]adie 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”.

Añadió el Consejo de Estado, que la Corte Constitucional desconoció también, de manera infundada, sus propios precedentes y su propia jurisprudencia, en cuanto reiteradamente<sup>20</sup> ha sostenido que *“el derecho al juez natural es una garantía de carácter fundamental y un elemento inescindible del concepto del debido proceso. Sólo la Constitución y la ley pueden constituir su estructura y asignarle competencias para conocer de determinados asuntos”*<sup>21</sup>, a lo cual ha adicionado la precisión de que el aludido ‘derecho/principio’ al juez natural resulta vulnerado, cuando el juez constitucional de tutela asume competencias que le son ajenas, al sostener *“... que la acción de tutela resulta improcedente en el caso en estudio, porque el Juez de Tutela no puede desplazar la competencia del juez natural, para tomar decisiones que no le corresponden ...”*<sup>22</sup>.

Como corolario de lo antes expuesto, el Consejo de Estado sostuvo que la Sala Quinta de Revisión de Tutelas actuó sin competencia al modificar y/o desconocer la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional, en cuanto desconoció también los artículos 34<sup>23</sup> y 53<sup>24</sup> de su propio Reglamento Interno, según los

<sup>20</sup> Véase, por vía de ejemplo, las siguientes sentencias: C-208 de 1993; M.P. Hernando Herrera Vergara; C-444 de 1995; M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-111 de 2000; M.P. Álvaro Tafur Galvis y SU-1184 de 2001; M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2002; M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia T-724 de 2006; M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>23</sup> **“Artículo 34. Decisión en Sala.** La Corte Constitucional designará los tres Magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los Tribunales del Distrito Judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente”. (cursiva fuera del texto original).

<sup>24</sup> **“Artículo 53. Cambio de jurisprudencia.** En caso de cambio de jurisprudencia, la Sala de Revisión tomará las medidas necesarias para que la Sala Plena disponga de un término razonable para tomar su decisión.

*“Los estudios y propuestas que sobre el tema realice un Magistrado, deberán ser sometidos junto con las ponencias respectivas, a consideración y análisis de la Sala Plena, si así lo*

cuales compete exclusivamente a la Sala Plena adoptar los cambios de su propia jurisprudencia.

*En un tercer grupo de argumentos, pueden relacionarse aquellos que expuso el Consejo de Estado para señalar, entre otras cuestiones de importancia, que en cuanto la Corte Constitucional decidió asumir la condición de juez de instancia o juez de la causa debatida en el proceso judicial sometido inicialmente a conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esto es después de finalizada su actuación como juez constitucional de tutela, naturalmente quedó sometida y sujeta a los dictados de las normas constitucionales y legales de obligatorio cumplimiento que establecen y consagran las exigencias y los requisitos de orden sustancial, probatorio y procedimental para la resolución del conflicto, los cuales conforman el debido proceso para ese tipo de asuntos, sin que pudiese resultar válido que a dicho proceso judicial subyacente pudiera aplicarse la misma informalidad que rige en sede de la acción de tutela, en particular en cuanto corresponde al régimen probatorio.*

Por ello, para el Consejo de Estado resultó inaudito que mediante la sentencia T-511 de 2011, la Corte Constitucional hubiere decidido resolver de fondo el recurso extraordinario de anulación interpuesto en ese entonces contra el respectivo laudo, pero sin que el escrito que contenía tal impugnación se hubiere allegado, siquiera, al expediente de la acción de tutela, como tampoco se allegó a ese expediente el pronunciamiento que, al descorrer el referido recurso de anulación, presentó la contraparte para oponerse a su prosperidad, cuestión que significó la violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la contradicción, al acceso a la administración de justicia, entre otros, amén de que la Corte Constitucional tampoco tuvo a su

---

*solicita, para lo cual registrará en la Secretaría oportunamente, el correspondiente escrito sustentatorio. En este caso, el Magistrado comunicará al Presidente su propósito de intervenir de la manera indicada, con el fin de que se prepare el debate.*

*“A solicitud de cualquier Magistrado, para los efectos de cambio de jurisprudencia, la Sala Plena podrá decretar la celebración de una audiencia pública, con participación de personas y entidades nacionales y extranjeras convocadas para tal fin.*

*“Mientras la Sala Plena adopta la decisión sobre cambio de jurisprudencia, se suspenderán los términos de los respectivos procesos”.*

disposición, dentro del expediente respectivo, el laudo contra el cual se impetró el respectivo recurso de anulación.

De la misma manera, el Consejo de Estado puso de presente la irregularidad que comportó la expedición de la sentencia T-511 de 2011, en cuanto a través de ella la Corte Constitucional *“efectuó valoraciones probatorias y adoptó decisiones judiciales con base en piezas y pruebas documentales que NUNCA se arrimaron en debida forma a su expediente; que NUNCA fueron decretadas como tales en el curso de la acción de tutela y respecto de las cuales NUNCA se permitió el ejercicio de los derechos de contradicción y de defensa a la parte demandada en la acción de tutela ...”*.

De conformidad con lo expuesto, es claro que una vez la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional dejó de fungir como juez de la acción de tutela y, por lo tanto, asumió –aunque de manera ilegítima– la condición de juez del recurso de anulación de laudos arbitrales, quedó sujeta a la aplicación y a la observancia de las disposiciones normativas que regulan el régimen probatorio, amén de que debía entonces garantizar la efectividad del debido proceso, pero por el contrario procedió a proferir una decisión de fondo, nada menos que una sentencia, incurriendo en las evidentes, inexcusables e insalvables deficiencias procedimentales ya anotadas.

### 3. LA FIJACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS ASUNTOS DE CONOCIMIENTO ORDINARIO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Desafortunadamente el desplazamiento de las competencias constitucionalmente atribuidas al Consejo de Estado no se ha limitado a las actuaciones que, como las que se dejan comentadas, han supuesto tanto la infirmación o invalidación de algunos de los fallos que esa Corporación ha proferido en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, como la expedición misma de las sentencias que corresponden exclusivamente al juez natural de la causa, sino que ha experimentado un paso adicional por parte de la Corte Constitucional, quizá hasta alentada por

esa postura ‘pacífica’ de sumisión a la jurisprudencia de dicha Corte Constitucional.

En efecto, no deja de resultar en extremo llamativo y si se quiere preocupante para la estabilidad del Estado Social y Democrático de Derecho, para la seguridad jurídica, para la preservación del orden constitucional y para la definición que la Constitución Política adoptó respecto de la estructura de la rama judicial del poder público, verificar que durante los últimos años la Corte Constitucional ha proferido diferentes decisiones que, además, comportan la fijación de la jurisprudencia que debe y puede aplicar la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, incluido el Consejo de Estado, en relación con asuntos que forman parte de las materias ordinariamente asignadas a su propia competencia.

Así las cosas, para los usuarios de la administración de justicia, para los propios jueces, para las autoridades en general y para los estudiosos de los asuntos y materias que forman parte de las cuestiones y las controversias que se ventilan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los desarrollos y las construcciones jurisprudenciales de la misma empiezan a pasar a segundo plano, puesto que ahora la fuente primera para determinar cómo, de qué manera y con arreglo a qué clase de pautas deben resolverse esa clase de controversias la ha empezado a constituir la jurisprudencia que sobre tales materias viene fijando la Corte Constitucional, de lo cual dan buena cuenta los casos que se citan a continuación a título de ejemplo.

### 3.1. SENTENCIA T-109/19 – RECONOCIMIENTO DE PENSIONES

La Corte Constitucional se ocupó de revisar las sentencias dictadas por el Consejo de Estado al resolver las reclamaciones elevadas por varios beneficiarios del régimen de transición para obtener la reliquidación de sus mesadas pensionales calculadas según el ingreso base de liquidación –IBL– contemplado en regímenes anteriores a la ley 100 de 1993.

Señaló la Corte Constitucional, a diferencia de lo expuesto por el Consejo de Estado, que los precedentes jurisprudenciales que la Corte Constitucional defina en sede de tutela son vinculantes, no

solo en forma vertical respecto de todos los jueces que conforman la jurisdicción constitucional, sino también para los órganos de cierre de las demás jurisdicciones que, en aras del principio de supremacía constitucional, deben procurar una lectura sistemática del derecho.

De esta manera, ante la contradicción que pueda existir entre precedentes fijados por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones y los establecidos por la Corte Constitucional, determinó que deben primar estos últimos, en cuanto tienen una relación directa con la interpretación de derechos fundamentales, razón por la cual desestimó los razonamientos expuestos por el Consejo de Estado, según los cuales y en relación con los asuntos de conocimiento de esta Jurisdicción especializada, había lugar a privilegiar las decisiones de unificación del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

En esa línea de pensamiento, la Corte Constitucional puntualizó acerca de la existencia de un deber a cargo de todas las autoridades para acatar los precedentes de esa Corporación, a la luz de cuya doctrina el mencionado IBL no constituye un aspecto sujeto al régimen de transición.

No sobra mencionar que aunque por vía de una sentencia de constitucionalidad –que no de tutela–, ya la misma Corte Constitucional, desde el año de 2013, al expedir su fallo C-258 de 2013, sentó toda una línea jurisprudencial en materia del reconocimiento de pensiones, en cuanto determinó que el régimen dispuesto por el artículo 17 de la ley 4 de 1992 es constitucional bajo el entendido de que *(i)* no puede extenderse el régimen pensional allí previsto a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, lo cual incluye lo establecido en el artículo 2º del Decreto 1293 de 1994, no se encontraran afiliados al mismo; *(ii)* como factores de liquidación de la pensión sólo pueden tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas; *(iii)* las reglas sobre el IBL aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la ley 100 de 1993, según sea el caso, y *(iv)* las mesadas correspondientes no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En tal sentido, la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal –por cuya virtud se pretende que el ahorro fiscal sea destinado a ampliar la cobertura del sistema pensional en beneficio de las personas de escasos recursos–, determina que el sentido natural del artículo 17 de la ley 4 de 1992 no solo desconoce el derecho a la igualdad –en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que deben regir a un sistema pensional equitativo–, sino, además, genera una desproporción entre algunas de las pensiones reconocidas al amparo de esa norma cuando existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones.

Agregó que ello conduce a que dicha desproporción excesiva sea financiada con recursos públicos a través de un subsidio elevado, lo cual riñe con el principio del Estado Social de Derecho, en tanto que si bien los subsidios en regímenes especiales no son, por sí, contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.

### 3.2. SENTENCIA SU-353/20 – RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

La Corte Constitucional señaló que el artículo 90 de la Constitución Política no favorece un régimen de imputación de responsabilidad específico, como tampoco lo hacen el artículo 68 de la ley 270 dictada 1996 o la sentencia C-037 de 1996, cuando el hecho que da origen al daño antijurídico es la privación injusta de la libertad, ello por cuanto la Alta Corporación como el Consejo de Estado han establecido que le corresponde al juez administrativo, en aplicación del principio *iura novit curia*, establecer el régimen de imputación con base en las particularidades de cada caso.

En tal sentido, sostuvo que no es posible afirmar de manera rigurosa e inflexible que en casos de privación injusta de la libertad el Estado es automáticamente responsable por casos de privación injusta de la libertad, puesto que ello resultaría contrario a lo dispuesto por el artículo 68 de la ley 270 de 1996 y, consiguientemente, al régimen general de responsabilidad previsto en el citado artículo 90 de la Carta.

A partir de tales premisas concluyó que haber construido una fórmula rigurosa e inmutable de responsabilidad patrimonial, según la cual el Estado debe ser condenado de manera automática en aquellos eventos en los cuales la absolución del procesado se dé por no haberse desvirtuado la presunción constitucional de inocencia, y al no efectuarse un análisis previo por el juez estatal para determinar si la decisión que restringió la libertad fue irrazonable o arbitraria, el Consejo de Estado transgredió el precedente fijado por la Corte Constitucional mediante la referida sentencia C-037 de 1996.

De esta manera, la Corte Constitucional modificó de manera importante y sustancial la jurisprudencia que a partir del mencionado título de imputación de responsabilidad estatal venía construyéndose y perfeccionándose desde hace muchos años con fundamento en el respeto que merecen tanto la presunción constitucional de inocencia, como la dignidad de las víctimas, en el entendido de que el artículo 90 de la Carta Política centra la responsabilidad patrimonial del Estado en la antijuridicidad del daño y no en la antijuridicidad de la conducta del agente estatal, lo cual sí exigiría determinar si la restricción de la libertad fue arbitraria o irrazonable, o, en otras palabras, si hubo una falla en el servicio.

Lo anterior, sin perjuicio de afirmar que, con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, este debe valorar la conducta de la víctima como un aspecto que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable del Estado.

### 3.3. SENTENCIA T-011717 – RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LOS DAÑOS QUE PUEDAN PADECER LOS CONSCRIPTOS

La Corte Constitucional precisó que las providencias que adoptaron las sedes de instancia y que resolvieron la acción de reparación directa parten del supuesto de que el soldado demandante no probó que la esquizofrenia que padece se produjo por una actividad militar, lo cual no solo desconoce el concepto y desarrollo del régimen de responsabilidad objetivo sino que, además, vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

Al respecto reafirmó que en esta materia le corresponde al Estado demostrar que el daño no le es imputable por cualquiera de los eximentes de responsabilidad, en tanto que tiene una responsabilidad objetiva de devolver a quienes prestan el servicio militar en las mismas condiciones de salud física y mental que presentaban al momento de su incorporación.

#### 3.4. SENTENCIA SU-353/20 – RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS

En esta oportunidad, la Corte Constitucional resolvió validar la jurisprudencia sentada inicialmente por la sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por daños ocasionados en atención a la acción violenta de terceros y, por tanto, dejó sin valor la sentencia que dictó la Subsección B de la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, en cuanto concluyó que se configuró el desconocimiento del precedente judicial, en cuanto la providencia acusada centró su análisis exclusivamente en la antijuricidad del daño, sin haber establecido la atribución jurídica del mismo para determinar si el reproche de responsabilidad podía encuadrarse en alguno de los títulos de imputación desarrollados por la referida Sala Plena de la Sección Tercera.

#### 3.5. SENTENCIA SU-354720 – ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA AGENTES DEL ESTADO

La Corte Constitucional se detuvo a explicar la naturaleza y los alcances constitucionales de la acción de repetición, aspectos acerca de los cuales destacó el carácter subjetivo de la acción de repetición, a partir de lo cual subrayó la necesidad de que los jueces administrativos eviten someter el estudio de la responsabilidad de los agentes del Estado, a los mismos análisis que se aplican para enjuiciar la responsabilidad patrimonial del propio Estado.

De esta manera, sentó importantes pautas de carácter general con sujeción a las cuales, sin lugar a la menor hesitación, tendrán que adelantarse en el futuro los juicios correspondientes a la mencionada acción de repetición.

Así, la Corte Constitucional precisó que la condena que se origine con ocasión de la pretensión de regreso debe tasarse atendiendo las circunstancias objetivas del asunto, no derivadas de la situación personal de cada servidor en atención a lo dispuesto en la sentencia C-484 de 2002, sino predicables en general de las relaciones entre los funcionarios y la Administración.

Al respecto explicó que, si bien el artículo 90 constitucional y el carácter resarcitorio de la repetición determinan que el servidor público deba ser llamado a responder por la cuantía equivalente a la condena impuesta, es factible que no se preserve de manera exacta dicha correspondencia cuando las exigencias que surgen del principio de proporcionalidad imponen una solución distinta.

En tal sentido, señaló que los jueces de repetición, a efectos de tasar el monto de la condena, deben examinar el grado de participación del demandado en los hechos que dieron origen al daño, teniendo en cuenta que la conducta del agente, a pesar de ser dolosa o gravemente culposa, podría no ser la única causa del daño.

Agregó que el alcance del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política resultaría desbordado al exigir que el funcionario *(i)* asuma las consecuencias de la demora en la resolución del proceso judicial en el que se impone la condena al Estado, o *(ii)* que esté obligado a pagar elementos de la reparación que tengan un objetivo mayor al resarcimiento del daño concreto que causó, como ocurre con medidas de no repetición dirigidas a superar problemáticas institucionales.

Así pues, al momento de fijar el monto a repetir, los jueces de lo contencioso administrativo deben identificar el verdadero valor del daño atribuido al agente, pues en algunas ocasiones la condena al Estado puede verse seriamente incrementada por factores ajenos a la voluntad del servidor y, por ello, no le resultan imputables.

Además, indicó que los jueces del Estado deben adoptar las previsiones correspondientes para que la condena que se imponga como producto de una acción de repetición en los términos del citado artículo 90 constitucional, no se convierta en una decisión que, debido a su desproporción, vulnere los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad, por resultar

una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas.

Para ello, deben considerar que no siempre todo el monto al que haya sido condenado el Estado como consecuencia de un daño antijurídico derivado de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes, puede serle atribuido a estos, en observancia a la necesaria proporcionalidad que debe existir entre la potencialidad dañosa de la actuación del Estado y la responsabilidad que cabe exigir a sus agentes.

En uno de los casos concretos objeto de revisión, la Corte estimó que existía una ambigüedad en el presupuesto a partir del cual se realizó la imputación del dolo, puesto que de un lado se expresó que la Entidad Demandante acreditó la ocurrencia de desviación de poder al acreditar que la correspondiente decisión administrativa se adoptó en contra del tenor literal de la norma legal aplicable, al paso que, por otro lado, la atribución de responsabilidad se edificó sobre un supuesto distinto.

Dicha ambigüedad, además de generar confusión en cuanto al análisis de atribución de responsabilidad, parecía sugerir que el juicio de repetición se realizó a partir de la presunción de culpa grave consistente en la violación manifiesta e inexcusable de una norma de derecho (numeral 1 del artículo 6 de la ley 678 de 2001), sin embargo para la Corte Constitucional esa misma actuación no puede catalogarse como *“violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho”*, porque la determinación administrativa que generó la condena para la Entidad Estatal no obedeció al desconocimiento deliberado de la norma legal aplicable, sino que ello obedeció a una divergencia interpretativa.

En suma, concluyó la Corte Constitucional que los actos administrativos que posteriormente dieron lugar a la condena impuesta en contra del Estado, tuvieron un claro propósito de preservar la función pública dentro de un escenario delicado.

En otro de los casos revisados, aunque la Corte Constitucional verificó que el Consejo de Estado realizó un análisis de atribución de responsabilidad patrimonial ajustado a los términos constitucionales, comoquiera que verificó (i) la existencia de

providencias condenatorias; *(ii)* el pago de la obligación allí contenida; *(iii)* la calidad de agente estatal del agente demandado en repetición; *(iv)* la atribución de la conducta determinante del daño antijurídico del agente a título de culpa grave, y *(v)* la ausencia de extrapolación de las conclusiones del fallo de reparación al juicio de repetición, en todo caso encontró que omitió verificar si se le exigió a la accionante a pagar un valor mayor al daño que le era atribuible.

De esta manera, la Alta Corporación concluyó que, aun cuando el agente llamado en repetición solicitó la modulación del valor de la condena impuesta en su contra, el Consejo de Estado optó por una posición absoluta y acrítica sobre el valor de la misma, sin examinar el *(i)* grado de participación del agente en los hechos que dieron lugar al daño y las circunstancias objetivas de las relaciones entre los funcionarios y la administración; *(ii)* las circunstancias atenuantes que influyen en el monto a reintegrar; *(iii)* la restricción de que la suma a reintegrar no sea mayor a la condena impuesta al Estado, y *(iv)* el verdadero valor del daño atribuible al agente, suprimiendo del mismo los incrementos respectivos a factores ajenos a la voluntad del agente.

#### 4. LAS INQUIETUDES QUE GENERA LA FIJACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN ASUNTOS PROPIOS DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En relación con el tema que acaba de exponerse y en atención, bueno es reiterarlo, a la condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que la Carta Política le atribuye de manera directa y expresa al Consejo de Estado, para instituirlo así en el Tribunal de cierre de la Jurisdicción especializada, resulta evidente que el Constituyente tuvo la clara y deliberada finalidad de asignarle la responsabilidad de orientar con su jurisprudencia, de manera última y definitiva, la función de impartir justicia por parte de todos los jueces y tribunales que integran dicha Jurisdicción.

De ahí que resulte perfectamente válido acerca de esta materia, volver a traer a colación el pronunciamiento que realizó la Sala

Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en noviembre 26 de 2013, radicación No. 11001-03-26-000-2009-00032-00, en cuanto destacó que la propia Corte Constitucional, mediante su sentencia C-037 de 1996 definió en forma absolutamente clara, que *“resultaba abiertamente contrario a la Constitución Política que en el proyecto que finalmente se convirtió en la ley Estatutaria 270 de 1996, se hubiera previsto que la Corte Suprema de Justicia pudiera conocer de recursos extraordinarios de revisión impetrados contra sentencias expedidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en asuntos de pérdida de investidura de Congresistas, por manera que resulta inaceptable que ahora, en el caso concreto a que se refiere este pronunciamiento, la Corte Constitucional haya decidido desconocer por completo su propia jurisprudencia constitucional, sin motivación alguna que pueda servirle de explicación y menos de justificación”*<sup>25</sup>.

Ciertamente, en su aludida sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional al hacer referencia a las funciones atribuidas directamente por la Carta Política al Consejo de Estado, sostuvo: *“... sin ningún asomo de duda, que la decisión respecto de la pérdida de la investidura le compete en forma exclusiva y autónoma al Consejo de Estado y más exactamente a la Sala Contencioso Administrativa. En consecuencia, ningún otro órgano perteneciente a cualquiera otra rama del poder puede entrar a revisar las determinaciones que sobre el particular adopte la citada Sala de esa Corporación, pues con ello no sólo se estaría desconociendo flagrantemente lo dispuesto en los artículos 184 y 237-5 de la Constitución, sino también se estaría atentando contra los artículos 113 y 228 superiores, que consagran la independencia del juez cuando la Carta le ha otorgado, como en el presente caso, una atribución exclusiva y autónoma para fallar”*.

De esta manera, resulta paradójico y desconcertante, por decir lo menos, que sea la misma Corte Constitucional la Corporación que ahora, además de haber asumido la tarea de revisar sentencias proferidas por el Consejo de Estado en cumplimiento de las funciones constitucionales y legales que debe ejercer de manera independiente y autónoma, sea también la Corporación que haya

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación No. 11001-03-26-000-2009-00032-00; expediente No. 36.537. Providencia fechada en noviembre 26 de 2013.

emprendido la tarea de establecer las pautas jurisprudenciales que deben acatar todos los integrantes de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al momento de administrar justicia en el ámbito de sus competencias.

Sin duda en este punto resultan igualmente válidos y oportunos los cuestionamientos que la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado consignó en su providencia de marzo 4 de 2003, expediente con radicación No. 11001-03-24-000-1999-05683-02 (IJ-030), a propósito del fallo de constitucionalidad que expidió la Corte Constitucional con el propósito de ‘rectificar’ y, por tanto, desconocer la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en torno a la denominada teoría de los móviles y finalidades,

***“VI. El Consejo de Estado es autónomo en la producción de su jurisprudencia***

*“Establecido así el hecho de que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un control difuso de constitucionalidad, cuyos titulares son la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, forzoso es concluir que ambos son órganos límites en el ejercicio de sus propias competencias, a menos que uno de ellos no respete los estrictos y precisos términos que le impone la Constitución en el cumplimiento de su función de control, caso en el cual su decisión se torna ilegítima”.*

*“De otra parte, el Consejo de Estado, por disposición del constituyente, tiene la calidad de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, según mandato vinculante del numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política. En esa condición de tribunal supremo, no tiene superior que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones en la administración de justicia, por la elemental razón de que dejaría de ser supremo, si sus fallos pudieran ser determinados por otra autoridad judicial o política. Solamente en el evento de que se reforme la Constitución en dicha materia, ello sería posible.*

*“.....*

*“Habida cuenta, entonces, de su calidad constitucional de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, sus decisiones no son susceptibles de cuestionamiento posterior por órgano alguno. Sería necesario una reforma constitucional para que ello fuera posible y como ésta*

*no ha tenido lugar, cualquier pretensión de interferencia en la autonomía que debe caracterizar el cumplimiento de su función jurisdiccional, es inaceptable y le es inoponible en la toma de sus decisiones. Es principio incontrovertible que en la producción de su jurisprudencia el Consejo de Estado es autónomo”<sup>26</sup>.*

Sólo resta recordar que la propia Corte Constitucional, en su condición de guardiana de la Carta Política y en perfecta coincidencia con la jurisprudencia de las demás altas Cortes de Administración de Justicia, además de haber puesto de presente en múltiples oportunidades la importancia que para el ordenamiento Constitucional representa la división de funciones, el respeto de las competencias y la prohibición que consagra el citado artículo 121 de la Constitución Política, también ha desarrollado esas ideas a partir del principio de legalidad, en torno del cual ha dicho, entre muchas otras cuestiones de gran trascendencia:

*“(…) para la Corte no es de recibo el argumento de que el Gobierno puede perfectamente atender una serie de asuntos relacionados con el tema en cuestión, por cuanto la Constitución no prohíbe expresamente dicha actuación. Considera, entonces, esta Corporación oportuno pronunciarse acerca de la denominada “cláusula general de competencia”, la cual establece que el funcionario público únicamente puede hacer aquello que le está expresamente permitido.*

*“El principio según el cual a los particulares se confiere un amplio margen de iniciativa, al paso que los servidores públicos deben ceñirse estrictamente a lo autorizado por la Constitución y la ley, está recogido en el texto constitucional en su artículo 6, que prescribe:*

*“Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.*

*“Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo*

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia de 4 de marzo de 2003, exp. 11001-03-24-000-1999-05683-02 (IJ-030); M.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

*que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de la autorización legal.*

*“Es a todas luces contrario al principio señalado, suponer que al no estar algo expresamente prohibido, bien sea para el legislativo, o para cualquiera otra rama del poder público, sus integrantes pueden hacerlo, porque esta prerrogativa es exclusiva de los particulares. Los servidores públicos tan sólo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. Es una conquista que esta Corporación no puede soslayar, no sólo por el esfuerzo que la humanidad tuvo que hacer para consagrarla efectivamente en los textos constitucionales, sino por la evidente conveniencia que lleva consigo, por cuanto es una pieza clave para la seguridad del orden social justo y para la claridad en los actos que realicen los que detentan el poder público en sus diversas ramas”.*

*“La inversión del principio es contraproducente desde todos los puntos de vista: desde el constitucional, porque extendería al servidor público una facultad connatural a los particulares, con lo cual introduce un evidente desorden, que atenta contra lo estipulado en el Preámbulo de la Carta y en el artículo 2o. de la misma; también desde el punto de vista de la filosofía del derecho, por cuanto no es proporcionado otorgar al servidor público lo que está adecuado para los particulares; y desde el punto de vista de la conveniencia, resulta contraproducente permitir la indeterminación de la actividad estatal, porque atenta contra el principio de la seguridad jurídica que es debido a la sociedad civil. (...)”<sup>27</sup>.*

Pues bien, esa misma materia, naturalmente vigente en el ordenamiento jurídico nacional, ha sido sintetizada magistralmente por el Honorable Consejo de Estado a través del brocardo, según el cual, **“... en la fórmula del Estado de Derecho no son de recibo las competencias implícitas, ni tampoco las sobreentendidas, ...”**<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-337 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de febrero 23 de 2000, expediente No. 16.394. M.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Caso Sergio Emilio Cadena Antolinez Vs. Colombia.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 7 de diciembre de 2016, exp. 2016-00134-01, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2016, exp. 2016-02213-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia de 24 de noviembre de 2016, exp. 2016-02568-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, entre otras.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de febrero 23 de 2000, expediente No. 16.394. M.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 2009-01328-01, C.P. María Elizabeth García González.

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 2012-02201-01 (IJ), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia de junio 29 de 2004, expediente AC-10203. Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Actora: Ana Beatriz Moreno de Morales.

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2004-0270-01 (IJ), M.P. Dr. Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta.

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de septiembre 20 de 2006; Radicación: 25000-2325-000-1998-5123-01(4361-02); demandante: Rosario Bedoya Becerra; M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación No. 11001-03-26-000-2009-00032-00; expediente No. 36.537. Providencia fechada en noviembre 26 de 2013.

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación No. 11001-03-26-000-2009-00032-00; expediente No. 36.537. Providencia fechada en noviembre 26 de 2013.

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia de 4 de marzo de 2003, exp. 11001-03-24-000-1999-05683-02 (IJ-030); M.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-337 de 1993. Magistrado Ponente, Dr. Vladimiro Naranjo.

Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-444 de 1995; M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-111 de 2000; M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2002; M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia. Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001; M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia. Corte Constitucional, sentencia SU-573 de 2017.

Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-001 de febrero 18 de 2007, reiterada en sentencia T-779 de 25 de septiembre de 2007.

Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-724 de 2006; M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-208 de 1993; M.P. Hernando Herrera Vergara

Colombia. Corte Constitucional, sentencias SU-556 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa; SU-542 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; SU-490 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y SU-659 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Sentencia SU-542 de 1999, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, reiterada en sentencia T-472 de 10 de mayo de 2005, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

# CAPÍTULO V

## ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

ALBERTO YEPES BARREIRO\*

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 2. ALGUNOS ESCENARIOS DEBATIDOS. 2.1. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA. 2.2. CONSTITUCIÓN EN RENUENCIA. 2.3. NORMAS SUSCEPTIBLES DE EXIGIBILIDAD. 2.4. POTESTAD REGLAMENTARIA. 3. CONCLUSIÓN. 4. BIBLIOGRAFÍA.

### INTRODUCCIÓN

Sabido es que el encuadramiento jurídico de la idea política fundamental de protección de los derechos de los ciudadanos, bajo la máxima del respeto a la dignidad del ser humano, propició un escenario fáctico idóneo para el desarrollo de las diferentes acciones que previó el Constituyente de 1991. En ese sentido, cada uno de los mecanismos constitucionales que se establecieron, fueron desarrollados alrededor de las diferentes esferas que edifican estos derechos (lo individual, lo colectivo, lo grupal, etc.), pero todos en conjunto direccionados a la construcción del Estado Constitucional de Derecho.

Previstas estas herramientas de protección, con el tiempo se advirtió que no solo la ley resultaba importante y decisiva en la definición y alcance de cada una de ellas, sino que los jueces

---

\* Abogado y Colegial del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Magister en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Procesal, en Derecho Público y en Derecho Constitucional. Exmagistrado de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Profesor de pregrado y posgrado de varias universidades del país: Universidad del Rosario, Universidad Sergio Arboleda, Universidad Javeriana, Universidad Nacional de Colombia, Universidad Externado de Colombia y Universidad Surcolombiana de Neiva.

eran los nuevos personajes principales en el marco de esa nueva era constitucional. Fue en este contexto en el cual nació y aún evoluciona una acción mediante la cual se busca resguardar a los ciudadanos de normativas “*simbólicas*” y nunca cumplidas, creadas por disposiciones del Estado, en particular, por la Administración pública.

Esa figura de la cual se ha hecho alusión, no es otra que la acción de cumplimiento, la cual si bien se origina en el antiguo derecho inglés, ha sido desarrollada con ciertas particularidades propias de los sistemas jurídicos que rigen cada uno de los estados V.gr. Estados Unidos, Brasil, Argentina y Perú. Es menester mencionar adicionalmente que dadas sus particularidades a partir de su vigencia, a través de ella, en Colombia se ha desencadenado un importante proceso de salvaguarda de la legalidad y de superación de la brecha, siempre existente entre el derecho normativo y realidad.

Tomaremos la noción de VERGARA, para definir “*La acción de cumplimiento como una acción constitucional, que puede ser estudiada en un doble sentido: por un lado, como mecanismo procesal de protección y efectividad de los derechos ciudadanos, de la misma forma que se destaca la acción de tutela y las acciones populares; por otro, como mecanismo de control del Estado...*”<sup>1</sup>.

A continuación se expondrá brevemente los orígenes de esta acción y algunos de los escenarios más controversiales que han sido desarrollados por la ley y, particularmente, por la Sección Quinta del Consejo de Estado como órgano de cierre en la materia.

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La acción de cumplimiento, cuya finalidad es la efectividad de la ley y de los actos administrativos se encuentra inspirada en dos instituciones jurídicas del derecho anglosajón, a saber, en el “*writ of mandamus*” y el “*injunction*”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> VERGARA MESA, Hernán Darío. *Los condicionantes de la acción de cumplimiento*. Revista Estudios de Derecho. Vol. 64. Núm. 143. Universidad de Antioquia, 2007.

<sup>2</sup> NANCLARES, Manuel Ricardo. *Acciones de cumplimiento ambiental*. Bogotá: Dike, 1995.

En países del *Common Law*, esta figura jurídica ocupa un lugar muy importante tanto en el derecho inglés como en el derecho estadounidense, en donde ella se concibe de la siguiente manera:

*“Es una orden expedida por una corte de contenido perentorio que obliga a alguien a hacer o a cesar un agravio o un perjuicio. Como recurso el injuncion se caracteriza porque permite prestar toda la atención en el mérito del caso con un mínimo de tecnicismo procesal”<sup>3</sup>.*

De este modo, se ha denominado al derecho pre moderno inglés como uno por acciones, aunque cabe mencionar que esta característica no es exclusiva del derecho anglosajón, toda vez que, en el derecho romano clásico es posible hallar esa misma línea de estructuración jurídica, en el entendido de que existen características comunes entre el “*writ*” inglés y la “*actio*” romana; Así lo enseña PÉREZ RAGONE<sup>4</sup>.

El antecedente específico de la acción de cumplimiento es el *writ of mandamus*, el cual surgió hacia el siglo XIV, como un proceso judicial a través del cual se obtenía un mandato del juez dirigido a las autoridades para que cumplieran con sus obligaciones<sup>5</sup>. Acorde a su definición clásica, “*es el mandamiento que dicta un tribunal competente en nombre del Estado o soberano, dirigido a otro tribunal inferior o a cualquier autoridad administrativa, ordenando la ejecución de un deber impuesto por la ley*”<sup>6</sup>.

Posteriormente, esta acción tuvo recepción en los Estados Unidos de Norteamérica, específicamente en el Código Judicial en su artículo 1631, en donde se estableció como la potestad atribuida a “*las Cortes del Distrito para compeler a un empleado o funcionario de los Estados Unidos o a cualquiera de sus agencias a ejecutar una obligación debida al demandante*”.

<sup>3</sup> NANCLARES, Manuel Ricardo, *Op. cit.*, p. 56

<sup>4</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro D. “*Writ*” y “*actio*” en el surgimiento y la configuración del proceso civil inglés medieval”. En: *Historia de los Dogmas Jurídicos*. Chile. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXIX, No. 29. 2007, pp. 333-356.

<sup>5</sup> Cfr. E.C.S. WADE y A.W. BRADLEY. *Constitutional and Administrative Law*. London. Longman Publishing Group. 1993, pp. 713 y ss.

<sup>6</sup> RABASA, Oscar. *El Derecho Angloamericano: Estudio Expositivo y Comparado del “Common Law”*. México: Ed. Porrúa. 1982, p. 641.

Bajo este influjo derivado del derecho anglosajón, y una vez advertido el problema fáctico de la ineficacia normativa de carácter administrativo y el de la inaplicabilidad de la ley, algunos sistemas de derecho continental como Francia y Colombia, también implementaron y adecuaron dicha acción a su propio ordenamiento.

A manera de ilustración, piénsese en Francia, en donde la Constitución no contiene ninguna disposición relativa a la ejecución de un derecho, sin embargo, existe una legislación particular que se encarga de regular la *Injonction*, frente a la cual la jurisprudencia y la doctrina han unido esfuerzos para definir su alcance dentro del ordenamiento jurídico francés. Conviene aclarar que, para algunos, la *Injonction* se encuentra ligada a la ejecución forzada de las decisiones de justicia, tal es el caso de E. Laferriere quien califica la figura como la fórmula ejecutoria que acompaña la decisión de justicia; mientras que para otros, se trata simplemente de una obligación de hacer<sup>7</sup>.

En ese sentido, al constituir un acto imperativo, unilateral, preciso y conminatorio, de manera general, algunos tratadistas<sup>8</sup> afirman que la abstención, no efectividad y todas las formas de reticencia de la plena aplicación de las reglas del derecho francés son cada vez menos toleradas.

Ahora bien, por su parte en Colombia, a esta figura se le denomina simplemente “acción de cumplimiento”, la cual si bien es cierto “...no existía en nuestro ordenamiento jurídico cuando el constituyente de 1991 decidió incorporarla en la Carta, también lo es, que con antelación, ya había tenido una fugaz figuración en nuestro sistema legal entre 1984 y 1989, y que, años atrás, había formado parte de un ambicioso proyecto de ley en materia procesal administrativa”<sup>9</sup>.

En efecto, en el artículo 86 del antiguo Código Contencioso Administrativo se consagró la “Acción de reparación directa y cumplimiento”, sin embargo, después de diversas consideraciones, se terminó por circunscribir dicha normativa únicamente a la acción

<sup>7</sup> PERRIN, Alix. *L'injonction en droit public francais*. Edition Panthéon Assas, 2007.

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La acción de cumplimiento*. Bogotá: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. No. 325. 2004, p. 133.

de reparación. En efecto, la existencia de esta figura fue efímera, toda vez que, mediante el Decreto 2304 de 1989, expedido por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso –ley 30 de 1987–, la acción para el cumplimiento de los deberes a cargo de la Administración fue eliminada.

En ese orden de ideas, fue el Constituyente de 1991 quien determinó realmente la incorporación de esta acción, elevándola además a rango constitucional y dejando en el olvido esa aparición fugaz que en algún momento tuvo, para de este modo, con ella procurar que en el sistema colombiano se irradiara de efectividad material normativa y desaparecieran las “*normas de papel*”.

## 2. ALGUNOS ESCENARIOS DEBATIDOS

En Colombia la regulación de dicha acción se encuentra dispuesta en la ley 393 de 1997, la cual hoy resulta necesario sistematizar con las decisiones judiciales del máximo órgano encargado de definir su alcance: la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Ahora bien, no es secreto que los jueces han tenido un rol fundamental en el alcance de este tipo de acciones, a pesar la acerva crítica de los legicentristas que añoran el sistema jurídico del derecho decimonónico, puesto que en medio del debate jurídico son ellos quienes han regulado, complementado y delimitado algunos aspectos que la ley dejó inconclusos, o frente a los cuales no se pronunció. Ha sido esa hermenéutica la que ha propiciado un marco totalmente distinto a aquel en el que se concibió la acción de cumplimiento, pues en esa interpretación la piedra angular ha sido y seguirá siendo la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Será extenso contemplar todos los aspectos de esta acción en este ensayo; por ello, a continuación se desarrollarán sus aspectos relevantes que se compilan cuatro aspectos esenciales, en los cuales las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado han sido trascendentales y, por ende, de obligatoria consulta frente al tema: la legitimación en la causa por activa, la renuencia como requisito de procedibilidad, las normas susceptibles de exigibilidad y la potestad reglamentaria.

## 2.1. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

¿Quién puede presentar esta acción? Es precisamente este el cuestionamiento o la pregunta que se abordará alrededor de este primer escenario de discusión que, si bien pareciera no tener mayor controversia, lo cierto es que incluso en la definición de características tan sencillas como esta, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha debido determinar su alcance, con el fin de no hacer nugatoria su finalidad.

Se trata de una acción cuyo sujeto activo no está cualificado, tal cual como lo establecen tanto el artículo 87 constitucional como el artículo 4° de la ley 393 de 1997, razón por la cual, en principio, cualquier persona cuenta con la potestad de impetrar esta acción. En otras palabras, su titularidad recae sobre cualquiera interesado en hacer cumplir una ley o un acto administrativo, es decir, por quien esté dispuesto a velar por la eficacia de las normas jurídicas.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sección Quinta aclaró que si bien, *prima facie*, su ejercicio está en cabeza de cualquier persona, lo cierto es que cuando se trata de la materialización de derechos subjetivos, sólo quien se encuentre afectado o sea el titular del derecho, es quien realmente puede exigir su cumplimiento<sup>10</sup>.

En ese orden de ideas, hoy la titularidad de la acción no siempre es pública, puesto que si existe un móvil subjetivo para su interposición, únicamente quien resulte afectado por la no aplicación de la norma estará legitimado para impetrar la acción.

## 2.2. CONSTITUCIÓN EN RENUENCIA

Se trata de un requisito de procedibilidad que debe cumplirse antes de la interposición de la acción de cumplimiento. Consiste en constituir en renuencia a la autoridad o particular responsable de la ejecución de la norma o acto correspondiente. Lo anterior, significa en términos prácticos que, por un lado, el accionante

---

<sup>10</sup> Ver: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 27 de febrero de 2003, Exp. 44001-23-31-000-2002-00584-01(ACU-1726). M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 12 de junio de 2014, Exp. 25000-23-41-000-2014-00118-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

debe reclamar previamente el cumplimiento del deber legal o administrativo y, por otra parte, la autoridad haber ratificado su incumplimiento ya sea de manera expresa o tácita, último evento que sucede cuando guarda silencio sobre el requerimiento dentro de los diez días siguientes a su presentación.

No obstante, de conformidad con el artículo 8° de la ley 393, existe una excepción a esa regla previamente expuesta, puesto que es posible prescindir de este requisito cuando, se el actor esté el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual este hecho deberá ser sustentado en la demanda. ¿Y qué entender por perjuicio irremediable? Simplemente diremos y para no extendernos, que al efecto es viable acudir en ejercicio de una interpretación analógica, a los diversos criterios que configuran el perjuicio irremediable en materia de tutela y de los cuales extensamente se ocupado nuestra doctrina constitucional, a saber: inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad<sup>11</sup>.

Es menester mencionar que esta exigencia de procedibilidad más allá de limitar el ejercicio de la acción, lo que busca es darle la oportunidad a la autoridad renuente para que cumpla de manera voluntaria su deber, pues implícitamente se debe reconocer que ciertamente la administración no es infalible, como se presumía en antaño.

Ahora bien, el Consejo de Estado, con el propósito de delimitar el alcance y características de este requisito, estableció que independientemente del medio que se utilice para constituir en renuencia a la autoridad pública, por ejemplo, el derecho de petición ordinario, lo trascendente es que su contenido tenga el propósito de agotar el requisito y no sea otro su propósito<sup>12</sup>.

La jurisprudencia además ha hecho énfasis en que dicha exigencia consta de dos supuestos que deben constatarse fácticamente: la solicitud de cumplimiento elevada por el actor y

<sup>11</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho Procesal Constitucional Colombiano: Acciones y Procesos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda. 2015, p. 270.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 2 de mayo de 2013, Exp. 25000-23-24-000-2012-00805-01, M.P. Susana Buitrago Valencia. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 15 de abril de 2015, Exp. 76001-23-33-000-2014-01181-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 23 de enero de 2020, Exp. 25000-23-41-000-2019-00839-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

la renuencia al cumplimiento solicitado por parte de la entidad<sup>13</sup>. Asimismo, tratándose de los requisitos de la prueba aportada para acreditar la renuencia, el Consejo de Estado estableció que entre el escrito de renuencia y la demanda deben coincidir las normas incumplidas, la pretensión, el peticionario y la entidad a quien se dirige la petición<sup>14</sup>.

Por otra parte, la Sección Quinta, como órgano de cierre especializado en la materia, ha precisado que el análisis para determinar si el requisito de procedibilidad se agotó o no, no implica estudiar el fondo del asunto, habida cuenta que las razones que aduzca la entidad demandada como justificaciones para el incumplimiento del deber a su cargo, no enervan la renuencia<sup>15</sup>.

Finalmente, la Corporación indicó que el juez del cumplimiento no puede, so pretexto del estudio de la renuencia, adentrarse en el análisis de la existencia de un mandato imperativo e inobjetable, pues dicho estudio se debe efectuar en la sentencia<sup>16</sup>.

### 2.3. NORMAS SUSCEPTIBLES DE EXIGIBILIDAD

Pese a que pareciera no despertar debate alguno que esta acción constitucional busca el cumplimiento efectivo de la ley y los actos administrativos, lo cierto es que, una vez más, el Consejo de Estado se vio en la necesidad de aclarar su alcance de cara a las normas que son susceptibles de exigibilidad, pues advirtió que no había lugar a solicitar el cumplimiento judicial de toda clase de disposiciones normativas. Veamos:

*“Desde la perspectiva legal, la jurisprudencia ha establecido que las fuentes del derecho sobre las cuales recae la acción de cumplimiento comprende tanto la ley en sentido formal como la ley en material, esto último desde la óptica de aquellos decretos con fuerza de ley o con vocación legislativa dictados por el Presidente de la República, en desarrollo de*

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 24 de junio de 2004, Exp. 44001233100020030072401, M.P. Darío Quiñones Pinilla.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 2 de marzo de 2017, Exp. 20001-23-33-000-2016-00499-01(ACU), M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 27 de noviembre, Exp. 76001-23-33-000-2014-00304-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro (E).

<sup>16</sup> *Ibíd.*

*las facultades conferidas por los artículos 150-10, 212, 213, 215 y 341 de la Constitución Política (...) Sin dejar a un lado, la procedencia de la acción de cumplimiento contra los actos administrativos de contenido general o particular, bajo el entendido que estos reflejan la voluntad unilateral de la administración de producir efectos jurídicos, se precisa lo anterior, si se tiene en cuenta que no es dable el mecanismo constitucional previsto en el artículo 87 constitucional frente a actos de mera ejecución, pues tales determinaciones no tienen la categoría de un verdadero acto administrativo, ya que solo se limitan a materializar una orden judicial o administrativa”<sup>17</sup>.*

En ese sentido, se ha establecido que las normas susceptibles de exigirse mediante esta acción, deben contener un mandato claro e inobjetable a cargo de la entidad demandada<sup>18</sup>. Lo anterior cobra relevancia si se tiene presente que la sentencia que se profiera dentro del ejercicio de la acción de cumplimiento no tiene la naturaleza de constitutiva, toda vez que no determina la existencia de una obligación o un derecho, pues esto ha de estar previamente establecido y vigente<sup>19</sup>.

Asimismo, se ha señalado que una de las características del deber que se pide cumplir mediante la acción es que sea actual, lo cual se explicó de forma juiciosa en la sentencia del 24 de marzo de 2014<sup>20</sup>, en los siguientes términos:

*“Es de resaltar que una de las características del deber que se pide cumplir es que su exigibilidad sea actual, es decir, que para el momento en que se acuda a la acción la norma o el acto administrativo se encuentre descatado. Tal hecho impide que esta acción se utilice para reclamar que el juez emita órdenes para superar situaciones expiradas o futuras. Respecto de las primeras, porque la acción no procede para revivir oportunidades de reclamo fenecidas como ocurre en el presente caso y las segundas, cuando lo que refleja es que no existe incumplimiento por cuanto el plazo o término para que la administración actúe, no ha concluido. Bajo esta conclusión se impone negar la acción cumplimiento comoquiera que lo pretendido por la*

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 08001-23-31-000-2013-00003-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>18</sup> Ver Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 16 de mayo de 2019, Exp. 08001-23-33-000-2019-00088-01(ACU), M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>19</sup> Ver por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 24 de septiembre de 2015, Exp. 25000-23-41-000-2015-00041-01(ACU), M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 25000-23-41-000-2012-00583-01, M.P. Susana Buitrago Valencia.

*Asociación demandante es la ejecución de un gasto presupuestado que no fue ejecutado y ello implicaría ordenar un desembolso sobre una apropiación inexistente a la fecha e incluso comprometer vigencias futuras”.*

Por otra parte, es necesario mencionar que en relación con la solicitud de cumplimiento de normas que establecen gastos, del artículo 9° de la ley 393 de 1997 se deriva a primera vista la improcedencia de la acción, restricción que se ajusta a la Carta Política según lo dicho por la Corte Constitucional, tesis que también ha sido reiterada por el Consejo de Estado<sup>21</sup>.

No obstante lo anterior, tal cual como el suscrito lo puso de presente en otra oportunidad<sup>22</sup>, no en todos los casos en que la norma comporta una erogación dineraria, la acción de cumplimiento es improcedente. Esto es menester tenerlo claro, pues no poca confusión ha existido sobre el particular. Al respecto, lo cierto es que la jurisprudencia de esa Corporación también ha resaltado que, *una vez elaborado un presupuesto o apropiado el gasto*, la vocación natural de estos actos, de estas decisiones, de estos decretos ejecutivos, no puede ser otra distinta a la de ser eficazmente cumplidos y efectivamente destinados a la satisfacción de la función para la cual están concebidos, y es en estos casos, en los cuales, *la pretensión de cumplimiento es procedente*.

Esta excepción de origen jurisprudencial resulta interesante en la medida en que, bajo un criterio de razonabilidad, amplía el ámbito de aplicación de la acción, toda vez que, al reconocer que una vez estén los recursos disponibles para ejecutar las acciones ordenadas por la ley o acto administrativo, es viable solicitar el efectivo cumplimiento de dichas normas, pues contrario a otros supuestos, en este no se predica la escasez de recursos. En otras palabras, en presencia de disponibilidad presupuestal no habría razón distinta de la negligencia para no dar cumplimiento a lo ordenado<sup>23</sup> y por ello, resulta natural la orden judicial de cumplimiento.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 29 de enero de 1998. Exp: ACU-127, M.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

<sup>22</sup> YEPES BARREIRO, Alberto. *Acción de cumplimiento. Orígenes, concepto y desarrollo*. Bogotá: Legis. 2019, pp. 110.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de enero de 1999. Radicado ACU-552. M.P. Daniel Suárez Hernández. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de abril de 2014, Exp. 76001-23-33-000-2013-01288-01, M.P.: Alberto Yepes Barreiro (E).

Es pertinente observar igualmente que en sentencia del 30 de octubre de 2015<sup>24</sup>, la Corporación extendió dicha tesis a asuntos de carácter ambiental. En esta oportunidad, señaló:

*“En el presente asunto, si bien para la implementación de equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua se deben realizar las erogaciones dinerarias correspondientes, lo cual en principio podría llevar a la conclusión de que el presente medio de control es improcedente por establecer gastos, lo cierto es que en atención a la finalidad que persiguen dichas normas, como lo es la protección de los recursos hídricos a través de la implementación de dispositivos ahorradores, para la Sala es claro que este requisito de procedencia adjetiva de la acción debe superarse con el fin de satisfacer cabalmente, en los términos explicados por la jurisprudencia de esta Corporación, y por sobre todo lograr la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, dentro de los cuales ocupa lugar privilegiado la materia ambiental y, en este particular, la protección del agua. Por demás, no puede perderse de vista que el cabal cumplimiento de los artículos 15 de la ley 373 de 1997 y 6º del Decreto 3102 de 1997, más allá de generar un gasto para la administración lo que conllevan es la materialización de un ahorro (i) del recurso hídrico en sí mismo y (ii) de los gastos de funcionamiento por cuanto los valores que se pagan por concepto del servicio de agua se disminuirán notablemente en los institutos penitenciarios y carcelarios a cargo de las demandadas”.*

Y bien, allí no finalizan esas múltiples precisiones que ha efectuado el órgano de cierre en esta acción, puesto que, por otro lado, y con relación a la solicitud del mero y aislado cumplimiento de normas constitucionales, ha sido clara en señalar que la acción de cumplimiento no es el medio idóneo para su eficacia, puesto que *“el propio Constituyente la diseñó para exigir la efectividad de normas de inferior jerarquía”*<sup>25</sup> y añadimos, porque su desarrollo compete exclusivamente al legislador y a la doctrina y jurisprudencia constitucionales.

En este contexto también ha sido importante el pronunciamiento en relación con los tratados internacionales que conforman el

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de octubre de 2015, Exp. 25000-23-41-000-2015-01461-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de junio de 2004, Exp. 44001-23-31-000-2004-0047-01(ACU), M.P. Darío Quiñones Pinilla. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 25 de abril de 2019, Exp. 05001-23-33-000-2019-00328-01 (ACU), M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

bloque de constitucionalidad, frente a lo cual se dispuso que, precisamente por formar parte de la Constitución, no serían susceptibles de exigirse vía acción de cumplimiento<sup>26</sup>.

#### 2.4.1. *Potestad reglamentaria*

En lo que concierne a este tema, es posible advertir que con el transcurrir de los años fueron variadas las posiciones que para tal efecto asumió el juez del cumplimiento, parangón que permite dilucidar un cambio trascendental en dicha línea de decisión. Veamos:

En la jurisprudencia temprana del Consejo de Estado sobre la acción de cumplimiento, había una posición más conservadora fundamentada en la prevalencia del principio de separación de poderes. De lo anterior se concluía que no era posible para el juez de cumplimiento ordenar al Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República, la reglamentación de una ley<sup>27</sup>.

Posteriormente, en el año 2011 la posición cambió, y con sustento en la prevalencia del principio de deferencia al legislador, orientado más hacia la doctrina de frenos y contrapesos, la tesis que se sostuvo consistió en que siempre y cuando la propia ley establezca un término para la reglamentación y éste ya se haya vencido, le es dable al juez ordenar el cumplimiento<sup>28</sup>. Es así como nace un matiz a esa regla que en su momento parecía no aceptar excepción alguna.

Esta posición con el tiempo se amplió y la Sección Quinta del Consejo de Estado dispuso que incluso en los eventos de ausencia de un término para la reglamentación, los ciudadanos podrían exigir el debido cumplimiento de la ley. Así, la Alta Corte advirtió la necesidad de delimitar el alcance de esa nueva subregla y al efecto determinó que frente al silencio del legislador, dependiendo

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 17 de julio de 2014, Exp. 25000-23-41-000-2013-02833-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 27 de mayo de 2004, Exp. 25000-23-24-000-2003-01863-02(ACU), M.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Ver también: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 9 de septiembre de 2004, Exp. 05001-23-31-000-2004-3577-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 20 de febrero de 2014, Exp. 05001-23-33-000-2013-01628-01, C.P. Susana Buitrago Valencia.

del grado de complejidad, el juez podría establecer este término, el cual en todo caso no podría ser superior a 6 meses<sup>29</sup>.

Queda pues evidenciado la importancia que ha tenido la justicia pretoriana y el rol del juez constitucional –Sección Quinta del Consejo de Estado– en la determinación y consolidación de los derechos ciudadanos a través de una acción que además de rango legal, ostenta un carácter constitucional y, por ende, requiere del cuidado de quienes la tramitan y al final deciden si hay lugar o no a conceder las delicadas pretensiones que demandan. La axiología y la teleología de la justicia constitucional en el marco de la acción de cumplimiento han hecho posible el cumplimiento de ordenes ejecutivas, legislativas y administrativas que de otra forma hubiesen sido letra muerta, sin que ello haya implicado de ninguna manera la ruptura del principio de separación de poderes.

### 3. CONCLUSIÓN

Como se advirtió a lo largo de este ensayo, la acción de cumplimiento constituye una herramienta judicial de gran trascendencia, pues de ella participan todos y cada uno de los actores institucionales que garantizan el correcto funcionamiento del sistema jurídico y, en consecuencia, del orden social bajo condiciones de justicia. La efectividad material, esto es, la concreción en la realidad de la norma jurídica, exige que exista una deliberación previa al momento de ser expedida, pues de no ser así, esta no sería más que letra muerta, haciendo nugatorios los fines del derecho y del Estado mismo.

La labor efectuada por la Sección Quinta del Consejo de Estado ha servido de ilustración y definición del alcance de esta acción constitucional, obrando como parámetro obligatorio de consulta. Sin embargo, el suscrito sugiere que la regulación de esta acción debe renovarse e incluir todos estos aspectos advertidos por la jurisprudencia y aquellos otros necesarios para hacer más operativa esta figura, de forma tal, que el ciudadano encuentre en un solo texto y con la claridad suficiente los elementos necesarios para saber cómo se ha de interponer dicho mecanismo constitucional.

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 26 de noviembre de 2015, Exp. 63001-23-33-000-2015-00227-01, M.P.: Rocío Araujo Oñate.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 29 de enero de 1998. Exp: ACU-127, M.P. Juan Alberto Polo Figueroa.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 27 de mayo de 2004, Exp. 25000-23-24-000-2003-01863-02(ACU), M.P. María Nohemí Hernández Pinzón.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de junio de 2004, Exp. 44001233100020040004701, M.P. Darío Quiñones Pinilla.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 24 de junio de 2004, Exp. 44001233100020030072401, M.P. Darío Quiñones Pinilla.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 9 de septiembre de 2004, Exp. 05001-23-31-000-2004-3577-01, M.P. Darío Quiñones Pinilla.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 2 de mayo de 2013, Exp. 25000-23-24-000-2012-00805-01, M.P.: Susana Buitrago Valencia.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 20 de febrero de 2014, Exp. 05001-23-33-000-2013-01628-01, M.P.: Susana Buitrago Valencia.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 25000-23-41-000-2012-00583-01, M.P.: Susana Buitrago Valencia.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 08001-23-31-000-2013-00003-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de abril de 2014, Exp. 76001233300020130128801, M.P. Alberto Yepes Barreiro (E).
- Consejo De Estado, Sección Quinta, sentencia de 12 de junio de 2014, Exp. 25000-23-41-000-2014-00118-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro.
- Consejo De Estado, Sección Quinta, sentencia de 17 de junio de 2014, Exp. 25000-23-41-000-2013-02833-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 27 de noviembre de 2014, Exp. 76001-23-33-000-2014-00304-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro (E).
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 15 de abril de 2015, Exp. 76001-23-33-000-2014-01181-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de octubre de 2015, Exp. 25000-23-41-000-2015-01461-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 24 de septiembre de 2015, Exp. 25000-23-41-000-2015-00041-01(ACU), M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 26 de noviembre de 2015, Exp. 63001-23-33-000-2015-00227-01, M.P. Rocío Araujo Oñate.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 2 de marzo de 2017, Exp. 20001-23-33-000-2016-00499-01(ACU), M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 25 de abril de 2019, Exp. 05001-23-33-000-2019-00328-01 (ACU), M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 16 de mayo de 2019, Exp. 08001-23-33-000-2019-00088-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.
- Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 23 de enero de 2020, Exp. 25000-23-41-000-2019-00839-01(ACU), M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.
- E.C.S. Wade y A.W. Bradley. *Constitutional and Administrative Law*. London. Longman Publishing Group. 1993.
- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La acción de cumplimiento*. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. No. 325. 2004.
- NANCLARES, Manuel Ricardo. *Acciones de cumplimiento ambiental*. Bogotá: Dike, 1995.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro D. "Writ" y "actio" en el surgimiento y la configuración del proceso civil inglés medieval". En: "Historia de los Dogmas Jurídicos". Chile. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXIX, No. 29.2007.
- PERRIN, Alix. *L'injonction en droit public français*. Francia: Edition Panthéon Assas, 2007.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho Procesal Constitucional Colombiano: Acciones y Procesos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley Ltda., 2015.
- RABASA, Oscar. *El Derecho Angloamericano: Estudio Expositivo y Comparado del "CommonLaw"*. México: Porrúa, 1982.
- VERGARA MESA, Hernán Darío. *Los condicionantes de la acción de cumplimiento*. Universidad de Antioquia. Revista Estudios de Derecho. Vol. 64. Núm. 143, 2007.
- YEPES BARREIRO, Alberto. *Acción de cumplimiento. Orígenes, concepto y desarrollo*. Bogotá: Legis, 2019.



# CAPÍTULO VI

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

LUIS CARLOS PLATA PRINCE\*

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EVOLUCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 2.1. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA DE LA LEY 11 DE 1975. 2.1.1. *Antecedentes, origen y finalidad del recurso extraordinario de súplica.* 2.1.2. *Características del recurso extraordinario de súplica de la ley 11 de 1975.* 2.1.3. *Supresión temporal del recurso extraordinario de súplica de la ley 11 de 1975 y su sustitución por el recurso extraordinario de anulación.* 2.1.4. *Derogatoria del recurso extraordinario de anulación, introducción del recurso extraordinario de súplica al código de procedimiento administrativo, y entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.* 2.2. MODIFICACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA-RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA DE LA LEY 446 DE 1998. 2.2.1. *Origen y finalidad del recurso extraordinario de súplica de la ley 446 de 1998.* 2.2.2. *Características del recurso extraordinario de súplica de la ley 446 de 1998.* 2.3. SUPRESIÓN DEFINITIVA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA. 3. Conclusiones. 5. BIBLIOGRAFÍA.

---

\* Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana, y magíster en derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Abogado especializado de la Gerencia Judicial y Extrajudicial de la Vicepresidencia Jurídica de Ecopetrol S.A., y exmagistrado auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Autor del libro *La pérdida de oportunidad en el derecho de daños*, Grupo Editorial Ibáñez, y docente de la materia de responsabilidad extracontractual del Estado de la especialización de derecho administrativo de la Universidad Santo Tomas, Seccional Bucaramanga.

## 1. INTRODUCCIÓN

El recurso extraordinario de súplica fue el primer medio de impugnación de naturaleza extraordinaria creado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y respecto del cual se presentaron varias vicisitudes que implicaron su profunda modificación desde su creación en la ley 11 de 1975, hasta su supresión mediante la ley 954 de 2005.

Con fundamento en la manera en cómo dicho recurso se estructuró, se interpretó, se puso en práctica, se modificó, y finalmente se suprimió, es posible observar el carácter evolutivo de las instituciones jurídicas<sup>1</sup>, más aún cuando el recurso extraordinario de súplica se encuentra intrínsecamente vinculado con diferentes instituciones que en la actualidad se mantienen vigentes –como son el recurso extraordinario de casación y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia–.

De ese modo, a pesar de que el recurso extraordinario de súplica fue suprimido, su estudio resulta relevante, máxime cuando se trata del antecedente del actual recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y, en consecuencia, permite comprender con mayor completitud el origen, el desarrollo y el alcance del señalado recurso extraordinario y de las instituciones procesales que en la actualidad se encuentran a disposición de los diferentes operadores jurídicos para la unificación de la jurisprudencia.

En consecuencia, se procede a analizar la evolución del recurso extraordinario de súplica ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como las experiencias que en relación con dicho instituto tuvieron las ramas del poder público, en especial, el Consejo de Estado.

---

<sup>1</sup> Carácter evolutivo que debe ser entendido como la readecuación de las instituciones con la finalidad de superar problemáticas originadas en estados anteriores de la materia, esto es, sin entrar en discusiones filosóficas o sociológicas sobre la evolución del derecho.

## 2. EVOLUCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### 2.1. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA DE LA LEY 11 DE 1975

#### 2.1.1. *Antecedentes, origen y finalidad del recurso extraordinario de súplica*

Como era costumbre en la época, mediante el artículo 1 de la ley 27 de 1963, el Congreso de la República revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias<sup>2</sup> para reorganizar la Rama Judicial del Poder Público, por lo cual se le permitió delimitar las competencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado con la finalidad de materializar lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 141 de la Constitución Nacional –finalidad inicialmente prevista en el Acto Legislativo 1 de 1914, y posteriormente reiterada en el Acto Legislativo 1 de 1945–<sup>3</sup>, esto es,

<sup>2</sup> De manera previa a la promulgación de la Constitución Política de 1991, era usual que el Congreso de la República dotara al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley, incluso en tiempos de paz y, en ocasiones, sin observar los límites dispuestos por las normas constitucionales. Debido a la recurrencia de dicha práctica, el Constituyente de 1991 redefinió los requisitos para el otorgamiento de tales facultades y las condiciones para su uso, lo que posteriormente fue calificado por la Corte Constitucional como una reacción para evitar el debilitamiento del Congreso de la República como Poder Legislativo del Poder Público, la relativización del principio de separación de poderes y el empobrecimiento de la deliberación democrática. Al respecto, consultar: Corte Constitucional, sentencias C-417 del 18 de junio de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz, expediente D-014, y C-097 del 11 de febrero de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, expediente D-4168. Por su parte, consultar: IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, segunda edición. Bogotá D.C., Colombia: Legis, 2007, pp. 555 y 562.

<sup>3</sup> No obstante la Constitución Nacional de 1886 previó la existencia del Consejo de Estado, se debe tener en cuenta que dicha institución fue suprimida mediante el Acto Legislativo 10 del 27 de abril de 1905, pues se estimó que sus funciones conllevaban a la dilación injustificada de las labores de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Mediante el Acto Legislativo 3 de 1910, se indicó que la “ley establecerá la jurisdicción contencioso-administrativa”, mandato constitucional que se materializó mediante la ley 130 de 1913, por medio de la cual se crearon y organizaron el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo. Un año después, mediante el Acto Legislativo 1 del 10 de septiembre de 1914, se reinstauró el Consejo de Estado y, de conformidad con lo dispuesto en el señalado acto legislativo y en la ley 60 de 1914, entre sus atribuciones se previó que desempeñaría las funciones del Tribunal Supremo de

que desempeñare las funciones propias del Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Asimismo, se le otorgaron facultades para modificar las competencias de las altas Cortes y de los Tribunales Administrativos y reorganizar sus salas.

Con fundamento en dichas facultades, el Gobierno Nacional expidió el Decreto ley 528 de 1964, por medio del cual, entre otros aspectos, se redistribuyeron las competencias entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y se reorganizó el Consejo de Estado, el cual si bien se mantuvo conformado por dos salas que pasaron a denominarse Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de Consulta y de Servicio Civil -la Sala de Negocios Generales desapareció de la estructura del Consejo de Estado; ver nota al pie n.º 3-, se estableció que la Sala de lo Contencioso Administrativo se debía subdividir en cuatro salas o secciones que a su vez debían funcionar de manera separada en el conocimiento de los negocios o asuntos respectivos, en consideración a que el conocimiento separado de los negocios generaba una dinámica de especialidad y eficiencia en cuanto a su resolución –artículos 22 y 24 del Decreto ley 528 de 1964–<sup>4</sup>.

No obstante se estableció el anterior esquema organizacional, el Gobierno Nacional previó que ello podía conllevar a que se generaran antinomias de criterios jurisprudenciales entre las

---

la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, último órgano que desapareció a partir del momento en que el Consejo de Estado se reinstaló, esto es, el 17 de diciembre de 1914. Asimismo, se debe destacar que el Consejo de Estado inicialmente se organizó en dos salas: la Sala de Negocios Generales y la Sala de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, consultar: OLANO GARCÍA, Hernando Alejandro. “La jurisdicción contencioso administrativa colombiana. Homenaje en su 95 aniversario, 1914-2009”. En: *Repositorio Institucional de la Universidad de la Sabana*, Colombia, en: <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/28974>, consulta del 1 de marzo de 2021.

<sup>4</sup> Es importante precisar que, para lograr dicho cometido, se aumentó el número de consejeros de estado. Ciertamente, a partir del Acto Legislativo 1 del 10 de septiembre de 1914, el Consejo de Estado estuvo compuesto por siete consejeros de estado, número de funcionarios que fue reiterado mediante la ley 167 de 1941. No obstante, con base en lo dispuesto en el Acto Legislativo 1 de 1945, según el cual el número de consejeros debía ser determinado por la ley y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto ley 528 de 1964, se incrementó el número de cargos de consejeros de estado a dieciséis, lo que claramente permitió la existencia separada de la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala de Consulta y de Servicio Civil, y la subdivisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo en cuatro salas o secciones.

diferentes salas o secciones, por lo que mediante el artículo 24<sup>5</sup> del Decreto ley 528 de 1964, estableció que las mismas debían operar de manera conjunta cuando a través de sus decisiones se propendiera por *modificar "alguna jurisprudencia"*.

En efecto, en el cuerpo normativo aludido se determinó que cuando una sala o sección *tratase de modificar "alguna jurisprudencia"* fijada por la Corporación, debía *convocar* al resto de salas o secciones para pronunciarse sobre el cambio jurisprudencial y decidir el tema en concreto, por lo que si bien se reconoció que la jurisprudencia tenía una naturaleza evolutiva o variable<sup>6</sup>, se buscó que su modificación se diera con la anuencia de todos los consejeros de estado que hicieren parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, para efectos de que el nuevo criterio jurisprudencial obedeciera a una posición concertada y unificada.

Con lo anterior, se propendió por evitar que en las salas o secciones se definieran precedentes contradictorios o con distintos alcances<sup>7</sup>, lo que además de vulnerar la seguridad jurídica de los administrados –como en su momento se refirió

<sup>5</sup> “Las cuatro Salas o Secciones de lo contencioso administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se *trate* de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente, *previa convocatoria* hecha por la Sala o Sección que esté conociendo del asunto”.

<sup>6</sup> “Por otra parte, *las jurisprudencias no pueden ser inmodificables*. El derecho avanza en *verdad*, gracias a que la interpretación de las “reglas de conducta” acogidas por el derecho positivo, halla en las decisiones de los jueces”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1989, C.P. Álvaro Lecompte Luna, expediente: S-062. A su vez, se dijo: “Es bueno advertir (...) que el propósito loable de unificar la jurisprudencia no implica que la fijada no puede ser modificada, *pues si fuera así se le estaría dando el rango de ley y el precedente sería obligatorio y no existe ley que tal cosa disponga*”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de septiembre de 1989, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, expediente S-094.

<sup>7</sup> “Se dijo entonces que los cambios jurisprudenciales deben manejarse por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por ser ésta, por voluntad de la ley, la que cumple el fin unificador de la jurisprudencia. En otros términos, no es obligatoria la jurisprudencia de la Sala Plena, ya que no existe ley que tal cosa disponga; lo que obliga es la norma de competencia que precisa que los cambios y la unificación jurisprudencial son propios de la Sala Plena y no de las Secciones”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de marzo de 1990, C.P. Miguel González Rodríguez, expediente 132.

jurisprudencialmente<sup>8</sup>; igualmente habría implicado la violación de los postulados de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, los cuales han tenido un mayor desarrollo en la jurisprudencia constitucional actual en cuanto a la vinculatoriedad de los precedentes judiciales de las altas cortes. Con base en lo expuesto, es posible colegir que:

(i) La problemática consistente en la existencia de criterios discordantes en la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no surgió recientemente, así como el recurso extraordinario de unificación de la ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, o el mecanismo de revisión eventual previsto en la ley 1285 de 2009 no fueron los primeros mecanismos para afrontarla. Por el contrario, dicha problemática se suscitó muchos años atrás, incluso antes de que surgiera el recurso extraordinario de súplica, a la cual se le intentó dar solución mediante la determinación de un deber legal en cabeza de los consejeros de estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo de sesionar de manera conjunta cuando se fuese a realizar un cambio jurisprudencial.

(ii) La problemática en comento se encuentra vinculada al crecimiento de la estructura de la administración de justicia, y se acoge a la realidad insoslayable de que, ante una misma situación fáctica puesta a consideración de diferentes operadores judiciales, es probable que se presenten distintas interpretaciones jurídicas y, por consiguiente, diferentes decisiones.

(iii) Si bien para ese momento no se presentaba el desarrollo conceptual y jurisprudencial actual en cuanto a la vinculatoriedad del precedente de las altas cortes debido a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe, y al derecho de igualdad<sup>9</sup>, más aún cuando cierto sector tenía la concepción de que no se podía señalar que la jurisprudencia era obligatoria, pues ello

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de septiembre de 1989, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, expediente S-094.

<sup>9</sup> Al respecto, consultar: Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, expediente D-3374; sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, expediente D-8473; sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-10609; sentencia SU-354 del 25 de mayo de 2017, M.P. (e) Iván Humberto Escruce Mayolo, expediente T-5.882.857.

no se encontraba previsto normativamente –ver nota al pie n.º 6– y, de manera adicional, implicaba elevarla al mismo rango de la ley, el legislador extraordinario estimó que era necesario que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fuese la que introdujese las modificaciones jurisprudenciales pertinentes, en el entendido de que su posición debía ser observada por los demás funcionarios judiciales de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –ver nota al pie n.º 7–;

(iv) Sin perjuicio de que en el Decreto ley 528 de 1964 no se estableció el recurso extraordinario de súplica, dicha normativa sentó las bases para que se estructurara ese medio de impugnación a partir de su primera finalidad, esto es, la búsqueda de la unificación de jurisprudencia.

Ciertamente, es importante destacar que el artículo 24 del Decreto ley 528 de 1964 tuvo dos imprecisiones que contribuyeron a que se considerase necesario establecer el recurso extraordinario de súplica para fortalecer la consecución en la finalidad de unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado y así, de toda la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por una parte, en la disposición en comentario no se determinó el alcance de la expresión “*alguna jurisprudencia*”, de modo que no era claro cuál era el tipo de precedente jurisprudencial cuya modificación debía ser adoptada de manera conjunta por todas las salas o secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Sin perjuicio de que la disposición referida fue prevista cuando la Sala de lo Contencioso Administrativo se subdividió en cuatro salas o secciones, por lo que se podía entender que el cambio jurisprudencial debía predicarse únicamente en relación con la jurisprudencia que existía para ese momento, es decir aquella fijada por la Sala de Negocios Generales y la Sala de lo Contencioso Administrativo antes de su subdivisión, la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante el artículo 13<sup>10</sup> de su reglamento interno

<sup>10</sup> “Para los efectos del artículo 24 del Decreto ley 528 de 1964, se entiende por jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las Salas o Secciones. Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena de lo Contencioso, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto. La manifestación expresa de un Consejero

conformado por los acuerdos n.º 2 de 1971 y n.º 1 de 1978, determinó que la jurisprudencia referida cuyo cambio tenía que ser conocido por el pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo, debía estar conformada por dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las salas o secciones.

De esa manera, vía reglamento se estableció que el deber jurídico de convocar a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo previsto en el Decreto ley 528 de 1964, se configuraba cuando una sala o sección pretendiese contravenir un precedente fijado con anterioridad por otra sala o sección a través de dos decisiones uniformes, por lo que cada una de las salas o secciones tenía la carga de estar al tanto de las providencias que de manera continua eran proferidas por las demás y, a su vez, confirmar que sobre la materia correspondiente se hubiesen adoptado al menos dos decisiones uniformes, lo cual evidentemente no resultaba una tarea fácil teniendo en cuenta la proliferación de decisiones que implicó el aumento de consejero de estado al interior de la Corporación y la limitaciones de la época en el manejo de la información<sup>11</sup>.

De otra parte, para que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo pudiera conocer del cambio jurisprudencial, era necesario que previamente se le convocara por parte de la sala o sección correspondiente, motivo por el cual era posible que las salas o secciones adoptaran decisiones que contrariaran la jurisprudencia establecida por cualquier sala o sección sin que lo pusieran en conocimiento de la totalidad de los consejeros de estado, lo cual efectivamente ocurrió<sup>12</sup>.

---

dentro de la respectiva sección es suficiente para que el asunto sea llevado a la Sala Plena. Esta resolverá, previo informe de la Relatoría, si hay cambio jurisprudencial”.

<sup>11</sup> Dificultades que bien se han tratado de superar, se mantienen y en ocasiones conllevan a que existan posturas judiciales diferentes entre las secciones y subsecciones que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

<sup>12</sup> Al respecto, en las ponencias del proyecto de la ley 11 de 1975, citadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se indicó: “En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se expresó el doctor Bossa, en lo pertinente, de la siguiente manera: “Como según al artículo 24 del Decreto ley 528 de 1964 son las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo las que deben proponer la convocatoria de la Sala Plena para los cambios de jurisprudencia, se corre el riesgo, como ya ha ocurrido, de que alguna de tales Secciones dicte autos interlocutorios o sentencias con doctrina que contradiga la jurisprudencia, contrariando así las determinaciones de la Sala Plena. Conviene entonces, precisar el alcance del

Por consiguiente, con el objeto de evitar que el análisis de la reforma jurisprudencial se diera únicamente por solicitud de la sala o sección e, igualmente, darle al administrado una herramienta que le permitiera someter a control del resto de secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo las innovaciones jurisprudenciales contradictorias que se hubiesen producido sin su control previo, se introdujo el recurso extraordinario de súplica mediante el artículo 2<sup>13</sup> de la ley 11 de 1975.

En efecto, el recurso extraordinario de súplica se configuró como un medio de impugnación cuya finalidad consistió en lograr que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo revisara los autos interlocutorios o sentencias proferidas por las salas o secciones cuando respecto de los mismos se deprecase el acogimiento, sin su aprobación, de una posición jurisprudencial contraria a la establecida con anterioridad.

En consecuencia, es posible concluir que (i) el Decreto 528 de 1964 estableció el marco contextual y normativo que ulteriormente determinó la finalidad del recurso extraordinario de súplica, es decir, impedir que se mantuvieran jurisprudencias discordantes al interior del Consejo de Estado teniendo en cuenta el aumento de

---

precepto para proteger a la sociedad y a los litigantes contra la incertidumbre de tales sorpresas que, de repetirse, convertirían al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en cuatro pequeños, independientes y soberanos Consejos de Estado. *Este inconveniente puede evitarse con un artículo nuevo por el que se conceda recurso de súplica a quienes intervienen en el proceso, inclusive al Agente del Ministerio Público, respecto de autos interlocutorios y de sentencias en los que, sin la intervención de la Sala Plena, se varíe o contradiga la jurisprudencia*// El mismo congresista, en su ponencia para segundo debate, dijo: (...). Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 15 de septiembre de 1986, C.P. Joaquín Vanín Tello, expediente 1125. Igualmente, revisar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1989, C.P. Álvaro Lecompete Luna, expediente S-062. En la doctrina, consultar: González Rodríguez, Miguel. *Derecho procesal administrativo*, décima segunda edición, Universidad Libre, 2007, p. 501. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, sexta edición. Bogotá D.C., Colombia: Señal Editora, , 1992, p. 423.

<sup>13</sup> “Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.//En el escrito en el que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o del fallo”.

su complejidad como institución, y la subdivisión de su Sala de lo Contencioso Administrativo, por lo que el recurso extraordinario de súplica se estructuró para responder a la problemática orgánica de la administración de justicia consistente en que su aumento necesariamente implica el incremento en la disparidad de criterios, y (ii) es evidente que el recurso extraordinario de súplica entró a complementar la obligación legal que tenían los consejeros de estado de generar una jurisprudencia unificada en los términos del artículo 24 del Decreto 528 de 1964<sup>14</sup>, es decir, se le creó con la finalidad de fortalecer el sistema de mecanismos diseñados para lograr la univocidad en los criterios de dicha Corporación y así, garantizar la seguridad jurídica.

### 2.1.2. *Características del recurso extraordinario de súplica de la ley 11 de 1975*

Sin perjuicio de los esfuerzos efectuados tanto por el legislador extraordinario como ordinario, lo cierto es que en el diseño de los mecanismos destinados a la unificación de jurisprudencia y, en específico, del recurso extraordinario de súplica, se omitió determinar varios aspectos relevantes que, por consiguiente, tuvieron que ser definidos jurisprudencialmente<sup>15</sup>.

Cabe señalar que dichas indefiniciones posteriormente contribuyeron a que se considerara que el recurso extraordinario de súplica consistía en un medio de impugnación antitécnico, lo que a su vez contribuyó inicialmente a su supresión temporal y luego al profundo cambio de su finalidad, objeto y alcance. Sin embargo, es importante resaltar que esas vicisitudes evidentemente fueron tenidas en cuenta y beneficiaron la forma en cómo se estructuró

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de agosto de 1988, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez, expediente S-009.

<sup>15</sup> No obstante es cierto que en relación con el recurso extraordinario de súplica se dejaron múltiples aspectos para definición jurisprudencial, máxime si se le compara con el actual recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia regulado de manera detallada por las leyes 1437 de 2011 y 2080 de 2021, no se puede perder de vista que se trató del primer intento para establecer un mecanismo a favor de los administrados que permitiera la unidad de criterios en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

y se puso en funcionamiento el actual recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

De esa manera, se procede a abordar las características del recurso extraordinario de súplica, los aspectos tanto definidos como indefinidos por la ley al respecto, y sus particularidades:

(i) El artículo 2 de la ley 11 de 1975 fue claro en cuanto a que el recurso extraordinario de súplica procedía en contra de los *autos interlocutorios y sentencias*<sup>16</sup> proferidas por cualquiera de *las secciones o salas* de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Por ende, al control de dicho medio de impugnación escaparon (a) los autos de trámite adoptados por cualquier sala del Consejo de Estado; (b) los autos interlocutorios y sentencias proferidos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y por la posterior Sala Contencioso Electoral creada por la ley 96 de 1985<sup>17</sup>, y (c) cualquier tipo de decisión proferida por los Tribunales Administrativos, sin importar que se tratasen de autos de trámite, autos interlocutorios o sentencias<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Al respecto, es importante entender la diferencia que existe entre los distintos tipos de providencias o actos procesales de los funcionarios judiciales, lo que se ha mantenido a lo largo de la tradición jurídica colombiana, máxime cuando las normas procesales no han regulado con detalle el alcance de los conceptos de autos interlocutorios y autos de trámite. Al respecto, consultar: LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte general*, segunda edición. Bogotá D.C., Colombia: Dupre Editores, 2019, pp. 656, 663, 703-706. AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría general del proceso*, undécima edición. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A., 2016, pp. 356-357, 359-361. AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de Derecho Procesal. Tomo II. Parte general*, novena edición, Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A., 2018, pp. 175-176. Asimismo, en la jurisprudencia, acudir, entre otros: Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, auto 230 del 7 de junio de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente T-450182.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 20 de marzo de 1987, C.P. Samuel Buitrago Hurtado, expediente S-007. Asimismo, revisar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 31 de julio de 1987, C.P. Guillermo Benavides Melo, expediente 015.

<sup>18</sup> Es importante recordar que para el momento en que entró en vigencia el recurso extraordinario de súplica, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo solamente se componía del Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. Los Juzgados Administrativos se crearon mediante la ley 270 de 1996, y su implementación se llevó a cabo sólo hasta el 2006, a través del Acuerdo PSAA06-3345 del 13 de marzo de 2006 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Sobre la entrada en funcionamiento de los Juzgados

(ii) En la norma en análisis se indicó que en el escrito del recurso extraordinario de súplica se debía señalar con claridad y precisión la providencia en la cual se encontraba la jurisprudencia que se reputaba contrariada.

Sin embargo, el legislador ordinario, de manera similar a como le ocurrió al legislador extraordinario con el artículo 24 del Decreto ley 528 de 1964, dejó de definir el alcance de las expresiones “alguna jurisprudencia” y “la jurisprudencia que se reputa contrariada”, motivo por el cual no existió precisión en cuanto cuál era la jurisprudencia en relación con la que se debía presentar la disparidad para que procediera el recurso extraordinario de súplica y fuese viable infirmar el auto interlocutorio o la sentencia contradictoria.

Al respecto, inicialmente se acogió lo dispuesto en el reglamento del Consejo de Estado, en el sentido de que la decisión que era objeto del recurso extraordinario de súplica, debía ser discordante en relación con al menos dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las salas o secciones<sup>19</sup>.

Sin embargo, esa postura se recogió prontamente para colegir que (a) la jurisprudencia que debía ser contradicha podía estar contenida en una sola providencia, y (b) era indispensable que dicha jurisprudencia hubiese sido proferida por las extintas Sala de Negocios Generales o Sala de lo Contencioso Administrativo antes de su subdivisión, o por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo luego de su reforma mediante el Decreto ley 528 de 1964 –las cuales se pueden catalogar como salas plenas–, y no por la salas o secciones que conformaban la Sala de lo Contencioso Administrativo, habida cuenta de que finalidad del artículo 24 *ibídem*, complementado con el recurso extraordinario de súplica establecido en el artículo 2 de la ley 11 de 1975, era la unificación de la jurisprudencia.

De ese modo, se señaló que, no obstante la salas o secciones estaban especializadas en las materias que se les asignó, cada

---

Administrativos, revisar: VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul. “Los juzgados administrativos en el estado colombiano”, *Justicia Juris*, 2008 (Volumen 9), pp. 23-37.

<sup>19</sup> Sobre este punto, revisar: GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho procesal administrativo*. Tomo II, séptima edición, Librería Jurídica Wilches, 1989, pp. 584-586.

una de ellas tenía el mismo rango que las demás, motivo por el cual sus decisiones no tenían la potencialidad de reflejar la postura unificada, uniforme y concertada del Consejo de Estado, en contraposición con las decisiones que hubiesen sido adoptadas por las primeras salas aludidas o salas plenas<sup>20</sup>.

En consecuencia, se desestimaron de manera reiterada los recursos extraordinarios de súplica que se presentaron con fundamento en la contravención de la jurisprudencia sentada por alguna de las salas o secciones, lo que en parte se explica debido a que su mayoría se interpuso bajo el entendido de que con fundamento en el reglamento establecido por la Sala Plena del Consejo de Estado, la desavenencia se debía producir en relación con decisiones de las salas o secciones, cambio de postura que ciertamente afectó la procedencia del señalado medio de impugnación.

De otra parte, la modificación de la postura mencionada le restó eficacia al recurso extraordinario de súplica, en consideración a que las salas o secciones operaban de manera separada e independiente y “raro era que una de ellas llevara a la sala plena contenciosa negocio de especial trascendencia por la doctrina jurídica implicada, que mereciera modificarse o crearse como jurisprudencia de la corporación”<sup>21</sup>.

De esa manera, se indicó que resultaba en extremo difícil encontrar un pronunciamiento proveniente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con fundamento en el cual se hubiese

<sup>20</sup> Al respecto, consultar la siguientes sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de abril de 1977, C.P. Miguel Lleras Pizarra, expediente 10015; sentencia del 8 de septiembre de 1977, C.P. Carlos Galludo Pinilla, expediente 10128; sentencia del 25 de septiembre de 1986, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, expediente S-002; sentencia del 18 de noviembre de 1987, C.P. Joaquín Vanín Tello, expediente 005; sentencia del 30 de agosto de 1988, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez, expediente S-009; sentencia del 8 de septiembre de 1989, C.P. Álvaro Lecompete Luna, expediente S-062; sentencia del 4 de octubre de 1990, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez, expediente S-092; auto del 7 de junio de 1991, C.P. Juan De Dios Montes Hernández; sentencia del 16 de marzo de 1993, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, expediente S-204; auto del 2 de mayo de 1994, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente S-313; sentencia del 17 de noviembre de 1995, C.P. Álvaro Lecompete Luna, expediente S-464.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho procesal administrativo*, décima segunda edición, Universidad Libre, 2007, p. 502.

podido ejercer un control de las decisiones expedidas por las salas o secciones mediante el recurso extraordinario de súplica, pues por regla general, las salas o secciones no le remitían los asuntos correspondientes a dicha Sala Plena<sup>22</sup>.

La anterior crítica adicionalmente encuentra asidero en que durante la mayor parte de ese tiempo no existieron normas claras para efectos de que las salas o secciones remitieran a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo los asuntos que se consideraran de especial importancia o con la finalidad de fijar una postura unificada, pues se debe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto ley 528 de 1964, legalmente *sólo* tenían ese deber cuando pretendieran un *cambio jurisprudencial*, hasta que mediante el artículo 97 del Decreto ley 01 de 1984 – Código Contencioso Administrativo–, modificado por el artículo 7<sup>23</sup> del Decreto ley 2288 de 1989, se estableció la posibilidad de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidiera los asuntos que le fuesen presentados por las salas o secciones en virtud de su importancia jurídica o trascendencia social, disposición que valga advertir que en todo caso presentó la misma problemática que surgió con el artículo 24 de la ley 528 de 1964, esto es, que era del resorte exclusivo de las salas o secciones habilitar el conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para conocer de un caso y fijar jurisprudencia<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Ibídem.

<sup>23</sup> “El artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:// La Sala de lo Contencioso Administrativo se dividirá en seis (6) secciones, cada una integrada por cuatro (4) consejeros, con excepción de la sección segunda que estará integrada por seis (6) consejeros. Cada sección ejercerá separadamente las funciones que les asignen la ley o este Código. (...) 5. Resolver los asuntos que le remitan las secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social, si por estimar fundado el motivo resuelve asumir competencia”.

<sup>24</sup> Es importante señalar que mediante los artículos 33 y 38 de la ley 446 de 1998, se habilitó al Ministerio Público o a la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, para que solicitaran la remisión de los asuntos que por importancia jurídica o trascendencia social debían ser conocidos por esta. Actualmente, la posibilidad de remitir asuntos a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o solicitar dicho envío, incluso con la finalidad expresa de sentar o unificar jurisprudencia, o definir su alcance, adquirió mayor amplitud por medio del artículo 271 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 79 de la ley 2080 de 2021, pues la remisión la pueden realizar tanto las secciones del Consejo de Estado como los Tribunales Administrativos, y la solicitud de su envío puede ser presentada por

Por su parte, debido a que en la norma del recurso extraordinario de súplica tampoco se estableció la consecuencia de que las salas o secciones desarrollaran innovaciones jurisprudenciales que no entraran en conflicto con una jurisprudencia previa, fue necesario que el Consejo de Estado entrara a llenar dicho vacío en el sentido de indicar que para que pudiera prosperar el recurso extraordinario de súplica, era necesario que se presentara una contradicción entre las decisiones de las salas o secciones objeto del recurso extraordinario de súplica y la jurisprudencia de las salas plenas.

Al respecto, se estimó que debido a la independencia de las salas o secciones, las mismas se encontraban legalmente habilitadas para desarrollar o mantener actualizada su jurisprudencia en relación con los temas de su conocimiento y, por ende, no sólo podían fijar una posición novedosa frente a un asunto en específico que no hubiese sido tratado por el pleno de la Corporación, sino también podían cambiarla sin que dichas innovaciones o modificaciones jurisprudenciales pudiesen ser sometidas a conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con fundamento en el recurso aludido<sup>25</sup>.

Por consiguiente, es posible señalar que si bien el recurso extraordinario de súplica representó un avance en la finalidad de unificar la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como medio de impugnación, por su propia naturaleza y finalidad –controvertir o atacar una decisión judicial–, solo representó una solución parcial para el efecto, en la medida en que no podía ser utilizado con la única finalidad de que se llegase a un criterio unívoco frente a una materia en concreto, y el sistema establecido para unificar jurisprudencia era limitado por

---

las partes del proceso, por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y por el Ministerio Público.

<sup>25</sup> La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante la sentencia del 25 de marzo de 1981, C.P. Carmelo Martínez Conn, expediente 10392, citada en una sentencia posterior, indicó “Es obvio que una Sección puede tomar una decisión novedosa sobre un punto de derecho antes no estudiado y después revisar y modificar su propia interpretación, pero esto no autoriza el recurso de súplica, puesto que éste sólo procede contra las sentencias de las Secciones *que sean contrarias a doctrinas* adoptadas por la antigua Sala de Negocios Generales o por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de agosto de 1988, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez, expediente S-009.

cuanto en la normativa de la mayor parte de la época no existían figuras que de manera expresa permitieran que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conociera un asunto con la sola finalidad de establecer un criterio concertado.

Adicionalmente, no se puede perder de vista que debido a la falta de regulación legal que se presentó en cuanto al tipo de jurisprudencia que se debía contrariar para que procediera el recurso extraordinario de súplica, el Consejo de Estado debió entrar a llenar dicha indefinición, con los cambios de posturas y la inseguridad jurídica que ello implicó –problemáticas a partir de las cuales se puede inferir que quedaron lecciones que posteriormente fueron tenidas en cuenta por legislador al aprobar la ley 1437 de 2011, reformada por la ley 2080 de 2021–, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>26</sup>.

(iii) De conformidad con el artículo 24 del Decreto ley 528 de 1964, el recurso extraordinario de súplica se podía presentar dentro del término de los cinco días siguientes a la *notificación* del fallo que acarrea la contradicción jurisprudencial.

En relación con lo anterior, el Consejo de Estado consideró que el medio de impugnación en comento procedía respecto de sentencias que no se encontraban ejecutoriadas, comoquiera que (a) el recurso se podía interponer después de notificada la decisión y, por consiguiente, dentro de su término de ejecutoria –término que se suspendía con la interposición del recurso– y, (b) legalmente

---

<sup>26</sup> Es importante señalar que dichos vacíos no se presentan en la actualidad, comoquiera que mediante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se implementó todo un sistema normativo para efectos de lograr la unificación jurisprudencial, sistema del cual se destaca que (a) mediante el artículo 270 del CPACA se definieron con claridad los escenarios en los cuales la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las Secciones pueden conocer de un asunto y en virtud de su resolución, proferir una sentencia de unificación de jurisprudencia; (b) en virtud del artículo 271 del CPACA se precisaron las posibilidades que tiene las secciones del Consejo de Estado, los tribunales administrativos, las partes del proceso, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, para lograr que un asunto sea conocido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, incluso con la expresa finalidad de unificar jurisprudencia –ver nota al pie n.º 22–, y (c) en el artículo 258 del CPACA se señala que el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede cuando las sentencias de los tribunales administrativos, en segunda o en única instancia, “contraríe o se ponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado”.

no se señaló que se pudiese emplear en contra de sentencias ejecutoriadas, como eventualmente sí se precisó respecto de otros recursos extraordinarios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a saber el recurso extraordinario de revisión y el recurso extraordinario de anulación<sup>27</sup>.

Es importante poner de presente que, con fundamento en lo anterior, un sector de la doctrina sugirió que el recurso extraordinario de súplica no se trató de un auténtico recurso extraordinario, pues su interposición era viable respecto de decisiones no ejecutoriadas y ello resultaba extraño a la lógica de los recursos extraordinarios<sup>28</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, y pese a que el recurso extraordinario de súplica se podía presentar en contra de sentencias no ejecutoriadas, a nivel jurisprudencial se aclaró que no se podía ejercer dicho medio de impugnación cuando respecto de la decisión correspondiente todavía procediera un recurso ordinario. Ciertamente, el Consejo de Estado precisó que en la medida en que una decisión no puede ser impugnada de manera paralela por la vía ordinaria y por la vía extraordinaria, resultaba razonable concluir que cuando en contra de un auto interlocutorio o una sentencia se pudiere ejercer un recurso ordinario, como por ejemplo, el recurso de reposición o de apelación, no se podía intentar de manera simultánea el recurso extraordinario de súplica<sup>29</sup>.

(iv) El análisis que se debía efectuar en virtud del recurso extraordinario de súplica radicaba exclusivamente en el cotejo del criterio jurisprudencial de la sala o sección y el criterio jurisprudencial de la Sala de Negocios Generales, la Sala de lo Contencioso Administrativo ante de su subdivisión o por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa, motivo por el cual si se encontraba algún tipo de disparidad entre las circunstancias fácticas relacionadas con las posiciones jurisprudenciales en

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de julio de 1996, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente S-449.

<sup>28</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, sexta edición. Bogotá D.C., Colombia: Señal Editora, 2002, p. 461.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 22 de abril de 1981, C.P. Eduardo Suescun, expediente 10.338.

supuesta contradicción<sup>30</sup>, o no se identificaba que realmente se presentara una contraposición de criterios, como por ejemplo, cuando en la sentencia invocada como trasgredida no se fijaba una postura concreta que pudiese ser contrariada<sup>31</sup> o en la que no se hiciera alusión alguna a lo indicado como contravenido por el recurrente<sup>32</sup>, el recurso no prosperaba.

Adicionalmente, el recurso extraordinario de súplica fue instaurado exclusivamente para controlar las contradicciones de criterios jurisprudenciales y no para conocer el fondo del asunto –a menos de que se decidiera infirmar la sentencia contradictoria–, de modo que jurisprudencialmente se indicó que resultaba inviable analizar los medios de prueba que hubiesen llevado a que se adoptara la providencia objeto del recurso, para lo que se insistió que dicho medio de impugnación no se trataba de una segunda o tercera instancia<sup>33</sup>.

(v) Si bien el recurso extraordinario de súplica se configuró para garantizar la unificación de la jurisprudencia, su interposición dependía del interés de las partes para el efecto.

Ciertamente, de conformidad con la estructura del recurso extraordinario de súplica, se observa que las partes del proceso sólo se veían motivadas a interponer dicho medio de impugnación cuando el cambio jurisprudencial implicaba la vulneración de sus derechos sustanciales y/o procesales, es decir, cuando alguna decisión adoptada durante el trámite del proceso ordinario les fuese desfavorable a raíz, precisamente, de la modificación jurisprudencial.

---

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de julio del 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez, expediente 11001-03-15-000-2000-00732-01(S). Igualmente, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de junio de 1998, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente S-726; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de mayo de 1994, C.P. Miguel González Rodríguez, expediente 346; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de noviembre de 1993, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente S-216.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1977, C.P. Carlos Galludo Pinilla, expediente 10128.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de mayo de 1994, C.P. Dolly Pedraza de Arenas, expediente S-178.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1989, C.P. Álvaro Lecompete Luna, expediente S-062.

De ese modo, no obstante con el recurso extraordinario de súplica se buscó contribuir a la unificación de la jurisprudencia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, debido a su naturaleza como medio de impugnación, igualmente tenía la limitación de que las partes del proceso sólo se encontraban incentivadas para ejercerlo cuando se hubieren visto directamente afectadas por el cambio jurisprudencial, comoquiera que en los casos en los que ello no sucedía, como por ejemplo, cuando la alteración jurisprudencial fuese irrelevante para la decisión adoptada en el caso concreto, no obstante quedase como un precedente que tuviese la potencialidad de afectar el análisis de futuros casos, es claro que no les habría surgido ningún tipo de interés para interponer el recurso extraordinario de súplica, pues ello les habría implicado someterse a un proceso extraordinario que no les habría reportado beneficio alguno.

(vi) Con observancia del interés particular que debía anteceder al recurso extraordinario de súplica, sin perjuicio de que el mismo no podía conllevar a la configuración de una tercera instancia y debido a que la norma tampoco fue clara en cuanto a la consecuencia de su prosperidad, el Consejo de Estado inicialmente consideró que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tenía la competencia para infirmar la decisión de la sala o sección contradictoria y, por ende, adoptar la decisión que realmente procedía para el caso concreto.

De ese modo, se interpretó que además de que el recurso de súplica debía proceder para unificar la jurisprudencia, en el evento en que se advirtiera una disparidad en la decisión objeto de impugnación, el Consejo de Estado se veía habilitado para infirmar la decisión adoptada y proferir una nueva por medio de la cual se restableciera el interés de la parte afectada por la modificación jurisprudencial<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> “Es obvio que en el proceso, mejor en todo proceso, las partes tienen un interés vinculado a un determinado resultado. Así, cuando la Sección cambia la jurisprudencia y ese cambio afecta el interés concreto que en el litigio tenía la parte, ese interés en tal forma desconocido legitima la interposición del recurso de súplica y le abre la posibilidad al recurrente de su discusión a nivel de Sala Plena. Por eso puede decirse que para el suplicante el interés es la medida de su recurso, pero que este interés no puede reducirse, sin contrariar uno de los fines queridos por el legislador al crear dicho recurso, a que la Sala Plena estudie si la Sección se

Sin perjuicio de lo expuesto, posteriormente el Consejo de Estado consideró que las facultades de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tenían una mayor amplitud, habida cuenta de que también le era posible considerar (a) que el cambio jurisprudencial introducido por la sala o sección era el adecuado, por lo que al momento de resolver el recurso extraordinario de súplica alteraba su propia jurisprudencia y avalaba –no infirmaba– la providencia objeto del recurso extraordinario de súplica, y (b) que efectivamente el criterio jurisprudencial modificado respecto del punto sustancial o procesal debatido debía variar, pero adoptar una postura distinta a la observada por la sala o sección<sup>35</sup>.

---

equivocó o no. No tendría sentido para el recurrente, quien primordialmente aspira a que se le reconozca el derecho impetrado y no más. En otros términos, siempre que se cambie la jurisprudencia por una de las Salas sin intervención de la Plena, procederá el recurso de súplica, con una doble finalidad: para asegurar, por un lado, el mantenimiento de la uniformidad jurisprudencial; y por el otro, para el restablecimiento del interés procesal de la parte". Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de abril de 1977, C.P. Miguel Lleras Pizarra, expediente 10015. Igualmente, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de octubre de 1990, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, expediente S-095; sentencia del 29 de octubre de 1990, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez, expediente S-147; sentencia del 14 de septiembre de 2004, C.P. Darío Quiñonez Pinilla, expediente 11001-03-15-000-1997-0778-01(S).

<sup>35</sup> "7° Sentada así la naturaleza y fin del recurso, se ve con claridad que la Sala Plena al adentrarse en el estudio del que admita, para resolverlo debe en primer lugar determinar cuál es la jurisprudencia que se alega como establecida y presuntamente contradicha, enseguida determinará cuál es el criterio fijado en la sentencia recurrida para precisar si se trata del mismo a que se refieren las anteriores y si encuentra que es así, entonces verá si ratifica su jurisprudencia por estimar que no existe razón para variarla o encuentra que vale la pena hacerlo y procede en consecuencia. *Pero puede suceder también que encuentre que sí hay discrepancia en la interpretación dada en la providencia recurrida con los precedentes jurisprudenciales pero consideré que fue más acertada la decisión de la Sección; en tal caso así lo declarará, sin modificar, entonces, la providencia objeto del recurso, lo que implicará en tal evento, cambiar su jurisprudencia anterior.*//En otras palabras, la Sala Plena tiene las siguientes opciones en relación con la sentencia recurrida.//Primera. Confirmarla, por considerar que no viola jurisprudencia anterior de la misma Sala o de las antiguas Salas de Negocios y de lo Contencioso Administrativo.//Segunda. Mantenerla porque encuentra que la jurisprudencia que se alega contrariada es de algunas de las secciones.//Tercera. Confirmarla, por considerar que se amerita variar esa jurisprudencia anterior, acogiendo en cambio la sentada en la sentencia recurrida.//Cuarta. Modificar el fallo recurrido por considerar que sí cambia la jurisprudencia establecida y que al variarla ello incide en la parte resolutive, y en este caso podrá o acoger esa jurisprudencia o adoptar una interpretación distinta al punto de derecho controvertido por estimar, se repite, que no existe razón para mantener dicha jurisprudencia. (...)". Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de septiembre

De esa manera, no obstante primeramente se entendió que el alcance del recurso extraordinario de súplica se limitaba a realizar el control de la decisión de la sala o sección para adecuarla a la postura jurisprudencial unificada, punto intrínsecamente relacionado con el interés de las partes para ejercer dicho recurso, posteriormente se terminó por extender su alcance para que a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en su misma sede, le fuese viable modificar su propia jurisprudencia, lo que no obstante amplió el señalado mecanismo en tanto que se configuró en una oportunidad para que la sala en comento revisara sus posiciones jurisprudenciales de la corporación, introdujo un serio elemento de inseguridad para los administrados, en tanto que podía ocurrir que pese a que se configurara la contradicción jurisprudencial, la sentencia impugnada quedara incólume al acogerse la postura jurisprudencial de la sala o sección<sup>36</sup>.

Es importante precisar que lo expuesto seguramente influyó en la estructura del actual recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, en consideración a que legalmente se presentó una mayor definición en cuanto a su finalidad y a la causal de su procedencia –artículos 256 y 258 del CPACA–, de tal forma que el Consejo de Estado no sólo ha señalado que dicho recurso extraordinario no se puede volver en sí mismo un escenario destinado exclusivamente a unificar la jurisprudencia que no lo estuviere<sup>37</sup>, sino que adicionalmente se ha atendido a la causal referida con el objeto de que situaciones iguales se decidan bajo un

---

de 1989, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, expediente S-094. Consultar igualmente: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de diciembre de 1990, C.P. Amado Gutiérrez Velásquez expediente S-030.

<sup>36</sup> Dicha interpretación fue criticada por la doctrina, pues se estimó que pues se estimó que el recurso extraordinario de súplica en varias ocasiones “se hizo nugatorio [de cara al administrado], en razón a que (...) prosperaba el recurso, pero en últimas se perdía cuando la Sala Plena acogía la posición doctrinaria de la Sección”, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho procesal administrativo*, décima segunda edición, Universidad Libre, 2007, p. 505.

<sup>37</sup> “Independientemente de que las decisiones de los tribunales entrañen la necesidad de unificar la jurisprudencia, ese objetivo no puede lograrse mediante el ejercicio del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, que tiene como único propósito garantizar que los tribunales acaten las decisiones de unificación que adopta esta Corporación”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 30 de marzo de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, expediente 15001-33-31-701-2014-00009-01(61784)B.

mismo derrotero unificado por el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>38</sup>.

Ahora bien, una vez analizados los distintos aspectos del recurso extraordinario de súplica, se procederá a revisar como sus limitaciones contribuyeron a que el Gobierno Nacional, como legislador extraordinario, pretendiera su supresión y remplazo por el recurso extraordinario de anulación.

### 2.1.3. *Supresión temporal del recurso extraordinario de súplica de la ley 11 de 1975 y su sustitución por el recurso extraordinario de anulación*

Después de algunos años de haber entrado en vigencia la ley 11 de 1975 y de estar en operación el recurso extraordinario de súplica, el Congreso de la República, por medio de la ley 58 de 1982, concedió al Presidente de la República facultades extraordinarias para reformar el Código Contencioso Administrativo –código que no se encontraba sistematizado<sup>39</sup> de conformidad con la concepción actual de leyes-código<sup>40</sup>–.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de agosto de 2020, M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, expediente 11001-03-26-000-2019-00026-00(63357); Consejo de Estado; Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 2019, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, expediente 05001-33-33-023-2013-00447-01(55183); Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 1 de agosto de 2019, M.P. María Adriana Marín, expediente 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317).

<sup>39</sup> Las normas que conformaban el Código Contencioso Administrativo consistieron en la ley 167 de 1941 “sobre la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”, el Decreto ley 2733 de 1959 “por la cual se reglamenta el derecho de petición, y se dictan normas sobre procedimientos administrativos”, el Decreto ley 528 de 1964 “Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución, y se adoptan otras disposiciones” y la ley 11 de 1975 “por la cual se aclaran y adicional los artículos 22 y 24 del Decreto ley 528 de 1964 y el artículo 4° de la ley 50 de 1967 y se modifica el 25 de la ley 167 de 1941, sobre funcionamiento del Consejo de Estado”, sin que en dichas normas se hiciese mención de hacer parte de un sistema. Al respecto, consultar: Ibáñez Najjar, Jorge Enrique. “20 años de vigencia del Código Contencioso Administrativo colombiano”, *Revista Civilizar Ciencias Sociales y humanas*, 2003 (vol. 3, núm. 5), pp. 3-5.

<sup>40</sup> Es importante tener en cuenta que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la concepción de código no ha sido unívoca a lo largo de la historia jurídica universal ni de la tradición jurídica colombiana, al punto que en la actualidad todavía se presentan vacíos al momento de entender cuando se está frente a una ley-código. De esa manera, dicha Corporación realizó un análisis

De esa manera, mediante el numeral 5 del artículo 11 de la ley 58 de 1982, se autorizó expresamente al Presidente de la República para que estableciera el sistema de recursos ordinarios y extraordinarios que procedieran en contra de autos y sentencias en el marco de los procesos judiciales adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y en su parágrafo se precisó que los decretos ley que se dictaran al respecto podían *modificar* las disposiciones de la ley 167 de 1941, del Decreto ley 528 de 1964 y de la ley 11 de 1975.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto ley 01 de 1984, por medio del cual se reformó el Código Contencioso Administrativo, normativa a través de la cual pretendió realizar una mayor sistematización y unificación de las disposiciones en materia de procedimiento administrativo –Libro I–, de control jurisdiccional de la actividad de la administración –Libro II–, de la organización y funciones de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –Libro III–, y del proceso judicial ante la señalada jurisdicción –Libro IV–, así como compilar las disposiciones pertinentes en un único cuerpo normativo.

Es así como con fundamento en el numeral 5 del artículo 11 de la ley 58 de 1982, el Gobierno Nacional estableció el título XXIII del libro IV del Código Contencioso Administrativo, el cual se denominó inicialmente “MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y CONSULTA”, y en sus capítulos II y III introdujo dos nuevos recursos extraordinarios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a saber, el recurso extraordinario de revisión<sup>41</sup> y el

---

histórico sobre el concepto de código y estableció dos criterios para determinar cuándo se está frente a una ley-código, a saber, (i) que el cuerpo normativo aborde una materia en forma completa, integral y sistemática, de modo que no está ante un código “cuando el texto en análisis deja muchos temas sin resolver, o cuando coexisten con él un gran número de normas que se ocupan de la misma materia, *sin que en este último caso dicho cuerpo legal disponga que esas normas se consideran parte integrante del mismo*”, y (ii) ante la dificultad de determinar si se trata de un código, que exista una manifestación del legislador en ese sentido.. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-362 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>41</sup> Sobre el origen del recurso extraordinario de revisión y sus antecedentes en la acción de revisión prevista en la ley 167 de 1941, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-418 del 22 de septiembre de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, expediente D-505; Corte Constitucional, sentencia C-520 del 4 de agosto de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, expediente D-7485, entre otras.

recurso extraordinario de anulación, sin pronunciarse en relación con el recurso extraordinario de súplica.

Por su parte, mediante el artículo 268<sup>42</sup> *ibídem*, estableció de manera expresa las normas que quedaron derogadas con la expedición del Código Contencioso Administrativo, entre las cuales enlistó el artículo 24 del Decreto ley 528 de 1964 y la ley 11 de 1975, contentivos del recurso extraordinario de súplica.

De esa manera, el Gobierno Nacional, como legislador extraordinario, eliminó de forma clara el recurso extraordinario de súplica ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que derogó expresamente las disposiciones que lo contenían e introdujo dos nuevos recursos extraordinarios, de los cuales cabe destacar el recurso extraordinario de anulación, el cual no obstante tuvo un corto período de vigencia, se encontró intrínsecamente vinculado con el recurso extraordinario de súplica, pues, de una parte, fue ideado para sustituir el recurso extraordinario de súplica de la ley 11 de 1975 y, de otro lado, su finalidad, objeto, alcance y características fueron parcialmente acogidos por el legislador ordinario cuando posteriormente reestructuró el recurso extraordinario de súplica introducido mediante la ley 446 de 1998.

Ciertamente, el Gobierno Nacional decidió eliminar el recurso extraordinario de súplica, habida cuenta de que (i) su diseño fue superficial y antitécnico, en tanto su regulación carecía de detalles<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> “Deróganse la ley 167 de 1941 y las normas que la adicionaron o reformaron; el Decreto 2733 de 1959; los artículos 38 y 42 de la ley 135 de 1961; los artículos 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 a 32 y 39 del Decreto 528 de 1964; el artículo 8o., del Decreto 1819 de 1964; los artículos 1o., 2o. y 4o., del Decreto 2061 de 1966; los artículos 25, 26 y 27 de la ley 16 de 1968; el numeral 1o., del artículo 16, y el artículo 567 del Código de Procedimiento Civil, la ley 11 de 1975 y las demás disposiciones que sean contrarias a este código”.

<sup>43</sup> “8° Pero naturalmente que ese proceso de raciocinio debe seguirlo también el recurrente y en lo posible concretarlo al sustentar el recurso con miras al éxito de su pretensión. Es una lástima que el legislador no haya reglamentado sino muy esquemáticamente la súplica extraordinaria porque ello ha llevado a la presentación de libelos faltos de técnica, en los cuales no se determinan con exactitud los criterios sobre el punto de derecho en que realmente consiste la jurisprudencia que se considera violada, ni tampoco se explica cuál es la pretendida discrepancia, ni menos suele expresarse con precisión qué se pretende que haga la Sala cuando considere que sí existe dicha inconformidad jurisprudencial”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de septiembre de 1989, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, expediente S-094. Por su parte, la doctrina

y en consecuencia, al Consejo de Estado le había correspondido desarrollar casi de manera completa su alcance, y (ii) propendió limitadamente por la unificación de la jurisprudencia, lo que lo convirtió en un recurso que le dio una mayor importancia a la jurisprudencia en comparación con la ley –al punto que parecía otorgarle un nivel superior como fuente de derecho– sin materializar una adecuada defensa de la última.

De ese modo, optó por sustituirlo por el recurso extraordinario de anulación, el cual dotó de una mayor precisión y detalle –lo que parece evidente que hizo con la finalidad de afrontar las críticas que se formularon en contra del recurso extraordinario de súplica, y para efectos de no dejar los aspectos más relevantes sujetos al entendimiento cambiante del Consejo de Estado–, así como intentó otorgarle a su finalidad un alcance más omnicomprendivo<sup>44</sup>, pretensión de sustitución que fue reconocida por el Consejo de Estado, autoridad que indicó que la comisión asesora del Gobierno Nacional para la expedición del Decreto 01 de 1984 efectivamente había buscado reemplazar el recurso extraordinario de súplica por el recurso extraordinario de anulación<sup>45</sup>.

En igual forma, es importante poner de presente que ulteriormente, mediante la ley 446 de 1998, el recurso extraordinario

---

señaló: “Tampoco la técnica es la misma aunque debiera ser muy similar. Mientras el de casación presenta regulación completa y riguroso de gran sentido formalista (...), el de súplica está contenido en un solo artículo, el 2º. De la antecitada ley 11 (...).” BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, sexta edición, Bogotá D.C., Colombia: Señal Editora, 1992.

<sup>44</sup> Al respecto, doctrinariamente se sostuvo que una de las causas para la sustitución del recurso extraordinario de súplica radicó en que no buscaba la defensa de la ley, en la medida en que incluso la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado podía estar viciada de ilegalidad o inconstitucionalidad, limitación que se solucionaba con el recurso extraordinario de anulación, en tanto que en virtud del mismo se podía controlar la jurisprudencia de cara al principio de legalidad. Al respecto, se señaló: “(...) haber asimilado la violación de la jurisprudencia a la de la ley, como si aquella tuviera rango incluso superior a ésta, olvidando de paso su escasa o ninguna difusión y aún su verdadero alcance (ya nadie cree en un recurso montado sobre el absurdo de que el Consejo pueda en única o segunda instancia violar la Constitución o la ley, sin recurso alguno, pero no puede desconocer alguna de sus jurisprudencias, que bien pueden estar afectadas, ellas mismas, de ilegalidad o de inconstitucionalidad”. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*, segunda edición. Bogotá D.C., Colombia: Señal Editora, 1985, pp. 363 y 385.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de septiembre de 1986, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, expediente S-002.

de súplica cambió en cuanto a su objeto, alcance y finalidad, al punto de que es posible señalar que se trató de un medio impugnación completamente diferente al recurso extraordinario de súplica previsto en la ley 11 de 1975, nuevo recurso que, al ser muy similar al recurso extraordinario de anulación, claramente se inspiró en el mismo.

A partir del Código Contencioso Administrativo, en cuanto al recurso extraordinario de anulación se resalta lo siguiente:

(i) El recurso extraordinario de anulación procedía en contra de las sentencias ejecutoriadas de única o de segunda instancia dictadas por las secciones del Consejo de Estado, y contra las sentencias de única instancia dictadas por los tribunales administrativos –artículo 194 del CCA–, esto es, en cuanto a fallos que hubieren hecho tránsito a cosa juzgada y, por ende, respecto de los cuales las partes no tuviesen la oportunidad de someterlos a control a través de recursos ordinarios.

En cuanto a este aspecto, el recurso extraordinario de anulación efectivamente se apartó de lo dispuesto para el recurso extraordinario de súplica, en consideración a que (a) sólo resultaba procedente frente a sentencias, y (b) expresamente se señaló que procedía respecto de decisiones ejecutoriadas.

(ii) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo era la competente para conocer de los recursos extraordinarios de anulación interpuestos en contra de las sentencias de única o de segunda instancia dictadas por las secciones del Consejo de Estado, mientras que las secciones del Consejo de Estado eran las competentes para resolver los recursos extraordinarios de anulación presentados en contra de las sentencia de los tribunales administrativos proferidas en única instancia –artículo 195 y 186 del CCA–.

De esta manera, en sentido contrario al recurso extraordinario de súplica, se establecieron distintas autoridades para el conocimiento del recurso extraordinario de anulación con observancia de la autoridad que profiriera la sentencia ejecutoriada que fuese objeto del recurso.

(iii) La anulación de la sentencia procedía sólo cuando se vulneraba de manera directa la Constitución Política o la ley

sustantiva –se descartó la ley procesal; artículo 197 del CCA<sup>46</sup>, violación directa que jurisprudencialmente se diferenció de la violación indirecta, en el sentido de que la primera radica en la falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea de la ley sustancial o de la Constitución Política, mientras que la segunda consistía en errores en la apreciación probatoria<sup>47</sup>.

De esa manera, el recurso extraordinario de anulación se asemejó al recurso extraordinario de casación, pero limitado a la violación directa de la Constitución Nacional o la ley, por lo que con el medio de impugnación en análisis se buscaba el imperio del principio de legalidad a través de la corrección de los errores en la aplicación o interpretación de las normas –también conocidos como errores “*in iudicando*”<sup>48</sup>.

Ahora bien, es importante resaltar que la señalada finalidad y el objeto del recurso extraordinario de anulación eran completamente distintos a la finalidad y el objeto del recurso extraordinario de súplica.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Segunda, sentencia del 5 de noviembre de 1993, C.P. Álvaro Lecompete Luna, expediente 875-11815.

<sup>47</sup> “Baste recordar que al tenor del artículo 197 del Código Contencioso Administrativo el recurso extraordinario de anulación procede únicamente cuando la sentencia ha violado en forma directa la ley sustancial o la Constitución Nacional. (...) Que el recurso extraordinario de anulación no es una instancia más; es por el contrario un recurso extraordinario cuyo principal objetivo no es darle a las partes una nueva oportunidad para estudiar los aspectos fácticos de la contienda. (...) Además, es el caso insistir con especial énfasis que la única causal de anulación que puede tener éxito es la de tener la sentencia una violación directa de la ley sustancial. No cabe pues pedir la anulación de una sentencia por cuanto aquella contenga una infracción indirecta. La doctrina distingue claramente entre la violación directa y la indirecta. Mientras aquella surge por falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea, ésta se refiere a “errores en la apreciación de la prueba”. En este sentido el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil contiene dos incisos relacionados con la causal primera del recurso extraordinario de casación: El primero de ellos se refiere a una violación de una norma de derecho; el segundo a una violación indirecta. (...). *Al crearse el recurso extraordinario de anulación, el Decreto 01 de 1984 quiso asimilar ese recurso al de casación pero limitó la causal a una “violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 11 de abril de 1986, C.P. Enrique Low Murtra, expediente 0010.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Segunda, sentencia del 5 de noviembre de 1993, C.P. Álvaro Lecompete Luna, expediente 875-11815.

Ciertamente, a pesar de que por medio del recurso extraordinario de súplica se podía hacer control de la aplicación e interpretación de normas sustantivas, lo cierto es que (a) tenía como finalidad la unificación de jurisprudencia y (b) el control no se hacía frente a las normas sustanciales sino respecto de las posturas jurisprudenciales de las salas plenas, motivos por los cuales no obstante con el recurso extraordinario de anulación se buscó sustituir el recurso extraordinario de súplica pretendiendo abarcar su finalidad y objeto, no cabe duda de que ambos mecanismos eran profundamente diferentes.

(iv) El recurso extraordinario de anulación no suspendía el cumplimiento de la sentencia impugnada a menos de que el recurrente fuese particular y hubiese otorgado caución suficiente para garantizar los perjuicios y las costas que se causasen a partir de la suspensión del fallo –artículos 200 y 201 del CCA–, regulación que claramente no se previó para el recurso extraordinario de súplica, teniendo en cuenta que el mismo se podía presentar durante el término de ejecutoria de la decisión correspondiente y suspendía la misma.

Una vez precisado lo anterior, es necesario aclarar que no obstante se derogaron las normas del recurso extraordinario de súplica, dicha derogatoria fue temporal y operó por muy poco tiempo, en consideración a que la Corte Suprema de Justicia, ese mismo año, mediante la sentencia del 30 de agosto de 1984, declaró inexecutable la derogatoria que realizó el Código Contencioso Administrativo del artículo 24 del Decreto ley 528 de 1964 y de la ley 11 de 1975, en consideración a que el Gobierno Nacional no había sido facultado para derogar las disposiciones en comento y así eliminar el recurso extraordinario de súplica, sino que únicamente le había sido posible *modificarlo*, razón por la que si bien podía cambiar su denominación, no le era factible alterar su razón y su finalidad.

De ese modo, en la sentencia aludida se analizó la creación del recurso extraordinario de anulación para señalar que en la medida en que dicho medio de impugnación era completamente diferente al recurso extraordinario de súplica, no se podía entender que el legislador extraordinario lo hubiese modificado

a través de aquél y, en consecuencia, evidentemente se había extralimitado en sus facultades<sup>49</sup>.

Por consiguiente, a partir de la sentencia aludida es claro que el recurso extraordinario de súplica se reintegró al ordenamiento jurídico, y volvió a operar como si no hubiese sido eliminado. Sin embargo, se debe indicar que existió una posición minoritaria al interior del Consejo de Estado según la cual, en todo caso, el recurso extraordinario de súplica había sido suprimido en virtud de la derogatoria tácita e integral de la ley 11 de 1975, en consideración a que el Gobierno Nacional había sido facultado para establecer el sistema de recursos ordinarios y extraordinarios del Código Contencioso Administrativo, de tal forma que la regulación que incluyó en el Decreto ley 01 de 1984 sobre los recursos extraordinarios de revisión y de anulación fue íntegra y derogaba cualquier recurso que no hubiese sido allí contemplado, conclusión que se veía reforzada con el contenido del artículo 174 del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el cual las sentencias ejecutoriadas eran obligatorias y no estaban sujetas a recursos distintos a los establecidos en el código referido<sup>50</sup>.

Dicha posición no fue acogida por la mayoría del Consejo de Estado, y de manera casi inmediata se profirieron diferentes decisiones en las que sin realizar mayor análisis de la sentencia de inexequibilidad de la Corte Suprema de Justicia, se reconocieron sus efectos para indicar que el recurso extraordinario de súplica había sido restablecido<sup>51</sup>.

Pese a la falta de argumentación al respecto, es importante precisar que la última posición adoptada por el Consejo de Estado resulta atendible en la medida en que además de la vinculatoriedad

---

<sup>49</sup> Al respecto, se consultó el texto de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 30 de agosto de 1984 (sentencia n.º 92), citada en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, sentencia del 25 de septiembre de 1986, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, expediente S-002.

<sup>50</sup> Al respecto, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 16 de abril de 1985, C.P. Rudesindo Rojas Robles, expediente 11.139.

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, sentencia del 25 de septiembre de 1986, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, expediente S-002; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 15 de septiembre de 1986, C.P. Joaquín Vanín Tello, expediente 1125, entre otras.

de la sentencia de inexecutable proferida por la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional de la época, en la ley de facultades extraordinarias expresamente se estableció que el legislador extraordinario únicamente podía *modificar* el contenido del Decreto ley 528 de 1964 y de la ley 11 de 1975, motivo por el cual (i) cualquier manifestación tendiente a su derogatoria no podría generar efectos debido a la falta de habilitación del legislador extraordinario, y (ii) dicha falta de habilitación no sólo impedía su derogatoria expresa, sino también su derogatoria tácita o integral, independientemente del contenido del Decreto ley 01 de 1984, de su artículo 174, y de su pretensión de sistematizar las normas del Código Contencioso Administrativo.

De ese modo, quedaron establecidos tres recursos extraordinarios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, consistentes en el recurso extraordinario de súplica, el recurso extraordinario de anulación y el recurso extraordinario de revisión.

Teniendo en cuenta la coexistencia de los recursos señalados, y con observancia de que la finalidad del Gobierno Nacional había sido la de remplazar el recurso extraordinario de súplica por el recurso extraordinario de anulación, el Consejo de Estado inicialmente consideró que esos dos recursos eran excluyentes, de modo que no se podían ejercer de manera simultánea o sucesiva en relación con la misma providencia judicial.

Lo anterior, en consideración a que se estimó que a través del recurso extraordinario de anulación se podía perseguir la finalidad del recurso extraordinario de súplica, esto es, la unificación de la jurisprudencia con fundamento en la correcta aplicación de la ley sustantiva “[y] quizá con mejor técnica procesal del de súplica porque el enfrentamiento de la sentencia recurrida se hará directamente con el texto legal y no con otros fallos del Consejo en donde a su vez había que buscar aquél”, motivo por el cual cuando un asunto había sido conocido en virtud del recurso extraordinario de súplica, “no es dable revivir la litis así decidida de mérito y a través del recurso de anulación volver a plantear quebrantos de la ley”<sup>52</sup> –ver nota al pie n.º 44–.

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 31 de agosto de 1984, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez, expediente 030.

Sin embargo, esa postura fue revaluada por el Consejo de Estado, autoridad que reconsideró su conclusión en cuanto a que en virtud del recurso extraordinario de anulación necesariamente se podía lograr la finalidad del recurso extraordinario de súplica, para lo cual destacó las diferencias entre ambos medios de impugnación de la siguiente manera<sup>53</sup>:

(i) Eran diferentes en su causa, pues el recurso extraordinario de anulación tenía como fuente la violación directa de la ley sustancial o la Constitución Nacional, mientras que el recurso extraordinario de súplica se fundamentaba en la violación de la jurisprudencia unificada;

(ii) Eran diferentes en su finalidad, pues el recurso extraordinario de anulación propendía por el imperio de la ley en todos los fallos que prohiriera la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mientras el que recurso extraordinario de súplica buscaba la señalada unificación jurisprudencial del Consejo de Estado;

(iii) Eran diferentes en la forma de realizar la correspondiente confrontación propia de sus objetos de estudio, pues en el recurso extraordinario de anulación se hacía una comparación de la providencia impugnada con la ley sustancial, sin que fuesen relevantes las posturas jurisprudenciales elaboradas al respecto, mientras que en el recurso extraordinario de súplica el cotejo se realizaba entre la providencia respectiva y la jurisprudencia de las salas plenas, sin que fuese factible realizar algún tipo de consideración normativa o confrontación directa o indirecta en pro del principio de legalidad.

A su vez, el Consejo de Estado señaló que a partir de lo dispuesto en el Decreto ley 01 de 1984, no era viable entender configurada alguna incompatibilidad entre los recursos mencionados que los hiciese excluyentes<sup>54</sup>.

En consecuencia, se estimó viable la procedencia paralela de los recursos extraordinarios de anulación y de súplica respecto de una misma decisión, debido, valga destacar, a sus profundas diferencias.

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 15 de septiembre de 1986, C.P. Joaquín Vanín Tello, expediente 1125.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

Ahora bien, no obstante el recurso extraordinario de súplica fue reintegrado al ordenamiento jurídico colombiano, cabe precisar que:

(i) Ello se debió a que el Gobierno Nacional carecía de las facultades para derogar las normas que sobre la materia existían, lo que seguramente obedeció a que para ese momento el Congreso de la República se encontraba de acuerdo con el recurso referido y su contenido, máxime cuando posteriormente se presentaron varias oportunidades para eliminarlo y, en su lugar, se mantuvo incólume hasta la expedición de la ley 446 de 1998.

(ii) No obstante el recurso extraordinario de súplica en cuanto a su finalidad de controlar sentencias contradictorias al precedente unificado no fue eliminado, es importante tener en cuenta la resistencia de los operadores jurídicos al respecto, para lo que se destaca que al pretenderse la unificación jurisprudencial se consideró que se le estaba dando a la jurisprudencia del Consejo de Estado el mismo nivel que la ley, argumento que no se puede perder de vista que se ha invocado en la actualidad al analizarse la constitucionalidad de las figuras de unificación de jurisprudencia y de extensión de jurisprudencia traídas mediante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>55</sup>.

#### 2.1.4. *Derogatoria del recurso extraordinario de anulación, introducción del recurso extraordinario de súplica al código de procedimiento administrativo, y entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991*

Mediante el artículo 1 de la ley 30 de 1987, el legislador nuevamente dotó de facultades extraordinarias al Presidente de la República para adoptar normas con fuerza de ley en relación con la administración de justicia, aspectos entre los que previó expresamente la supresión del recurso extraordinario de anulación.

---

<sup>55</sup> Al respecto, consultar: Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, expediente D-8473; sentencia C-588 del 25 de julio de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo, expediente D-8864; sentencia C-179 del 13 de abril de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente D-10973.

Por consiguiente, el Gobierno Nacional, en primer lugar, expidió el Decreto ley 597 de 1988, por medio del cual se suprimió el medio de impugnación aludido<sup>56</sup>.

En segundo lugar, el Gobierno Nacional expidió el Decreto ley 2304 de 1989, mediante el cual introdujo diferentes modificaciones al Código Contencioso Administrativo, y por medio de su artículo 21<sup>57</sup>, se modificó el artículo 130 del CCA –el cual inicialmente hacía referencia a la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en cuanto a los recursos extraordinarios de revisión y de anulación–, para incluir el contenido del recurso extraordinario de súplica tal como fue previsto en el artículo 2 de la ley 11 de 1975.

De esa forma, no se puede perder de vista que legislativamente se dio cierre a cualquier discusión que para ese momento se presentara en relación con la vigencia de dicha normativa<sup>58</sup> y, en consecuencia, el señalado recurso extraordinario de súplica se presentó y resolvió con normalidad.

Sin embargo, cuando entró en vigencia la Constitución Política de 1991, jurisprudencialmente se consideró que las normas que contemplaron el recurso extraordinario de súplica fueron abrogadas.

<sup>56</sup> El cual estuvo vigente alrededor de 4 años. Sin embargo, la derogatoria en comento se dio con la salvedad de que los recursos de anulación que se hubiesen presentado antes de la referida norma se debían tramitar y decidir de conformidad con lo señalado en las disposiciones vigentes al momento de su presentación.

<sup>57</sup> “El artículo 130 del Código Contencioso Administrativo quedará así://” artículo 130. RECURSOS EXTRAORDINARIAS Y ASUNTOS REMITIDOS POR LAS SECCIONES. Habrá recurso de súplica, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluidos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las secciones, cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.//En el escrito en que se interponga el recurso se indicará, en forma precisa, la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o de la sentencia. (...)A la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo le corresponde decidir los asuntos que le remitan las Secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social, si por estimar fundado el motivo, resuelve asumir competencia”.

<sup>58</sup> Al respecto, se recuerda que al interior del Consejo de Estado se presentó una discusión sobre si la ley 11 de 1975 había sido derogada tácita e integralmente, con la expedición del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto, debido a que el artículo 230 de la Constitución Política estableció que “[l]os jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley//La equidad, la *jurisprudencia*, los principios generales del derecho y la doctrina *son criterios auxiliares de la actividad judicial*”, adquirió fortaleza la crítica que se había sostenido consistente en que era inviable que se le diese a la jurisprudencia el mismo nivel y vinculatoriedad que a la ley, por lo que igualmente era inadecuado que el hecho de que una sentencia contraviniera la jurisprudencia unificada conllevara a su información.

Es así como el Consejo de Estado comenzó a señalar que la secciones podían apartarse de la jurisprudencia de las salas plenas, habida cuenta de que tales decisiones sólo estaban sujetas a la ley de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política, y los funcionarios judiciales son independientes según el artículo 228 *ejusdem*, razones por las cuales concluyó que el recurso extraordinario de súplica, al ser contrario al contenido de la Constitución Política, fue vaciado en cuanto a su objeto, no podía prosperar, e inició a denegar sus peticiones<sup>59</sup>.

La anterior interpretación imperó hasta que la Corte Constitucional resolvió una demanda de constitucionalidad presentada en contra del artículo 21 del Decreto ley 2304 de 1989, la cual esencialmente se fundamentó en la contradicción de dicha norma en cuanto al artículo 230 de la Constitución Política.

Al respecto, la Corte Constitucional inicialmente aclaró que, según la tradición jurídica colombiana, incluso desde antes de la

---

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 16 de septiembre de 1992, C.P. Diego Younes Moreno, expediente S-285; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 10 de julio de 1992, C.P. Jaime Abella Zarate, expediente S-275; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo auto del 17 de junio de 1992, C.P. Guillermo Chahín Lizcano, expediente S-272; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 8 de febrero de 1993, C.P. Miguel Viana Patiño, expediente 0600; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 12 de junio de 1992, C.P. Guillermo Chahín Lizcano, expediente 3733; Cabe señalar que pese a la postura mayoritaria referida, se produjeron algunas de decisiones en sentido contrario al resolver de fondo los recursos extraordinarios de súplica correspondientes. Al respecto, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1992, C.P. Dolly Pedraza Arenas, expediente S-172.

entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, solamente la ley en sentido material era fuente formal y principal de derecho, de modo que al respecto no se había generado ningún tipo de cambio con su promulgación.

Asimismo, aclaró que para el correcto funcionamiento del sistema jurídico y la consecuente materialización de principios y valores que igualmente fueron acogidos por la Constitución Política, era indispensable la unidad de dicho sistema, para lo que a su vez era necesaria la unificación de la jurisprudencia. De esa forma, señaló que con la unidad de criterios jurisprudenciales (i) se aseguraba la efectividad de los derechos y la realización de la justicia material; (ii) se confería confianza y credibilidad en la administración de justicia; (iii) se disminuía la arbitrariedad; (iv) se permitía la estabilidad, y (v) se otorgaba seguridad jurídica, entre otros fines.

En consecuencia, la Corte Constitucional señaló que el recurso extraordinario de súplica era constitucional y debía seguir operando tal como se previó en el artículo 21 del Decreto ley 2304 de 1989 –cuyo contenido, se recuerda, fue idéntico al del artículo 2 de la ley 11 de 1975–, pues en virtud del mismo se garantizaba que todas las personas pudieran acceder ante la administración de justicia para recibir un trato idéntico o igualitario, lo cual impedía que un mismo órgano, como el Consejo de Estado, se apartara arbitrariamente de su precedente frente a casos sustancialmente iguales, máxime cuando se trataba del Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y sus posturas eran un referente para toda la jurisdicción<sup>60</sup>.

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado retornó a su posición anterior en cuanto al contenido y procedibilidad del recurso extraordinario de súplica<sup>61</sup>, el cual se siguió interponiendo y

<sup>60</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, expediente D-164.

<sup>61</sup> Al respecto, consultar las siguientes decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de junio de 1998, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente S-726; sentencia del 18 de febrero de 1997, C.P. Javier Díaz Bueno, expediente S-416; sentencia del 23 de julio de 1996, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente S-449; sentencia del 17 de noviembre de 1995, C.P. Álvaro Lecompete Luna, expediente S-464; sentencia del 25 de mayo de 1995, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez,

resolviendo hasta que dicho recurso extraordinario fue modificado integralmente mediante la ley 446 de 1998.

## 2.2. MODIFICACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA— RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA DE LA LEY 446 DE 1998

### 2.2.1. *Origen y finalidad del recurso extraordinario de súplica de la ley 446 de 1998*

El 7 de julio de 1998, el Congreso de la República expidió la ley 446 de 1998, “por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”, conjunto normativo por medio del cual cambió profundamente el recurso extraordinario de súplica, de tal forma que si bien lo mantuvo en nombre alteró por completo su contenido y alcance.

Por una parte, mediante el artículo 38 de la ley 446 de 1998, modificó el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo –subrogado por el artículo 21 del Decreto ley 2304 de 1989, por medio del cual se introdujo el recurso extraordinario de súplica de la ley 11 de 1975 al Código Contencioso Administrativo–, disposición que pasó hacer referencia a que a solicitud del Ministerio Público o de oficio, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo podía conocer por importancia jurídica o trascendencia social de los asuntos que se encontraran para fallo de las secciones –ver notas al pie n.º 23 y 24–.

De otro lado, en virtud del artículo 57 de la ley 446 de 1998, se modificó íntegramente el título XXIII del libro IV del Código Contencioso Administrativo, el cual pasó a denominarse “RECURSOS ORDINARIOS, CONSULTA Y RECURSOS EXTRAORDINARIOS”, título en el que en su capítulo III nombrado “RECURSOS EXTRAORDINARIOS”,

---

expediente S-362; sentencia del 5 de mayo de 1994, C.P. Dolly Pedraza de Arenas, expediente S-178; sentencia del 2 de mayo de 1994, C.P. Miguel González Rodríguez, expediente 346.

sección segunda, artículo 194<sup>62</sup>, se contempló nuevamente el recurso extraordinario de súplica, pero con un contenido diferente, en consideración a que su finalidad ya no se centró en la unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>63</sup>, sino en garantizar el imperio de la ley, la prevalencia del derecho objetivo y la reparación de los detrimentos originados a los administrados<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> “El recurso extraordinario de súplica, procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado. Es causal del recurso extraordinario de súplica la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas. Los miembros de la Sección o Subsección falladora estarán excluidos de la decisión, pero podrán ser oídos si la Sala así lo determina.//En el escrito que contenga el recurso se indicará en forma precisa la norma o normas sustanciales infringidas y los motivos de la infracción; y deberá interponerse dentro de los veinte (20) días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia impugnada, ante la Sección o Subsección falladora que lo concederá o rechazará// Admitido el recurso por el ponente en Sala Plena, se ordenará el traslado a las demás partes para alegar por el término común de diez (10) días. Vencido el término de traslado, dentro de los treinta (30) días siguientes se registrará el proyecto de fallo. Si la Sala hallare procedente la causal invocada, infirmará la sentencia recurrida y dictará la que deba reemplazarla. Si la sentencia recurrida tuvo cumplimiento declarará sin efectos los actos procesales realizados con tal fin y dispondrá que el juez de conocimiento proceda a las restituciones y adopte las demás medidas a que hubiere lugar.//Si el recurso es desestimado, la parte recurrente será condenada en costas (...). La interposición de este recurso no impide la ejecución de la sentencia. Con todo, cuando se trate de sentencia condenatoria de contenido económico, el recurrente podrá solicitar que se suspenda el cumplimiento de la misma, prestando causación para responder por los perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria, incluyendo los frutos civiles y naturales que puedan percibirse durante aquella. El ponente fijará el monto, naturaleza y término para constituir la caución, cuyo incumplimiento por parte del recurrente implica que se declare desierto el recurso. Los efectos de la sentencia quedan suspendidos hasta cuando se decida”.

<sup>63</sup> Al respecto, el Consejo de Estado en algunos fallos señaló que debido a que con el nuevo recurso extraordinario de súplica se propendía por controlar las posibles violaciones directas de las normas de derecho sustancial contenidas en sus fallos, al igual que como ocurría con el recurso extraordinario de casación, una de sus finalidades era la unificación de la jurisprudencia nacional en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2004, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda; sentencia del 4 de agosto de 1999, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente Q-063. Dicha aseveración se realizó de manera general, y sin tener en cuenta las providencias en las que, pese a que se indicó que a través de los recursos extraordinarios de súplica y de anulación -muy similar al nuevo recurso extraordinario de súplica- se podría llegar a unificar la jurisprudencia, lo cierto es que ambos recursos resultaban profundamente diferentes -ver nota al pie n.º 53-.

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de agosto de 1999, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente Q-063.

Efectivamente, el nuevo recurso extraordinario de súplica tuvo como objeto la revisión de las sentencias que proferieran las secciones y subsecciones de dicha Corporación para verificar si en las mismas se había presentado una violación directa de normas sustanciales, por lo cual se asemejó al extinto recurso extraordinario de anulación.

Igualmente, a pesar de que el recurso extraordinario de súplica de la ley 446 de 1998, de manera similar al recurso extraordinario de súplica de la ley 11 de 1975, fue contemplado en un solo artículo –en sentido contrario al recurso extraordinario de anulación, el cual fue regulado en diferentes artículos–, su contenido se desarrolló con un mayor nivel de detalle, lo que seguramente obedeció a las críticas que tuvo la regulación anterior del recurso extraordinario de súplica de la ley 11 de 1975.

### 2.2.2. *Características del recurso extraordinario de súplica de la ley 446 de 1998*

En cuanto a la modificación del recurso extraordinario de súplica a partir del artículo, se pone de presente lo siguiente:

(i) El nuevo recurso extraordinario de súplica procedía únicamente en contra de sentencias ejecutoriadas proferidas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado. Por consiguiente, a diferencia del recurso extraordinario de súplica previsto en la ley 11 de 1975, y de manera afín al extinto recurso extraordinario de anulación, el nuevo recurso extraordinario de súplica (a) no resultaba viable en contra de autos, y (b) expresamente se indicó que procedía en contra de sentencias ejecutoriadas<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> En cuanto a estos aspectos, los cuales se recuerda que igualmente fueron compartidos por el extinto recurso extraordinario de anulación, un sector de la doctrina consideró que el hecho de que se excluyera a los autos interlocutorios del conocimiento del recurso extraordinario de súplica, y adicionalmente, que se precisará que únicamente procedía en relación con providencias ejecutoriadas, representaban sendos avances en la materialización de un verdadero recurso extraordinario. En ese sentido, se sostuvo: “En primer término, el recurso, en tal forma concebido sí configura un auténtico recurso extraordinario, puesto que sólo procederá contra sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado (...) En segundo lugar, la reforma sólo permite el recurso contra la sentencia y no contra los autos interlocutorios. Extremo este, de suyo antitécnico, que entorpecía la marcha de los procesos y los sometía a serias dilaciones en espera de la ejecutoria de tales autos”. BETANCUR JARAMILLO, Carlos.

Sin perjuicio de lo anterior, a diferencia del recurso extraordinario de anulación, el legislador decidió limitar su procedibilidad únicamente a las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, de tal forma que el medio de impugnación en comento no era viable frente a las violaciones directas que pudieron contener las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en única instancia, limitación que ulteriormente iba a tener un mayor impacto, en consideración a que para esa fecha ya se habían establecido legalmente los juzgados administrativos –ver nota al pie n.º 18– y, en consecuencia, era claro que en algún momento los tribunales administrativos iban a tener que proferir sentencias en segunda instancia respecto de las cuales tampoco iba a ser posible presentar el medio de impugnación en comento.

De ese modo, se puede concluir que el legislador redujo el alcance del recurso extraordinario de súplica en contravía de la materialización generalizada de su propia finalidad, esto es, de evitar que se produjeran decisiones definitivas que contravinieran normas sustanciales y que por ende, atentaran en contra del ordenamiento jurídico y de un orden justo, pues (a) se excluyó el control de los errores *in iudicando* de las sentencias de única instancia de los tribunales administrativos, los cuales claramente no podían entrar a ser revisados vía ordinaria en una segunda instancia; y (b) dicha limitación tuvo la potencialidad de presentarse igualmente en relación con los fallos de segunda instancia que los tribunales administrativos comenzaron a dictar con ocasión de la entrada en funcionamiento los juzgados administrativos, lo que finalmente no sucedió con ocasión de la estructura del nuevo recurso extraordinario de súplica, debido a que el mismo fue eliminado definitivamente mediante la ley 954 de 2005, es decir, un año antes de la entrada en operación de tales juzgados.

Ahora bien, no obstante se podría considerar que el motivo por el cual se decidió restringir el alcance del control del recurso extraordinario de súplica únicamente a los fallos del Consejo de Estado, tuvo que ver con evitar que dicha Corporación se congestionara con el conocimiento de las violaciones directas en las que incurrieran los tribunales administrativos, máxime cuando

el recurso en mención fue contemplado en una ley que entre varias finalidades buscó posibilitar la implementación de medidas para la descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia, lo cierto es que en todo caso se presentó dicha congestión, lo que como se verá, llevó a que ese medio de impugnación se eliminara del todo mediante la mencionada ley 954 de 2005<sup>66</sup>.

(ii) La causal del recurso extraordinario de súplica varió a la configuración de una violación directa por la aplicación indebida, la falta de aplicación o la interpretación errónea de normas sustanciales.

De ese modo, el nuevo recurso extraordinario de súplica se asimiló al recurso extraordinario de casación civil, con el mismo enfoque que tuvo el recurso extraordinario de anulación, esto es, que el control correspondiente únicamente podía realizarse sobre las violaciones directas de normas sustanciales<sup>67</sup>, en relación con lo cual la Corte Constitucional destacó que “en la nueva regulación subyace la idea de convertir la *súplica* en una *especie* de recurso de *casación en la jurisdicción contencioso administrativo*”<sup>68</sup>.

Pese a que por su similitud con el recurso extraordinario de casación, el Consejo de Estado en algunas decisiones indicó que con el mismo se buscaba la unificación jurisprudencial –ver nota al pie n.º 63–, es claro que esa no fue su finalidad principal, pues dejó de tratarse de un medio de impugnación a través del cual

---

<sup>66</sup> Cabe advertir que se demandó la inconstitucionalidad del artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la ley 446 de 1998, por falta de unidad en la materia, en consideración a que el accionante estimó que debido a la nueva estructura y finalidad de ese medio de impugnación, los usuarios de la administración de justicia podían llegar a ejercerlo en demasía, lo que evidentemente conllevaría a la congestión del Consejo de Estado y, por ende, a contrariar el sentido de la ley 446 de 1998, la cual había sido proferida para adoptar medidas de descongestión y eficiencia en la Rama Judicial. La Corte Constitucional decidió declarar la constitucionalidad de la norma en correspondiente, en la medida en que (i) advirtió que las aseveraciones del demandante se reducían a especulaciones de una situación que para ese momento no se había configurado, y de otro lado, resaltó que la ley 446 de 1998 tuvo múltiples finalidades, de tal forma que no se podía hablar de una falta de unidad de materia. Al respecto, consultar: Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-672 del 9 de septiembre de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell, expediente D-2273.

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de septiembre de 1999, C.P. Delio Gómez leyva, expediente S-025.

<sup>68</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-672 del 9 de septiembre de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell, expediente D-2273.

se pudiese revisar directamente la contradicción a las posturas jurisprudenciales unificadas por las salas plenas del Consejo de Estado, para apuntar a controlar el contenido de sus decisiones con la finalidad de que se respetara el principio de legalidad.

Ciertamente, si bien a través de los fallos que resuelven los recursos extraordinarios de súplica –es importante tener en cuenta que a la fecha todavía se están resolviendo los recursos interpuestos antes de la supresión de dicho medio de impugnación–, es posible que el Consejo de Estado establezca la forma correcta en que se deben aplicar o interpretar las normas sustanciales en el evento en que se configure un error *in iudicando*, lo que a su vez deja sentado un precedente que debería ser observado por los demás operadores judiciales de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo cierto es que no se puede perder de vista que debido a la diferencia de las causales y de la forma en que se realizan los respectivos controles de los recursos extraordinarios de súplica, en el nuevo recurso la unificación de las posturas jurisprudenciales pasa a un segundo plano, toda vez que:

(a) El juzgador ya no se centra en la contradicción jurisprudencial y en salvaguardar la unificación de interpretación, sino en la violación directa de la norma sustancial, por lo que no se podría argüir la contradicción de posturas para infirmar una sentencia<sup>69</sup>;

(b) Teniendo en cuenta lo anterior, se pueden generar fallos contradictorios que por no configurar en estricto sentido una violación directa, pueden mantenerse en el ordenamiento jurídico pese al desmedro que constituyan para la seguridad jurídica y al derecho de igualdad;

(c) Debido a que el recurso sólo procede frente a la violación directa de normas sustanciales, es claro que los efectos unificadores de los fallos que resuelven tales recursos no pueden darse en

<sup>69</sup> “La técnica de este recurso extraordinario obliga al recurrente a ceñirse estrictamente a las razones o motivos que tipifican la causal única prevista en la ley: violación directa de normas sustanciales por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea; es decir, que este recurso sólo encuentra causa en la violación directa de normas sustanciales (...)”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Transitorio de Decisión 4C, sentencia del 16 de diciembre de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 11001-03-15-000-2004-01151-00(S).

normas que no reúnan esa característica, como sucede por ejemplo con normas de carácter procesal<sup>70</sup>.

Con observancia de lo expuesto, con la expedición de la ley 446 de 1998, el legislador pretendió darle un viraje a la figura del recurso extraordinario de súplica para así salvaguardar otros intereses distintos a los relacionados con la unificación de jurisprudencia, respecto de lo que cabe estimar que nuevamente se materializó la tensión que se formó entre la existencia de un recurso que propendiera por la univocidad de criterios jurisprudenciales y de un recurso a favor de la defensa del principio de legalidad, para darle prevalencia al último.

Por otra parte, se advierte que en sentido opuesto a lo regulado en relación con el recurso extraordinario de anulación, la causal del nuevo recurso de súplica se planteó con una mayor amplitud y detalle, pues (a) se hizo alusión de manera general a la violación de toda norma sustancial, cuando con el recurso extraordinario de anulación se hacía referencia a la violación directa de la Constitución Nacional y la ley sustancial<sup>71</sup>, y (b) se reguló expresamente que la violación directa se podía configurar a raíz de una aplicación indebida, una falta de aplicación o una interpretación errónea de la norma sustancial<sup>72</sup>, violación directa que en el recurso extraordinario

---

<sup>70</sup> Debido a las similitudes del recurso extraordinario de súplica de la ley 446 de 1998 y del extinto recurso extraordinario de anulación, igualmente resulta pertinente recordar las diferencias que llevaron a que el Consejo de Estado concluyera que ambos recursos son profundamente distintos y, por consiguiente, se podían presentar de manera paralela en relación con un mismo fallo –ver nota al pie n.º 5–.

<sup>71</sup> Es importante destacar que el Consejo de Estado inicialmente sostuvo que las normas constitucionales no tenían la naturaleza de normas sustanciales, por lo que el recurso extraordinario de súplica únicamente se podía fundamentar en la vulneración de disposiciones legales. Sin perjuicio de lo anterior, ese criterio cambió, por lo que se discriminaron la naturaleza de las diferentes normas de rango constitucional –normas de carácter sustancial directo, normas de carácter sustancial indirecto y normas instrumentales–, de las cuales sólo las normas que tengan un carácter sustancial directo pueden servir para soportar el recurso extraordinario de súplica. Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de febrero del 2000, C.P. Daniel Manrique Guzmán, expediente S-051; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia del 5 de mayo de 2020, C.P. María Adriana Marín, expediente 11001-03-15-000-2003-00836-01(S).

<sup>72</sup> Violaciones que jurisprudencialmente se indicaron que se configuraban cuando se incurriese en un error “ora porque se aplicaron indebidamente normas de derecho material, que no eran las pertinentes al caso objeto de la decisión, ora porque se

de anulación se trató de un concepto indefinido cuyo alcance tuvo que ser determinado jurisprudencialmente.

De otro lado, es importante precisar que el Consejo de Estado, para delimitar el alcance del recurso extraordinario de súplica, adoptó la definición de norma sustancial traída a colación por la Corte Suprema de Justicia para el recurso extraordinario de casación, esto es, aquellas normas que con fundamento en una situación concretan, declaran, crean, modifican o extinguen una relación jurídica, sin que entre esas normas se puedan entender comprendidas aquellas que simplemente definen fenómenos jurídicos, describen sus elementos, hacen enumeraciones o enunciaciones, o regulan el proceso –normas procesales–<sup>73</sup>, y al igual que ocurrió con el recurso extraordinario de anulación, recalcó que el nuevo recurso de súplica sólo podía ser empleado para corregir errores puramente jurídicos, por lo que no era un medio de impugnación para revisar errores de hecho o en la apreciación o falta de estimación de medios de prueba, en consideración a que ello se trataría de violaciones indirectas que escaparían al marco de acción del recurso en análisis<sup>74</sup>.

(iii) El recurrente tenía la carga de indicar en forma precisa la norma o normas sustanciales infringidas y los motivos de infracción.

---

dejaron de aplicar las que correspondían; ora, finalmente, porque si bien se puso a funcionar la norma adecuada, a ésta se le dio un alcance mayor o menor del que ha debido dársele". Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2004, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, expediente 11001-03-15-000-1998-00024-01(S). Igualmente, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de octubre de 2006, C.P. (E) Fredy Ibarra Martínez, expediente 11001-03-15-000-1999-00056-01(S). Por su parte, revisar: PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *Derecho procesal administrativo*, cuarta edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2004, p. 609.

<sup>73</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de agosto de 1999, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente Q-063; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Doce Especial de Decisión, sentencia del 7 de febrero de 2017, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, expediente 110001-03-15-000-2001-00247-01(S).

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de mayo del 2000, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente 11001-03-15-000-2000-00044-01; sentencia del 23 de noviembre de 2004, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, expediente 11001-03-15-000-1998-00024-01(S). Igualmente, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de octubre de 2006, C.P. (E) Fredy Ibarra Martínez, expediente 11001-03-15-000-1999-00056-01(S).

Sin embargo, se señaló que el nuevo recurso extraordinario de súplica era mucho más flexible en comparación con el recurso extraordinario de casación, lo cual se fundamentó en que las sentencias objeto de control resolvían litigios trabados entre particulares y el Estado, de tal forma al juzgador, para denegar el mismo, no le era viable ceñirse de manera irreflexiva a formalismos, sin que ello significara que el recurrente no tuviese la carga de cumplir con las exigencias referidas por la norma en análisis<sup>75</sup>, comoquiera que el recurso en comento “no admitía *“acusaciones de carácter general al contenido del proceso, ni la invocación general de leyes o estatutos para formular los cargos”* y era *“necesario también que entre la infracción de la norma sustancial invocada y los presuntos errores del fallo impugnado, exist[iera] afinidad de materia”*<sup>76</sup><sup>77</sup>.

De esa manera, dado que el recurso extraordinario de súplica no se trató de un recurso idéntico al recurso extraordinario de casación, es posible denotar que inicialmente se buscó que los administrativos no tuvieran menos trabas para acceder a la administración de justicia con la finalidad de controlar la legalidad de los fallos ejecutoriados del Consejo de Estado, más aun teniendo en cuenta que el anterior recurso extraordinario de súplica tuvo ciertas limitaciones que en ocasiones impidió su adecuado uso y prosperidad.

(iv) Con observancia del alcance del recurso extraordinario de súplica, es importante advertir que jurisprudencialmente se indicó que no podía ser empleado para dar lugar a una tercera instancia, por lo cual se reiteró que era inviable que se le utilizara para valorar los medios de prueba en el caso concreto y, en ese orden de ideas, se aclaró que el objeto del recurso no era el litigio suscitado sino la sentencia que el Consejo de Estado hubiese adoptado al respecto<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de agosto de 1999, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente Q-063. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión, sentencia del 7 de junio de 2016, C.P. Danilo Rojas Betancourth, expediente 11001-03-15-000-2004-01662-00(S).

<sup>76</sup> Consejo de Estado, Sala Especial Transitoria de Decisión 1B, sentencia de 4 de octubre de 2006, Expediente No. 2004-01273.

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia del 7 de noviembre de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, expediente 11001-03-15-000-2003-01434-01(S).

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de agosto de 1999, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente Q-063;

Es así como se observa que la jurisprudencia del Consejo de Estado, de manera afín tanto para el recurso extraordinario de súplica previsto en la ley 11 de 1975, como para su reforma mediante la ley 446 de 1998, intentó ser claro en el sentido de que ese medio de impugnación no podía ser utilizado para habilitar una instancia adicional a favor de las partes, con lo cual claramente se propendió por resaltar su naturaleza como recurso extraordinario y, consecuentemente, limitar su alcance.

(v) Al momento de establecerse el recurso extraordinario de súplica, la regulación de la ley 446 de 1998 fue mucho más detallada en comparación con la ley 11 de 1975, respecto de lo que se resalta que:

(a) Se estableció todo un procedimiento para la presentación y trámite del recurso extraordinario de súplica, lo que la normativa anterior no previó más allá del tiempo límite para la presentación del recurso<sup>79</sup>.

(b) En el evento en que se encontrara la violación directa de la norma sustancial, se determinó con claridad el contenido de la sentencia del recurso extraordinario de súplica, por medio de la cual se infirma el fallo objeto del recurso para dictarse una decisión de remplazo con las restituciones correspondientes en el caso en que se hubiese alcanzado a ejecutar tal fallo, claridad que conviene recordar que no se tuvo con el recurso extraordinario de súplica precedente, lo que llevó a que el Consejo de Estado tuviese que determinar vía jurisprudencia cuál era el alcance de sus decisiones, con las problemáticas que ello generó.

---

sentencia del 3 de octubre de 2006, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, expediente 11001-03-15-000-1999-00106-01(S); sentencia del 22 de febrero del 2000, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, expediente 11001-03-15-000-2000-00033-01.

<sup>79</sup> Al respecto, la doctrina jurídica sostuvo: "(...) En cuarto, porque el recurso de súplica original derogado nació sin procedimiento alguno, hasta el punto que, en la práctica, unas veces se resolvía de plano y otras, luego de un curioso traslado a la relatoría del Consejo de Estado para que informara sobre la jurisprudencia existente y su posible infracción. Para corroborar este aserto se recuerda que el artículo 130 del c.c.a. (21 Carlos Betancur del dec 2304) sólo exigía su interposición por escrito dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia recurrida, con indicación precisa de la jurisprudencia infringida". BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, sexta edición. Bogotá D.C., Colombia: Señal Editora, 2002.

Con fundamento en las anteriores características, es viable sostener que el recurso extraordinario de súplica cambió en su esencia, lo que se puede concluir que obedeció a, por una parte, los cuestionamientos que se generaron en cuanto a que el medio de impugnación tendiera a la unificación de criterios jurisprudenciales y, por consiguiente, se consideró que privilegiaba a la jurisprudencia en comparación con la ley, y de otro lado, a la idea de prever mecanismos extraordinarios similares a los existentes en la jurisdicción ordinaria con el recurso extraordinario de casación.

De esa forma, el legislador ordinario –al igual que el legislador extraordinario con el suprimido recurso extraordinario de anulación–, buscó adecuar el instituto del recurso extraordinario de súplica para perseguir la concreción de una finalidad que hasta ese momento no había tenido mayor desarrollo en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esto es, la protección y materialización del principio de legalidad en sentencias ejecutoriadas proferidas por el máximo órgano de la jurisdicción, lo que se pudo ver fortalecido con base en la idea de que el recurso tenía la potencialidad de, en todo caso, propender por la unificación jurisprudencial.

Asimismo, se destaca el hecho de que normativamente se buscó que los administrados tuviesen una mayor accesibilidad al recurso, pues pese a que se le limitó a las sentencias del Consejo de Estado, se intentó definirlo con claridad y sin el establecimiento de los requisitos formales que operan en relación con el recurso extraordinario de casación, para efectos de que se pudiese ejercer válidamente y mediante el mismo se obtuvieran decisiones de fondo en cuanto a la legalidad de los fallos del máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, se observa que las partes comenzaron a realizar el uso desmedido del señalado medio de impugnación, y en múltiples ocasiones manifestaron argumentos relacionados con la valoración probatoria efectuada por el Consejo de Estado para fundamentar su pretensión de que se infirmaran las sentencias correspondientes, lo que claramente implicaba convertir dicho recurso en una tercera instancia en contra de la misma lógica

de los recursos extraordinarios y que a la postre, generó una gran congestión al interior del Consejo de Estado<sup>80</sup>.

De ese modo, eventualmente se optó por la supresión definitiva del recurso extraordinario de súplica, para trabajar en la configuración de los recursos extraordinarios que informaron el proceso de lo contencioso administrativo con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, entre los que se observa el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y los mecanismos adicionales que se idearon para el efecto, con lo que a su vez se puede colegir que se retornó a la búsqueda de la univocidad de criterios al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

### 2.3. SUPRESIÓN DEFINITIVA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA

El 27 de abril de 2005, se promulgó la ley 954 de 2005, “[p]or medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia”.

En su artículo 2, se derogó el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la ley 446 de 1998, por medio del cual se había modificado el recurso extraordinario de súplica inicialmente introducido por la ley 11 de 1975.

Al respecto, como se señaló, el legislador, luego de consultar a los integrantes del Consejo de Estado y a diferentes autoridades, encontró que el recurso en comento (i) se resolvía en la mayoría de los casos de manera desfavorable a los recurrentes, y (ii) debido a su uso desmedido –para el 2002, se habían presentado alrededor

<sup>80</sup> En varios asuntos, los argumentos de no prosperidad de los recursos extraordinarios de súplica versaron en sostener que en dicha sede no era posible valorar las pruebas aportadas durante el proceso ordinario, la valoración que de las mismas se hizo, ni de las situaciones fácticas que pudieran convertir el medio de impugnación en una tercera instancia. Al respecto, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia del 5 de mayo de 2020, C.P. María Adriana Marín, expediente 11001-03-15-000-2003-00836-01(S), entre otras.

de 1.400 recursos extraordinarios de súplica—, se incrementó la congestión de la Corporación<sup>81</sup> —lo que fue anticipado en la demanda de inconstitucionalidad que se formuló en contra del artículo que previó dicho recurso; ver nota al pie n.º 66—, motivo por los cuales decidió que resultaba pertinente su eliminación<sup>82</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, se advierte que mediante el artículo 3 de la ley 954 de 2005, se establecieron salas transitorias al interior del Consejo de Estado, para efectos de que conocieran de los recursos extraordinarios de súplica respecto de los cuales se hubiese proferido auto admisorio, de tal forma que se respetara el derecho a la igualdad de los recurrentes que habían alcanzado a obtener una decisión sobre la admisibilidad del medio de impugnación correspondiente, salas transitorias que fueron

---

<sup>81</sup> En ese sentido, la doctrina jurídica precisó: “Todo lo anterior condujo a que en últimas se derogara el recurso extraordinario de súplica consagrado en la ley 11 de 1975 y a que en su lugar en la ley 446 de 1998, artículo 57 (C.C.A., art. 194), se estableciera otro recurso extraordinario de súplica diferente (...). El abuso en el ejercicio de este recurso extraordinario de súplica y la imposibilidad de resolver los propuestos que superaron el número de mil, llevó finalmente a la supresión del mismo, disponiéndose su derogatoria por el artículo 2º de la ley 954 de abril 27 de 2005”. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho procesal administrativo*, décima segunda edición, Universidad Libre, 2007, p. 505.

<sup>82</sup> Al respecto, en los antecedentes de la ley 954 de 2005, se trae a colación el siguiente análisis: “De otra parte es innegable que en la práctica, al exigirse caución para poder interponer recurso de súplica, toda vez que pretenda la suspensión del cumplimiento de la sentencia, esta exigencia quita al recurso la efectividad que se pretende con el mismo. También, salvo contadas excepciones, los recursos de súplica hasta el momento fallados han confirmado los fallos recurridos; pero sí, en cambio, han generado una gravísima situación de congestión de la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo desvirtuando el principio de celeridad, oportunidad y economía que informan la administración de justicia.//Así, para el año 2002, según consta en el proyecto “Descongestión de la jurisdicción contencioso-administrativa y en particular en el Consejo de Estado”, adelantado por la Agencia de Cooperación Colombo-Alemana, GTZ y finalizado en julio de 2003, se radicaron 1.401 recursos extraordinarios de súplica de la ley 446 de 1998 y la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo falló tan solo 255, de los cuales 24 prosperaron y 332 no prosperaron; es decir, para 2002, tan sólo el 7% de los recursos fallados prosperaron, ello sin contar que de los recursos de súplica restantes 583 tenían proyecto de fallo registrado y 462 no tenían proyecto de fallo registrado”. Colombia, Congreso de la República, Senado y Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso n.º 671 del 4 de noviembre de 2004, Imprenta Nacional de Colombia, p. 3. Igualmente, consultar: Congreso de la República, Senado y Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso n.º 129 del 14 de abril de 2004, Imprenta Nacional de Colombia y Gaceta del Congreso n.º 359 del 19 de julio de 2004, Imprenta Nacional de Colombia.

confirmadas mediante el artículo 63 de la ley 1395 de 2010, por medio del cual se adicionó el artículo transitorio 194A del Código Contencioso Administrativo.

Es así como a partir de la vigencia de la ley en comento, no obstante se continuó decidiendo los recursos extraordinarios de súplicas respecto de los cuales se hubiere proferido auto admisorio, al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo únicamente quedó vigente el recurso extraordinario de revisión, hasta la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### 3. CONCLUSIONES

La disparidad en la jurisprudencia radica en una problemática que de tiempo atrás ha aquejado de manera general a la Rama Judicial, y en específico a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, problemática frente a la cual se han ideado distintas soluciones que ulteriormente han tendido a la formación de un sistema de mecanismos diseñados para lograr la univocidad de criterios al interior de la jurisdicción<sup>83</sup>.

Es así como entre esas soluciones, se creó inicialmente el recurso extraordinario de súplica, medio de impugnación que sirvió de complemento al deber legal que tenían los consejeros de estado de someter a conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, los cambios jurisprudenciales que pretendieran efectuar a través de las salas o secciones de las que hacían parte y así, lograr que se mantuvieran unos criterios uniformes para toda la jurisdicción.

Ahora bien, es indiscutible que el recurso extraordinario de súplica, como uno de los primeros instrumentos jurídicos que propendieron por la mencionada unificación de la jurisprudencia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, adoleció de distintos yerros y limitaciones que, si bien en su momento

---

<sup>83</sup> Para el efecto, valga recordar las disposiciones que en la actualidad rigen con la finalidad de lograr la unificación de la jurisprudencia, las cuales establecen diferentes mecanismos como las sentencias y autos de unificación y el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

generaron problemáticas adicionales que tuvieron que ser resueltas vía jurisprudencia –lo que en ocasiones representó en sí mismo un problema para la efectividad y funcionalidad del recurso extraordinario de súplica–, permitieron el desarrollo de la figura y su evolución, lo que sin lugar a dudas benefició la creación de los actuales instrumentos dispuestos para materializar dicho fin –sin restringirse al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia– y así, buscar la cohesión del sistema jurídico, la seguridad jurídica, la confianza legítima, la buena fe y el derecho a la igualdad ante la administración de justicia.

En efecto, es posible señalar que las limitaciones del inicial recurso extraordinario de súplica, en especial al tratarse de un medio de impugnación, contribuyeron a que se fortaleciera la incipiente regulación que existía sobre otros mecanismos que de manera conjunta debían y deben propender por lograr la univocidad de criterios al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de modo que título de ejemplo, cabe traer a colación que en la actualidad se han definido con claridad los escenarios en los cuales el Consejo de Estado puede conocer de diferentes asuntos para sentar, unificar y definir el alcance de la jurisprudencia de la jurisdicción, e igualmente, se han ampliado los intervinientes del proceso que pueden solicitar dicha unificación.

A su vez, los errores que se cometieron en la configuración y diseño del primer recurso extraordinario de súplica no sólo fueron tenidos en cuenta para el desarrollo de los recursos extraordinarios inmediatamente posteriores, como lo fueron los recursos extraordinarios de anulación, revisión, y de súplica de la ley 446 de 1998, sino que claramente dejaron enseñanzas que fueron observadas durante el diseño y la puesta en funcionamiento del actual recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, como por ejemplo, el que se definiera de manera expresa el alcance de las sentencias que se adoptan en el desarrollo del recurso en comento, con lo cual se buscó evitar que su alcance quedara sometido a un criterio jurisprudencial, con los riesgos implícitos que ello tiene.

Igualmente, es importante destacar las tensiones que se generaron sobre la forma en que se debían plantear los recursos extraordinarios al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tensiones en virtud de las cuales se discutió

si el recurso extraordinario de súplica debía propender por la unificación de la jurisprudencia a partir de la comparación de las decisiones objeto de control con las posturas jurisprudenciales unificadas, o si debía buscar la defensa del principio de legalidad a través de la corrección de los errores *in iudicando* por violación directa de las normas sustanciales<sup>84</sup>.

A partir de esas tensiones, y de las consecuentes diferentes formas en que se concretó el recurso extraordinario de súplica, igualmente es posible sostener que las autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales, desarrollaron y pusieron en funcionamiento un mecanismo que les permitió adquirir experiencias relevantes en el marco de la protección de distintos intereses y derechos.

Por consiguiente, es viable concluir que la misma evolución del recurso extraordinario de súplica, ha contribuido en el desarrollo y mejor funcionamiento de diferentes mecanismos que permiten el acceso a la administración de justicia, todo lo cual redundaba en beneficio de los administrados y de la materialización de sus derechos sustanciales y procesales.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho procesal. Tomo I. Teoría general del proceso*, undécima edición. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A., 2016.
- AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho procesal. Tomo II. Parte general*, novena edición. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A., 2018.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, segunda edición. Bogotá D.C., Colombia: Señal Editora, 1985.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, sexta edición. Bogotá D.C., Colombia: Señal Editora, 1992.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, sexta edición. Bogotá D.C., Colombia: Señal Editora, 2002.

<sup>84</sup> A partir de las tensiones en mención, se produjo el inicial intento de remplazar el recurso extraordinario de súplica de la ley 11 de 1975 por el extinto recurso extraordinario de anulación del Código Contencioso Administrativo -Decreto ley 01 de 1984-, para que finalmente se le modificara mediante la ley 446 de 1998, con el objeto de perseguir la garantía del imperio de la ley, dejándose en un segundo plano la búsqueda de la univocidad de criterios jurisprudenciales y asimilándose al recurso extraordinario de casación civil.

- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, octava edición. Bogotá D.C., Colombia: Señal Editora, 2013.
- BUITRAGO GONZÁLEZ, Víctor Manuel. "Origen y evolución de la jurisdicción de lo contencioso administrativo", *Nueva Época*, 2017 (número 48).
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho procesal administrativo. Tomo II*, séptima edición, Librería Jurídica Wilches, 1989.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Derecho procesal administrativo*, décima segunda edición, Universidad Libre, 2007.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, segunda edición. Bogotá D.C., Colombia: Legis, 2007.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. "20 años de vigencia del Código Contencioso Administrativo colombiano", *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 2003 (Volumen 3, número 5).
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte general*, segunda edición. Bogotá D.C., Colombia: Dupre Editores, 2019.
- OLANO GARCÍA, Hernando Alejandro. "La jurisdicción contencioso administrativa colombiana. Homenaje en su 95 aniversario, 1914-2009". En: *Repositorio Institucional de la Universidad de la Sabana, Colombia*, en: <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/28974>.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *Derecho procesal administrativo*, cuarta edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2004.
- RAVE ARISTIZÁBAL, Gabriel. *Compendio de actuaciones administrativas y derecho procesal administrativo*, tercera edición, Señal Editora, 2003.
- SARMIENTO-ERAZO, Juan Pablo. "El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial ¿Hacia la instauración de un juez de casación en lo contencioso-administrativo?", *Universitas*, 2011 (número 123).
- VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul. "Los juzgados administrativos en el estado colombiano", *Justicia Juris*, 2008 (Volumen 9).
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-417 del 18 de junio de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz, expediente D-014.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, expediente D-164.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-418 del 22 de septiembre de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, expediente D-505
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-362 del 14 de agosto de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-1176.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-672 del 9 de septiembre de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell, expediente D-2273.

- Colombia, Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Auto 230 del 7 de junio de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente T-450182.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, expediente D-3374.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-097 del 11 de febrero de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, expediente D-4168.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-520 del 4 de agosto de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, expediente D-7485.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, expediente D-8473.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-588 del 25 de julio de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo, expediente D-8864.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-10609.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-179 del 13 de abril de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente D-10973.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-354 del 25 de mayo de 2017, M.P. (e) Iván Humberto Escruce Mayolo, expediente T-5.882.857.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de abril de 1977, C.P. Miguel Lleras Pizarra, expediente 10015.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1977, C.P. Carlos Galludo Pinilla, expediente 10128.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 22 de abril de 1981, C.P. Eduardo Suescun, expediente 10.338.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 31 de agosto de 1984, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez, expediente 030.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 16 de abril de 1985, C.P. Rudesindo Rojas Robles, expediente 11.139.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de septiembre de 1986, C.P. Carlos BETANCUR JARAMILLO, expediente S-002.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 11 de abril de 1986, C.P. Enrique Low Murtra, expediente 0010.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 15 de septiembre de 1986, C.P. Joaquín Vanín Tello, expediente 1125.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 20 de marzo de 1987, C.P. Samuel Buitrago Hurtado, expediente S-007.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 31 de julio de 1987, C.P. Guillermo Benavides Melo, expediente 015.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de noviembre de 1987, C.P. Joaquín Vanín Tello, expediente 005.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de agosto de 1988, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez, expediente S-009.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1989, C.P. Álvaro Lecompte Luna, expediente: S-062.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 19 de septiembre de 1989, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, expediente S-094.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de marzo de 1990, C.P. Miguel GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, expediente 132.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de octubre de 1990, C.P. Carlos Bertancur Jaramillo, expediente S-095.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de octubre de 1990, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez, expediente S-147.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de diciembre de 1990, C.P. Amado Gutiérrez Velásquez expediente S-030.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 7 de junio de 1991, C.P. Juan De Dios Montes Hernández.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 12 de junio de 1992, C.P. Guillermo Chahín Lizcano, expediente 3733.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 17 de junio de 1992, C.P. Guillermo Chahín Lizcano, expediente S-272.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 10 de julio de 1992, C.P. Jaime Abella Zarate, expediente S-275.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1992, C.P. Dolly Pedraza Arenas, expediente S-172.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 16 de septiembre de 1992, C.P. Diego Younes Moreno, expediente S-285.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 8 de febrero de 1993, C.P. Miguel Viana Patiño, expediente 0600.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de marzo de 1993, C.P. Jaramillo, expediente S-204.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Segunda, sentencia del 5 de noviembre de 1993, C.P. Álvaro Lecompete Luna, expediente 875-11815.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de noviembre de 1993, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente S-216.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 2 de mayo de 1994, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente S-313.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de mayo de 1994, C.P. Miguel GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, expediente 346.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de mayo de 1994, C.P. Dolly Pedraza de Arenas, expediente S-178.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de mayo de 1995, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente S-362.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de noviembre de 1995, C.P. Álvaro Lecompete Luna, expediente S-464.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de julio de 1996, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente S-449.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de febrero de 1997, C.P. Javier Díaz Bueno, expediente S-416.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de junio de 1998, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente S-726.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de agosto de 1999, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente Q-063.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de septiembre de 1999, C.P. Delio Gómez leyva, expediente S-025.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de febrero del 2000, C.P. Daniel Manrique Guzmán, expediente S-051
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de febrero del 2000, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, expediente 11001-03-15-000-2000-00033-01.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de mayo del 2000, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente 11001-03-15-000-2000-00044-01.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de julio del 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez, expediente 11001-03-15-000-2000-00732-01(S).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de septiembre de 2004, C.P. Darío Quiñonez Pinilla, expediente 11001-03-15-000-1997-0778-01(S).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2004, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Transitoria de Decisión 2A, sentencia del 3 de octubre de 2006, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente 11001-03-15-000-1999-00106-01(S).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de octubre de 2006, C.P. (E) Fredy Ibarra Martínez, expediente 11001-03-15-000-1999-00056-01(S).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Transitorio de Decisión 4C, sentencia del 16 de diciembre de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 11001-03-15-000-2004-01151-00(S).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión, sentencia del 7 de junio de 2016, C.P. Danilo Rojas Betancourth, expediente 11001-03-15-000-2004-01387-00(S).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Doce Especial de Decisión, sentencia del 7 de febrero de 2017, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, expediente 110001-03-15-000-2001-00247-01(S).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia del 7 de noviembre de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, expediente 11001-03-15-000-2003-01434-01(S).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 1 de agosto de 2019, M.P. María Adriana Marín, expediente 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 2019, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, expediente 05001-33-33-023-2013-00447-01(55183).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Veinte Especial de Decisión, sentencia del 12 de diciembre de 2019, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés exp. 11001-03-15-000-2015-01020-00(REV).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 30 de marzo de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, expediente 15001-33-31-701-2014-00009-01(61784)B.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia del 5 de mayo de 2020, C.P. María Adriana Marín, expediente 11001-03-15-000-2014-00386-00(REV).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia del 5 de mayo de 2020, C.P. María Adriana Marín, expediente 11001-03-15-000-2003-00836-01(S).
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de agosto de 2020, M.P. José Roberto Sáchica Méndez, expediente 11001-03-26-000-2019-00026-00(63357).
- Colombia, Consejo Nacional Constituyente, Constitución Nacional de 1886.
- Colombia, Gobierno Nacional, acto legislativo 10 de 1905.
- Colombia, Asamblea Nacional de Colombia, acto legislativo 3 de 1910.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991.
- Colombia, Congreso de la República, ley 130 de 1913.
- Colombia, Gobierno Nacional, acto legislativo 1 de 1914.
- Colombia, Congreso de la República, ley 60 de 1914.
- Colombia, Congreso de la República, ley 167 de 1941.
- Colombia, Congreso de la República, acto legislativo 01 de 1945.
- Colombia, Congreso de la República, ley 27 de 1963.
- Colombia, Gobierno Nacional, Decreto ley 2733 de 1959.
- Colombia, Gobierno Nacional, Decreto 528 de 1964.
- Colombia, Congreso de la República, ley 11 de 1975.
- Colombia, Congreso de la República, ley 58 de 1982.
- Colombia, Congreso de la República, ley 85 de 1981.
- Colombia, Gobierno Nacional, Decreto ley 01 de 1984.
- Colombia, Congreso de la República, ley 96 de 1985.
- Colombia, Congreso de la República, ley 30 de 1987.
- Colombia, Gobierno Nacional, Decreto ley 597 de 1988.
- Colombia, Gobierno Nacional, Decreto ley 2304 de 1989.
- Colombia, Congreso de la República, ley 446 de 1998.
- Colombia, Congreso de la República, ley 954 de 2005.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1285 de 2009.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011.

Colombia, Congreso de la República, ley 2080 de 2021.

Colombia, Congreso de la República, Senado y Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso n.º 671 del 4 de noviembre de 2004, Imprenta Nacional de Colombia.

Colombia, Congreso de la República, Senado y Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso n.º 129 del 14 de abril de 2004, Imprenta Nacional de Colombia.

Colombia, Congreso de la República, Gaceta del Congreso n.º 359 del 19 de julio de 2004, Imprenta Nacional de Colombia.

Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena, Acuerdos n.º 2 de 1971 y n.º 1 de 1978.

Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Acuerdo PSAA06-3345 de 2006.

## CAPÍTULO VII

# EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

HERNANDO HERRERA MERCADO\*

Retomo y actualizo apuntes de la obra que sobre esta materia publicara hace algunos años y algunos otros escritos de nuestra autoría, para dar cuenta de tema tan trascendente, toda vez, que sin duda, es innegable la importancia que tiene el arbitraje dentro de la adecuada resolución de controversias en el campo de la contratación.

Pasaremos a tocar en este ensayo lo atinente a los medios de impugnación frente al laudo arbitral, y muy especialmente lo que tiene que ver con la anulación.

---

\* Abogado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Posee una acreditada experiencia en cargos directivos de alta responsabilidad legal los sectores privado y público. En el sector privado, se ha desempeñado como director ejecutivo de la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), presidente de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá, igualmente director de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, asesor jurídico de la empresa Bavaria S.A. y gerente de proyecto de la Agencia Norteamericana de Desarrollo, e integrante de la Corte de Arbitraje de la Asociación de Exmagistrados (Asomagister). También ha hecho parte de la mesa de análisis de Caracol Radio en temas jurídicos y judiciales. En el sector estatal, se ha desempeñado como presidente (e) y secretario general de Telecom, asesor y secretario del Ministerio de Justicia y del Derecho, y asesor de la Comisión Especial Legislativa (encargada de reglamentar las disposiciones más importantes de la Constitución del 91). Ha ejercido la cátedra universitaria en pregrado y postgrado en las universidades Externado, Javeriana, La Sabana y el Rosario. También ha sido conjuer del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo de Estado (Sección Tercera y de su Sala de Consulta y Servicio Civil). Director fundador del postgrado de Arbitraje en la Universidad del Rosario. Director de la Maestría de Arbitraje, Nacional, Internacional y de Inversión de la Universidad del Rosario y la Cámara de Comercio de Bogotá. Miembro activo de la lista de árbitros de varios centros de arbitraje e integrante de más de 120 trámites arbitrales y de amigable composición en campos de la contratación pública y privada. Columnista de *Ámbito Jurídico* de LEGIS y de otras revistas académicas especializadas. Autor de varias obras individuales y colectivas en temas jurídicos, principalmente, en torno al arbitraje.

En primer lugar conviene discernir, que entendemos por medios de impugnación, los mecanismos de defensa y saneamiento a disposición de los sujetos procesales, con el fin de oponerse plenamente a una providencia judicial o intentar contrarrestar sus eventuales errores en la sustanciación o definición litigiosa, y lograr su revocatoria total o parcial.

De lo anterior, que se haya indicado, generalmente, al término “recurso”, el concepto de “regresar”, es un recorrer (al decir de COUTURE) o correr de nuevo el camino ya hecho, lo que supone que otra autoridad u organismo pueda examinar las resoluciones previamente adoptadas. En tal sentido, los medios de impugnación suponen necesariamente la contradicción de una actuación judicial o de rango similar, con el claro cometido procesal de que se vuelva a discernir en torno a la materia ventilada. Así las cosas, el impulso de tales instrumentos, tiene por objeto de que se rectifique la resolución dictada, por parte ya bien sea del mismo juzgador o tribunal que la dictó, por parte de un órgano jerárquico superior, o quien se la ha asignado tal función.

Los medios de impugnación se concreta, por consiguiente, en vías legítimas, dada su pleno reconocimiento legal, orientados a remediar el eventual agravio de una providencia anómala, injusta o ilegal.

Dependiendo del acto que se busque conjurar, tales instrumentos de repudio procesal poseen un ámbito de acción más o menos amplio, en orden a facultar a la autoridad que conoce de ellos para surtir una revisión material y de fondo de la decisión, o para simplemente, verificar que no se hubieren quebrantado en ella unos presupuestos formales.

Desde esa perspectiva, bien puede decirse que existen recursos que tienden a corregir resoluciones por haberse originado una equivocación en el juzgamiento (errores *in iudicando*); y otros, que atacan los yerros de procedimiento (errores *in procedendo*).

Aunque también se ha patentado otra clasificación, atinente a distinguir el alcance de estos medios de impugnación dependiendo si se limitan o no a causales taxativas, lo que da lugar a una tipología entre ordinarios o extraordinarios.

De ahí que, generalmente los primeros den lugar a la expedición de un pronunciamiento con arreglo a derecho, sustituyendo la resolución impugnada; mientras que los segundos, auspician exclusivamente su nulidad o revocatoria.

Por regla común, los primeros, habilitan la revisión integral de la materia de un proceso, incluso sobre la forma como se aplicó el derecho; los otros, por el contrario, están dirigidos a censurar ciertos errores tipificados bajo determinadas causales sin abrirse una segunda instancia o realizarse un reexamen de la controversia planteada.

Estos límites y distinciones cobran especial importancia en el tema arbitral, toda vez que tradicionalmente en esta materia los recursos establecidos contra la sentencia arbitral o laudo, no hacen propicio el que pueda adelantarse un nuevo juicio. En el arbitraje, entonces, los arbitrios o medios procesales de impugnación, poseen un alcance restringido, y el agraviado no puede pretender una nueva resolución, sino muy concretamente, la invalidación de la decisión definitiva de la controversia que está recurriendo.

Diremos también que, usualmente, el conocimiento de estos medios de impugnación se han deferido a la jurisdicción, y que nunca conocen de estos recursos, por vía de posible retractación, el mismo tribunal que dictó el laudo, o por vía de reconsideración, una instancia arbitral superior con la competencia para redefinir el caso.

Comúnmente también señalar que, los medios de impugnación en materia arbitral proceden exclusivamente contra los laudos o sus providencias aledañas de corrección o adición, pero no contra determinaciones distintas de un tribunal arbitral –proferidas generalmente mediante autos–, para las que se reserva el ejercicio de la reposición que debe ser formulada ante el mismo panel.

Pese a que un sector arbitralista, aduce que la naturaleza contractual de la cláusula arbitral emancipa de revisión el fallo de los árbitros, mayoritariamente se piensa que la instauración de sistemas de impugnación, no riñe con tal supuesto, ya que lo que se persigue es simplemente concretar en este tipo de trámites el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>1</sup>. Dos cosas

---

<sup>1</sup> Tradicionalmente han existido dos corrientes con relación a la pertinencia de instaurar medios de impugnación de los laudos arbitrales. Una, defiende la posibilidad de evitar que el laudo arbitral sea sometido a cualquier tipo de

distintas pues son, la sumisión al arbitraje, a que ello suponga la ausencia de un mecanismo judicial de control a la actividad arbitral.

La doctrina científica más autonomista, arguye que la inclusión de vías jurisdiccionales para enmendar los eventuales errores cometidos por los árbitros, materializan la “judicialización” de la figura y además hacen prolongar innecesariamente la resolución de la disputa. Sin embargo, del otro lado de la orilla, están precisamente quienes miran en tales recursos la prerrogativa de ejercer un derecho tan primordial como el de impugnación, que a su vez también se origina en la autonomía del sujeto procesal.

En todo caso, en la línea media de ese debate, la instauración de recursos contra el laudo, no puede suponer que ellos disfruten de una posibilidad ilimitada para atacar el fallo arbitral.

Convergeremos entonces, en que en virtud de los inevitables nexos de unión entre el sistema alternativo de solución de controversias –arbitral– y el sistema corriente de definición de litigios –jurisdiccional–, y que se concretan no solo en la impugnación sino también en la ejecución del laudo, definitivamente lo propicio es el establecimiento de medios de impugnación –no de apelación–, que no se extiendan a la revisión del fondo del laudo y que resulten razonables y ponderados.

De manera tal, que una vez emitida la solución arbitral, a las partes o a cualquiera de ellas, no se le despoje de su derecho de acceso a los tribunales, a través de un recurso restringido pero conducente.

Ciertamente, los medios de control de los laudos arbitrales no poseen paralelismo con los motivos impugnatorios de las decisiones que profieren los jueces, y por su predefinido ámbito de acción, tienden a originar una acción bien distinta de la que encausa el proceso arbitral. Dentro de este contexto, el desenvolvimiento del régimen de recursos contra los fallos arbitrales se soporta en la admisibilidad de la revisión jurisdiccional de los laudos arbitrales, pero bajo un claro espectro que no muta a la instancia judicial en una vía ordinaria de revisión.

---

injerencia judicial y por ende la única función del órgano jurisdiccional sería la de encargarse de su ejecución. La segunda, atribuye a la jurisdicción la facultad de controlar a posteriori la actuación de los árbitros, aunque solamente con relación a su regularidad procesal.

Se postula que la actuación arbitral –a pesar de su carácter de solución extrajudicial– está llamada a respetar ciertas reglas y, lógicamente, su desacatamiento da lugar a la procedencia de los supuestos impugnatorios, sin inmiscuirse en la valoración de cómo se aplicó la norma sustantiva. En efecto, como la justicia arbitral está premunida de una agilidad y celeridad que le son rasgos distintivos de suyo, suena más que acertada la previsión de que se restrinja las instancias que lo alarguen y que además desfiguren su esencia, en el sentido de convocar a sujetos imparciales y expertos para delegarles la resolución de una discrepancia jurídica.

Tales consideraciones, se han concretado en la uniformidad del régimen de recursos contra los laudos arbitrales, con simples variaciones, en algunos casos imperceptibles, procurando al máximo su firmeza e inapelabilidad, pues predominan las regulaciones que rechazan las revisiones de las decisiones arbitrales a la usanza de las segundas instancias.

Así, podemos decir que los medios de impugnación contra el laudo no se erigen en recursos de reforma, por estar atados a causales que disciernen concretamente sobre la arbitrabilidad o el juicio regular, lo que obliga a un encuadramiento expreso del eventual agravio con el fin de constatar si ha existido tal extralimitación o vicio. Complementariamente conviene dejar constancia en este punto que, las determinaciones arbitrales resultan inapelables, y serán susceptibles de recursos extraordinarios cuando, en esencia, alteren la sustanciación regular del juicio o recaigan sobre asuntos que escapan a la órbita de los árbitros.

Por consiguiente, la autoridad judicial que conoce de los recursos contra el laudo no puede enmendar la definición arbitral ni declararse competente para conocer de cualquier oposición, ya que únicamente pueden fundarse en motivos legalmente previstos, en otras palabras, tasados. Igualmente dentro de esta perspectiva, de forma expresa se presupone que los remedios procesales en lo que hace al arbitraje, se ciñen a la búsqueda de la anulación total o parcial del laudo.

En tal sentido, el recurso de anulación en modo alguno está llamado a sustituir el laudo arbitral por un pronunciamiento distinto, sino que constituye un medio de impugnación, que persigue atacar su validez. Por tanto, es una *cognitio iuris* posterior

al procedimiento arbitral, a pesar de que constituye una *cognitio* limitada a solicitar que se le deje sin efectos por la viabilidad de causales restringidas y previamente señaladas por el legislador.

En todo caso, es de advertir que no es pacífica la discusión del apelativo que el remedio procesal o instrumento de impugnación contra el laudo, debe tener. Gran parte de la doctrina científica sostiene, y no sin razón, que los mal llamados “recursos contra el laudo arbitral” no son propiamente recursos, sino que nos hallamos ante el real ejercicio de una acción autónoma, cuyo objeto es solicitar la nulidad del laudo<sup>2-3</sup>.

De atenerse a las peculiares prerrogativas otorgadas a los órganos jurisdiccionales que conocen de la nulidad frente a laudos arbitrales y que no son otros distintos a verificar la existencia de concretos vicios –impidiéndoles pronunciarse de fondo sobre la resolución arbitral adoptada, lo que hace de este trámite un recurso independiente y autónomo–, no quedaría más que prodigar su carácter de acción.

Y es que si fuera un recurso típico, su alcance superaría el ámbito atribuido a un mecanismo de control judicial *per se* limitado, convirtiéndose en algunos casos, en una instancia con potestad de revisar integralmente la controversia resuelta por el laudo, lo cual desde luego desnaturalizaría su esencia.

En efecto, si el laudo arbitral tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, y las resoluciones que este contenga solo pueden atacarse por el apremio de un examen que no compromete el fondo del asunto, sumado el hecho de que los jueces que conocen de la anulación no son los superiores jerárquicos de los tribunales arbitrales, es de lógica aseverar, que se está ante la presencia de una acción y no de un recurso.

---

<sup>2</sup> Posición de Font Serra, citada por Fernando REGLERO RAMOS. En: *El arbitraje*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1991, p. 226.

<sup>3</sup> Con relación a este punto, resulta oportuno traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 5 de mayo de 1995, que expone que “no obstante su denominación legal el recurso de anulación de laudo arbitral no es un auténtico recurso, sino una acción autónoma de impugnación que da lugar a un proceso nuevo”.

LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTRAGNAN<sup>4</sup> explican a este respecto: “el arbitraje por propia esencia, no admite grados funcionales ni jerarquías jurisdiccionales porque la unidad es consustancial a su naturaleza, de ahí que el recurso de anulación no se conceptúe como una instancia *ad quem* ordinaria y propia de una apelación civil”<sup>5</sup>.

Empero, nuestra legislación opta por denominar a este medio de impugnación, “recurso”, tal y como se contempla en el artículo 40 de la ley 1563 de 2012. No obstante ya está visto que para que pudiera invocarse correctamente este concepto, haría falta, entre otras, que árbitros y jueces integraran una misma unidad funcional, se estableciera entre ellos una jerarquía, y se otorgara más campo de acción a la hora de revisar la decisión cuestionada, lo que no se presenta aquí. No es pues, la anulación, sino simplemente un juicio externo de formalidad, que no se extiende al reexamen del fundamento de lo resuelto.

Se agrega a esta disquisición, que las causales de anulación del laudo arbitral están centradas en aspectos de carácter formal, relativos, esencialmente, a casos de defectos del convenio arbitral, resolución de controversias no incluidas en el convenio arbitral y vicios concernientes al cumplimiento del procedimiento.

Siguiendo estas líneas, no cabe duda alguna que hubiere sido más propicio y encajado mejor, haber utilizado el término de acción para referirse a este medio de impugnación de la decisión de los árbitros.

Tal mecanismo persigue un efecto declarativo determinado, por lo visto, sin pretender la reforma de la decisión, ni equivaler a una instancia adicional dentro del arbitraje<sup>6</sup>. Bien por ello entonces,

---

<sup>4</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María y SILGUERO ESTRAGNAN, Joaquín. *Derecho de arbitraje español*, Madrid: Ed. Dykinson, 1994, p. 502.

<sup>5</sup> Ciertamente el juez competente de la anulación no puede emitir un nuevo “laudo” o decisión sustancial del caso. Por excepción, en legislaciones como la suiza, se establece que en caso de declaratoria de nulidad del laudo, el asunto sea devuelto al panel arbitral para que la vuelvan a emitir sin los vicios de nulidad constatados.

<sup>6</sup> La intervención jurisdiccional en el arbitraje se encuentra prácticamente limitada al “auxilio judicial” o la posibilidad de que para facilitar el procedimiento los árbitros puedan requerir determinado apoyo de los jueces, a la resolución del recurso de anulación y a la ejecución forzosa del laudo.

puede homologarse la anulación del laudo como una acción impugnativa autónoma<sup>7</sup> que no busca que se replantee la materia objeto de la controversia<sup>8</sup>.

Esta fundamentación parte de la base que los recursos contra la definición arbitral –bueno es anticiparlo en la anulación o la revisión–, tienen carácter rescisorio, cuyo ejercicio da lugar a un proceso declarativo especial, en el que como se ha expuesto por la doctrina, se pretende tan solo que el tribunal se pronuncie acerca de la validez o no del laudo.

Al respecto el tratadista Hugo ALSINA<sup>9</sup> sostiene: “La acción de nulidad de laudos arbitrales es un medio de impugnación característico y específico del juicio arbitral, existente en la generalidad de legislaciones y constituyendo una figura *sui generis* fundamentalmente distinta de las impugnaciones del proceso ordinario y sin parangón con las utilizadas contra las sentencias de los jueces. Tal acción de nulidad provoca un juicio de control *a posteriori* sobre la existencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales”<sup>10</sup>.

Ambos están subordinados a la concurrencia de determinadas condiciones, ya que está vedado a la jurisdicción entrar a conocer *in extenso* el contenido del laudo, o lo que sería lo mismo, reiniciar el debate fallado por los árbitros. La casi unanimidad de legislaciones que contemplan estos recursos, por no decir que todas, lo afincan

---

<sup>7</sup> GUASP, a la hora de distinguir entre los medios por los que se puede atacar el límite temporal de una sentencia, diferencia: la vía del recurso, la vía de acción impugnativa autónoma y la vía de apertura de un nuevo litigio sobre el fondo. Desde esa perspectiva, la anulación de laudos corresponde más a una acción impugnativa autónoma, puesto que no puede hablarse de recurso en sentido propio, toda vez que no se ejercita dentro de un proceso como tal, ni se origina contra una resolución judicial para modificarla.

<sup>8</sup> El autor ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLAN expresa que en rigurosa técnica jurídica, el recurso de anulación no es un recurso, sino que el legislador utiliza el calificativo de recurso en un sentido impropio.

<sup>9</sup> ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo VII, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 87.

<sup>10</sup> Algunos autores han catalogado a la anulación como una acción meramente rescisoria. Al respecto ver a Miguel Ángel Fernández Ballesteros, comentario al artículo 40 de la ley de Arbitraje española, en *Comentarios a la nueva ley de Arbitraje 60/2003*, del 23 de diciembre, Editorial Aranzadi, 2004, p. 412.

en motivos tasados de procedibilidad. Así lo irriga por ejemplo la ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional –aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional–, que establece concretamente como motivos de anulación una triple escala de control, a saber:

- a) El control de la existencia y validez del convenio arbitral.
- b) El control de la regularidad del procedimiento en garantía del derecho de defensa y de los principios de igualdad, audiencia y contradicción.
- c) El control sobre el fondo, estrictamente limitado a la garantía del orden público.

Con ello se garantiza que la pretensión anulatoria de un laudo no entrañe una segunda instancia, como lo ha definido el Tribunal Supremo español: “Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad –entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de motivos de la ley 60/2003– de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje. Para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal, que se sujeta a las reglas del juicio verbal, y cuya competencia se atribuye a las Audiencias Provinciales”<sup>11</sup>.

En tal sentido, el recurso o acción de anulación arbitral, claramente extraordinarios, operan frente a determinadas circunstancias, en las que se fija como causas impugnatorias: la inobservancia de formalidades; la emisión fuera de plazo; la resolución de aspectos no sometidos a la decisión arbitral o de materias no susceptibles de arbitraje. O sea, lo que en últimas puede encuadrarse en la ocurrencia de vicios formales o procedimentales, o en la extralimitación temporal u objetiva.

---

<sup>11</sup> Auto del 21 de febrero de 2006.

De modo que, a la jurisdicción únicamente le está asignado comprobar la regularidad del proceso arbitral, sin poder sustituir al árbitro en la decisión del conflicto. De forma tal, que como tantas veces se ha dicho, su función no alcanza al fondo del asunto sino a constatar los presupuestos del arbitraje y el desarrollo del procedimiento.

Nuestra legislación consagra de la siguiente forma la posibilidad de interponer el recurso de anulación contra un laudo arbitral. Señala en tal sentido el artículo 40 de la ley 1563 del 2012:

“Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”<sup>12</sup>.

“En relación con las facultades del juez que conoce de la anulación, es un punto prácticamente unánime señalar que estas se limitan a la verificación de las causales invocadas, bajo una perspectiva de interpretación restrictiva. De hecho, la normativa también tajantemente establece, que la autoridad judicial competente en la anulación no se puede pronunciar sobre el fondo de la controversia, ni está llamada a calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> En otras legislaciones, el recurso de anulación es planteado dentro un marco más excluyente, haciendo ver que los laudos arbitrales son impugnables exclusivamente a través de este recurso y no por ningún otro. El artículo 62 de la ley de Arbitraje y Conciliación boliviana, precisamente establece: “contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo arbitral, debe fundamentarse y basarse exclusivamente en las causales señaladas en el siguiente artículo”. Los términos “solo” y “única” pues, reafirman el aludido criterio.

<sup>13</sup> Inciso 4, artículo 42, ley 1563 de 2012.

Como lo tiene por claro la jurisprudencia, no se trata, entonces, de una nueva oportunidad para revivir el debate planteado ante el tribunal de arbitramento pues al juez ordinario o contencioso le está vedado pronunciarse sobre el fondo del litigio conocido por aquél. En otras palabras, los jueces de anulación deben limitar su misión a cotejar las causales específicamente invocadas por los recurrentes con el contenido del laudo, lo que desde luego redundará en la estabilidad jurídica atribuida al laudo<sup>14-15</sup>.

La jurisprudencia contencioso administrativa ha resaltado las características fundamentales de este recurso. Sobre el particular, el Consejo de Estado<sup>16</sup>, explicó:

“[...] En reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado, Sección Tercera se ha referido a la naturaleza, y características del recurso extraordinario de anulación, aspectos sobre los cuales ha destacado lo siguiente:

“i) El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.

---

<sup>14</sup> Sin embargo este aspecto ha tenido algunas vicisitudes. Por ejemplo, en la sentencia T-136 de 2003, se indicó lo siguiente: “no obstante el carácter limitado de las facultades del juez que conoce del recurso de anulación, nada le impide al Tribunal Superior o al Consejo de Estado pronunciarse oficiosamente sobre las nulidades absolutas que afecten el compromiso o la cláusula compromisoria. Ello es así porque estos contratos, como todo negocio jurídico, pueden estar afectados por las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 1741 del Código Civil, causales que, como se sabe, pueden reconocerse aún sin petición de parte interesada, tal como lo dispone el artículo 1742 de ese estatuto. De ese modo, si el negocio jurídico que dio lugar a la convocatoria del tribunal de arbitramento está afectado de nulidad absoluta, debe declararse esa nulidad pues tal declaratoria constituye un imperativo legal. Además, como ante esa situación queda sin fundamento jurídico alguno el proceso arbitral desatado, debe también declararse la nulidad del laudo arbitral en él proferido”.

<sup>15</sup> El ejercicio de la indicada facultad fue también esgrimida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Así, en la sentencia del 8 de junio de 2000 –expediente 16.973–, se declaró oficiosamente la nulidad del laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento convocado para dirimir la controversia suscitada entre el Consorcio Amaya Salazar y el Instituto de Valorización de Manizales. De igual manera, mediante la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 1º de agosto de 2002 –Exp. 21.041–, se declaró la nulidad del laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento convocado para dirimir la controversia suscitada entre Termorío y Electranta, por la nulidad absoluta, por objeto ilícito, del pacto compromisorio.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, sentencia del 21 de mayo de 2008, Exp. 33.643.

“ii) La finalidad del recurso se orienta a cuestionar la decisión arbitral por errores *in procedendo* (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso.

“iii) Mediante el recurso extraordinario de anulación no es posible atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores *in iudicando* (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un error en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios.

“iv) De manera excepcional, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales previstas en los numerales 4º y 5º, del artículo 72, de la ley 80 de 1993.

“v) Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra; en consecuencia, no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación.

“vi) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de

la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados”

“vii) Dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran previstas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley (artículos 128 de la ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998) [...]”.

De lo visto se puede colegir, que el que la legislación disponga de un mecanismo tan restringido para atacar los laudos arbitrales, se deriva no solo de sus especiales condiciones de cosa juzgada y mérito ejecutivo, sino debido a la consideración de que el proceso arbitral se reputa como de única instancia<sup>17-18</sup>.

El recurso de anulación pues está diseñado fundamentalmente para censurar los errores en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales –por ejemplo, la violación del principio de la congruencia, los errores aritméticos o las resolutivas contradictorias–. Evidentemente, un muy concreto ámbito de acción y la precisa predeterminación de las facultades del juez que conoce de su trámite.

De lo anterior también que se exija que los motivos de anulación planteados por el recurrente, deban encuadrarse dentro

---

<sup>17</sup> La Corte ya se ha pronunciado sobre tal carácter, como sigue: “[...] el artículo 116 de la Carta Política permite a los particulares sustraerse a la aplicación de justicia por los funcionarios de la rama judicial y optar –escapando a la regla general en los casos autorizados por la ley–, por someter sus diferencias a la decisión de un tribunal ad hoc compuesto por árbitros, que son particulares y no adquieren la calidad de servidores públicos, a pesar de cumplir transitoriamente con la función pública de dispensar justicia. Al hacer uso de esa excepción regulada por la ley en desarrollo del mandato constitucional, los particulares se someten a la decisión judicial de una corporación esencialmente transitoria, que no tiene superior jerárquico y, por ende, quienes a ella acuden, optan por una organización excepcional de la administración de justicia, donde la naturaleza de las cosas hace imposible la aplicación de la regla general de la doble instancia (a través del recurso ordinario de apelación), que rige en la rama judicial (artículo 3° del Código de Procedimiento Civil)” (Corte Constitucional, sentencia T-570 de 1994).

<sup>18</sup> Al respecto conviene ver también, Consejo de Estado, sentencia del 24 de octubre de 1996, Rad. 11632.

de los supuestos del precepto normativo que lo consagra. En otras palabras, no es posible subsumir dentro de los supuestos de la respectiva causal materias fácticas disímiles o distintas o simplemente constitutivas de meros cuestionamientos a la manera como los árbitros encausaron la controversia sometida a su juicio<sup>19</sup>.

En resumen, de las restricciones impuestas a los recursos contra el laudo, se infiere su fuerza vinculante, cosa distinta a su intangibilidad, en orden a que si bien como se ha visto, contra él no cabe una segunda instancia, sí proceden, aunque con un marco limitado, vías judiciales para controlarlo.

---

<sup>19</sup> Por disposición legal el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso, cuando las causales no correspondan a ninguna de las señaladas en la ley. Lo anterior de conformidad con el artículo 42 de la ley 1563 de 2012, según el cual: “la autoridad judicial competente rechazará de plano el recurso de anulación cuando su interposición fuere extemporánea, no se hubiere sustentando o las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en esta ley”.

## CAPÍTULO VIII

# EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA\*

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. 1. UNA FUNCIÓN CON UNA LARGA TRADICIÓN EN LAS INSTITUCIONES COLOMBIANAS. 2. UNA FUNCIÓN QUE CONTRIBUYE DE MÚLTIPLES MANERAS AL FORTALECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO EN COLOMBIA. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

### INTRODUCCIÓN

Dentro de las especificidades del sistema jurídico colombiano se destaca no solamente la existencia de un sistema de doble jurisdicción –ordinaria y administrativa, a cuyas cabezas se encuentran la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, respectivamente–, sino de doble función –jurisdiccional y consultiva– en lo que concierne al Consejo de Estado<sup>1</sup>. A lo que se suma que Colombia es el único país en América Latina que incorporó en sus textos constitucionales la función consultiva bajo diversas formas durante la mayor parte del siglo XIX y que la mantiene hasta hoy en permanente diálogo con la función jurisdiccional atribuida desde 1914 al referido Consejo, sin que exista en la región un caso similar al de Colombia en el que dicha

---

\* Ex Vicepresidente del Consejo de Estado de Colombia.

<sup>1</sup> Sobre la importancia de esta “doble dualidad” ver Sánchez Luque, Guillermo. “Segundo centenario del Consejo de Estado, “doble dualidad” y un solo rol: el control”, *Estudios de derecho público*. Tomo I. *Liber Amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, Rocío Araujo Oñate (Ed). Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2020, pp. 95-154

función haya perdurado por tanto tiempo y haya tenido una presencia institucional tan significativa<sup>2</sup>.

Por ello vale la pena recordar los hitos principales que la función consultiva ha tenido en la historia constitucional colombiana, así como analizar el contenido, desarrollo e importancia para el Estado de Derecho de las actuales atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que, por lo esencial, es la que cumple actualmente esta función cada vez más fortalecida y reconocida por la ciudadanía.

Cabe precisar que si bien dicha Sala cumple funciones separadas de las que adelantan las secciones contenciosas (art 236 C.P.), los magistrados de la Sala de Consulta cumplen sus funciones con un estatuto de autonomía e imparcialidad idéntico al

---

<sup>2</sup> La institución del Consejo de Estado, así como funciones consultivas de naturaleza jurídica, han existido en la región en diferentes momentos, pero sin que pueda encontrarse una continuidad y una relevancia institucional tan destacable como la que es posible constatar en el caso de Colombia con su Consejo de Estado.

En los países andinos la institución aparece vinculada en un primer momento a la figura de Bolívar y su legado. Posteriormente solo en algunos de ellos se mantuvo, o resurgió en algunas circunstancias como en el caso peruano, pero sin la continuidad que ha tenido en Colombia. En el caso del Brasil la figura estuvo ligada a la Monarquía y subsistirá bajo varios formatos hasta la proclamación de la República en 1889. Caso especial es el de Chile, que en diferentes periodos de su historia contó con un Consejo de Estado con funciones consultivas, atribuidas hoy, junto a otras competencias, a un órgano muy particular en su sistema jurídico: la Contraloría General. En similar sentido pueden encontrarse en el caso de Argentina funciones consultivas jurídicas en órganos internos de la administración nacional o en instituciones como la Procuraduría General de Buenos Aires. En el caso de México la figura del Consejo de Estado quedó marcada por la aventura de Maximiliano y de alguna manera ligada a una visión de ejercicio autoritario del poder, sin que se haya restablecido, sin perjuicio de la existencia de órganos consultivos en diferentes niveles con diversos roles institucionales.

En tiempos recientes funciones consultivas han sido atribuidas a las cortes constitucionales de Honduras y de Bolivia, en una lógica que se aproxima a la función consultiva atribuida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando esta responde a parámetros diferentes a los relacionados con la función consultiva del Consejo de Estado de Colombia.

Menos aún tienen que ver con esta tradición los Consejos de Estado de Cuba y más recientemente de Venezuela, que se entronizan en una tradición distinta como órganos de naturaleza esencialmente política. La más reciente expresión la tiene el caso del Perú que ha renovado la figura de un Consejo de Estado, pero más en a la lógica de colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado, que de funciones jurídicas consultivas a que se alude en este escrito.

de cualquier juez de la República. En ello reside la especificidad y también la fortaleza de la función consultiva en el caso colombiano.

## 1. UNA FUNCIÓN CON UNA LARGA TRADICIÓN EN LAS INSTITUCIONES COLOMBIANAS

Como ya se ha extensamente recordado<sup>3</sup>, si bien pueden encontrarse claramente antecedentes de funciones consultivas en la legislación colonial, en particular las atribuidas a las Reales Audiencias que *“a semejanza de las peninsulares, se concibieron con el objeto de que fueran, no sólo órganos de justicia, sino también de control del gobierno y de consulta para las demás autoridades”*<sup>4</sup>, numerosos autores coinciden en afirmar que la creación del Consejo de Estado y consecuentemente de su función consultiva en nuestro ordenamiento jurídico republicano tuvo su antecedente inmediato más plausible en la institución creada por Napoleón Bonaparte en 1799<sup>5</sup>.

Simón Bolívar, habría así encontrado inspiración para la creación de tal organismo el 30 de octubre de 1817 basado en el deseo de que *“las providencias importantes, leyes, reglamentos o instrucciones saludables que deben entretanto publicarse para la administración y organización de las provincias ya libres o que se liberten”*, fueren *“propuestas discutidas y acordadas en una asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezcan la confianza pública”*.

En la misma línea de la influencia napoleónica cabe recordar que en los albores de la independencia se expidió en 1808 el estatuto de Bayona que estableció un Consejo de Estado con funciones exclusivamente consultivas, dividido en seis secciones y que tendría seis diputados de Indias, con voz consultiva en todos los

---

<sup>3</sup> Ver ZAMBRANO CETINA, William. “Los antecedentes de la función consultiva y su evolución institucional hasta la Constitución de 1991”. En: Conseil d’État y Consejo de Estado (eds.). *Memorias Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa* (William Zambrano Cetina, coord.), Bogotá, Imprenta Nacional, 2008, pp. 306-323.

<sup>4</sup> Ver MAYORGA, Fernando. *La Real Audiencia. Órgano colegiado de justicia en el período hispánico*. Revista Credencial historia. Edición 148, abril de 2002.

<sup>5</sup> Respetables posturas diferentes en MALAGÓN PINZÓN, Miguel. *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)* Ediciones Uniandes 2012, y en RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio, “Una perspectiva histórica del Consejo de Estado”, *Revista Academia Colombiana de Jurisprudencia* 2018 (No. 368, julio-diciembre), pp. 251-285.

negocios tocantes a los reinos y provincias españolas de América y Asia.

La Constitución de Cádiz de 1812 fue más allá, y de los cuarenta miembros del Consejo de Estado que ella previó *“doce a lo menos”* debían ser *“nacidos en las provincias de Ultramar.”* Quienes al igual que los demás miembros *“al tomar posesión de sus plazas, hacían juramento de guardar la Constitución, ser fieles al Rey, y aconsejarle lo que entendieren ser conducente al bien de la Nación, sin mira particular ni interés privado”*.

Cabe recordar en todo caso cómo, antes de ese texto, que solo fue invocado en las pocas regiones del Nuevo Reino de Granada que se mantuvieron leales a España luego del grito de independencia de 1810, la Constitución de la provincia de Cundinamarca de 1811, había señalado que *“a falta del Rey”,* entraría en el ejercicio del Poder Ejecutivo *“el Presidente de la Representación Nacional”,* quien *“para el mejor desempeño de su ejercicio y acierto en sus deliberaciones”* estaría asociado de dos Consejeros, que tendrían *“voto consultivo y no deliberativo”*. Se precisaba que *“El Presidente de la Representación Nacional sería responsable ante la nación de todas las providencias que dicte en el ejercicio del Poder Ejecutivo, y sus Consejeros no tendrían responsabilidad alguna en las providencias que se dictaren contrarias a su dictamen; pero en aquellas que se adoptaren conforme a su opinión responderían in solidum, con el Presidente”*.

Cabe destacar así mismo que ad portas de la reconquista de Morillo se produjo la *“Reforma del Gobierno General de las Provincias Unidas de la Nueva Granada”*. Y en ese trance, en 1815, *“con el objeto de concentrar el Gobierno General en una sola persona, se señaló que no bastaba contar con una pronta y eficaz ejecución si al mismo tiempo no se contaba en los casos graves y difíciles con el acierto de la deliberación, y que éste se conseguirá por medio de un Consejo de Estado, compuesto de personas inteligentes y versadas en la situación actual de la administración pública, cuyo dictamen podrá pedirle el Gobierno cuando a bien lo tenga”*. Órgano que debería *“preparar los trabajos que requirieran tiempo y meditación, sin que el Gobierno estuviera obligado a seguir sus dictámenes”*.

Producida la independencia definitiva en 1819, la primera constitución nacional redactada en Cúcuta en 1821 no previó un

Consejo de Estado sino un *Consejo de Gobierno* al cual el Presidente debía oír, aunque sin fuerza vinculante, en los casos de objeción de proyectos de ley, declaratoria de guerra, celebración de tratados, nombramiento y suspensión de altos funcionarios y militares, conmutación de penas, conmoción interior y demás casos de gravedad que pudieran ocurrir.

En 1828 Bolívar restableció el *Consejo de Estado*, con funciones consultivas y asesoras, especialmente para preparar decretos y reglamentos que hubiere de expedir el Jefe Supremo y dar dictamen en casos de declaración de guerra, preliminares de paz y ratificación de tratados. Igualmente para conmutar las penas capitales y para conceder amnistías o indultos generales o particulares y disminuir las penas cuando lo exigieran graves motivos de conveniencia pública. De la misma manera debía informar sobre las personas de aptitud y mérito para las más diversas funciones del servicio civil y eclesiástico y rendir consulta sobre la organización del poder judicial y el Ministerio Público.

En la Constitución de 1830, con el fin de “auxiliar al Poder Ejecutivo con sus luces en los diversos ramos de la administración pública”, se creó un *Consejo de Estado* integrado por el Vicepresidente de la República, quien lo presidía, los ministros secretarios del Despacho, el Procurador General de la Nación y doce ciudadanos sobre los cuales “haya buen concepto público”.

En coexistencia con un *Consejo de Gobierno*, la Constitución de 1832 del Estado de la Nueva Granada organiza un *Consejo de Estado* integrado por siete consejeros nombrados por el Congreso, encargado entre otras funciones de: i) dar su dictamen para la sanción de las leyes y en todos los negocios graves y generales de la administración pública; ii) preparar, discutir y formar los proyectos de ley y los códigos que hayan de presentarse al Congreso; iii) presentar a la Cámara de Representantes una terna para ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Los Consejos de Estado y de Gobierno así creados merecieron varios estudios sobre su papel de consultores, pero también “de freno o contrapeso en ciertas ocasiones” para asegurar el acierto del gobernante y prevenir sus extravíos a condición de mantener su independencia e imparcial criterio. Cabe recordar que un

reconocido autor de ese entonces afirmaba que *“la principal ventaja que en el establecimiento de un consejo de gobierno debe verse, es la de que el ejecutivo, no pueda obrar el mal, sino hollando el voto de hombres eminentemente respetables; lo cual de una parte le impone un freno útil, y de otra preconstituye la prueba de la perversidad de su intención, pues así no podrá excusar sus extravíos con una afectada ignorancia de las consecuencias de éstos”*<sup>6</sup>.

En los años de vigencia de esta Constitución, prácticamente no existió asunto importante del Gobierno que no fuera precedido del dictamen del Consejo de Estado. El aporte a la preparación de la nueva legislación también fue trascendental con un cúmulo de códigos para la nueva República y de leyes, como las orgánicas del poder judicial o de la renta de correos, para solo mencionar algunas<sup>7</sup>. Empero, su inocultable omnipresencia, objeto de controversia, trajo consigo su desaparición del ordenamiento nacional durante algunos años.

Su ausencia en el orden nacional no impidió el mantenimiento como parte del poder ejecutivo de la figura del Consejo de Gobierno prevista en las Constituciones de la Nueva Granada de 1843 y 1853 y la creación de Consejos de Estado con funciones consultivas similares en algunos Estados en vigencia de las Constituciones federales de 1858 y 1863.

La Constitución de 1886, en su Título XIII, restableció el *Consejo de Estado* como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración con atribuciones para preparar proyectos de ley y de códigos y para proponer reformas convenientes en todas las ramas de la legislación. Los dictámenes del Consejo no eran obligatorios para el Gobierno, excepto cuando votara la conmutación de la pena de muerte. Debe resaltarse que en esta Constitución se concibió por primera vez la posibilidad de que el Consejo de Estado operara como órgano de lo contencioso administrativo en caso de que la ley organizara esa jurisdicción, lo que sucedió efectivamente, pero solo hasta 1913.

<sup>6</sup> PINZÓN, Cerbeleón. *Tratado de Ciencia Constitucional*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. Colección clásicos, Bogotá 2006 p 193.

<sup>7</sup> Ver Consejo de Estado - CSJ. *La Función consultiva del Consejo de Estado Colombiano. Documentos clave 1817-2009*. DVD. Bogotá. 2009

Calificando de problemática la independencia del Consejo de Estado frente al ejecutivo, y con el argumento de que el entonces Presidente general Reyes debía *“gobernar sin trabas”*, y que se hacía necesario suprimir empleos públicos para hacer economías *“emprendidas en el camino de la reconstrucción nacional por el eminente ciudadano que presidía los destinos de Colombia”*, en 1905 se suprimió el Consejo de Estado.

Una vez restablecido el orden democrático, la reforma Constitucional de 1910 señaló que *“La ley establecería la jurisdicción contencioso-administrativa”*, y por otro acto reformativo de la Constitución en 1914 se restableció en un título XIII de la Constitución el Consejo de Estado en el ordenamiento constitucional, esta vez como *“Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos asuntos que la Constitución y las leyes determinen”* y como *“Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señale la ley”*, estando encargado igualmente de *“preparar los proyectos de ley y de Códigos que deban presentarse a las Cámaras Legislativas, y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación”*. Así mismo, se estableció que el Gobierno Nacional debía obligatoriamente consultar al Consejo en los casos de los artículos 28 de la Constitución Nacional<sup>8</sup> y 33 del Acto Legislativo 3 de 1910<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> *“Artículo 28. Aún en tiempo de guerra nadie podrá ser penado ex-post facto, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente.*

*Esta disposición no impide que aún en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas mediante orden del Gobierno, y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública.*

*Transcurridos diez días desde el momento de la aprehensión sin que las personas retenidas hayan sido puestas en libertad, el Gobierno procederá a ordenarla o las pondrá a disposición de los jueces competentes con las pruebas allegadas, para que decidan conforme a la ley”.*

<sup>9</sup> *“Artículo 33. En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.*

*Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.*

*El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.*

La ley 60 de 1914 dividió el Consejo de Estado en dos Salas: la Sala de Negocios Generales y la Sala de lo Contencioso Administrativo. La labor de proposición legislativa del Consejo de Estado se retomó con particular entusiasmo y eficacia por los consejeros de la época, como consta en los completos y sustanciales informes al Congreso de la República<sup>10</sup>. Nuevamente no existió asunto importante para el rumbo del Estado que no fuera trabajado y discutido en el seno de dicha institución, aunque sin la sistematicidad del periodo regido por Francisco de Paula Santander y José Ignacio de Márquez.

En 1930 se eliminó la división del Consejo de Estado en Salas y se dejaron todos los asuntos para ser resueltos por el Consejo de Estado en pleno. Esto suscitó debate y por ello el informe a las Cámaras se dijo así, que *“Para evitar inconvenientes, el Consejo ha optado por abstenerse de resolver las consultas que le hacen los Ministros cuando versan sobre casos concretos o asuntos que luego puedan ser materia de un juicio contencioso”*<sup>11</sup>.

El Acto Legislativo de 1936 no añade nada al respecto; solo cabe recordar que –como también sucederá en 1945–, en uno de sus artículos transitorios se autorizó al Gobierno para que, previo dictamen del Consejo de Estado, hiciera la codificación de las disposiciones constitucionales vigentes; función que se establecerá de manera general en el Código del año 1941.

---

*El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.*

*Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo. Restablecido el orden público, el Gobierno convocará el Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.*

*En el caso de guerra exterior el Gobierno convocará el Congreso en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio”.*

<sup>10</sup> Ver Consejo de Estado - CSJ. *La Función consultiva del Consejo de Estado Colombiano. Documentos clave 1817-2009*. DVD. Bogotá. 2009.

<sup>11</sup> MIRANDA, Ramón. *“Reforma Orgánica y Funcional del Consejo de Estado” Pensamiento Jurídico Colombiano Libro del Centenario Academia Colombiana de Jurisprudencia*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p 468.

La reforma constitucional de 1945 precisó las funciones del Consejo de Estado como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno y como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, y ordenó de nuevo la división en Salas o Secciones para separar sus funciones.

El Plebiscito de 1957 dentro de las medidas para restablecer la paz y poner fin a la violencia política entre los partidos liberal y conservador impuso la paridad en todos los cargos de la administración, la independencia total de la justicia del poder ejecutivo, la elección de los consejeros por el sistema de cooptación y el carácter vitalicio de sus cargos.

Cabe recordar también que la ley 19 de 1958 creó una sala de asesoramiento especializada dentro del Consejo de Estado, que se denominó “Sala de Servicio Civil”, y que el Decreto ley 1153 de 1959 señalaba que esta sala estaría compuesta por los consejeros que integraban la Sala de Negocios Generales.

En la reforma constitucional de 1968 se reiteró para el Consejo de Estado, regulado en el referido Título XIII de la Constitución de 1886, la facultad de *“actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen”*. Al respecto precisó que en los asuntos de que trataban los artículos 28 –en el denominado caso de retención–, 120-9 –para permitir en caso de receso del Senado el paso de ejércitos extranjeros por el territorio colombiano, 121 –para la declaratoria del Estado de Sitio–, 122 –para la declaratoria del Estado de Emergencia Económica– y 212 –para créditos extraordinarios–<sup>22</sup>, el Gobierno debía oír previamente al Consejo de Estado, y que los dictámenes del Consejo de Estado no serían obligatorios para el Gobierno, salvo en el caso del artículo 212 de la Constitución<sup>12</sup>. Igualmente, se señaló como competencia del Consejo la de *“preparar proyectos de ley y de códigos*

<sup>12</sup> Reforma constitucional de 1968. Artículo 212. Cuando haya necesidad de hacer un gasto imprescindible a juicio del gobierno, estando en receso las cámaras, y no habiendo partida votada o siendo esta insuficiente, podrá abrirse un crédito suplemental o extraordinario.

Estos créditos se abrirán por el Consejo de Ministros, instruyendo para ello expediente y previo dictamen favorable del Consejo de Estado [141, ord. 1º; ley 63 de 1923].

Corresponde al Congreso legalizar estos créditos.

*que deban presentarse a las Cámaras Legislativas y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación”.*

La Constitución vigente de 1991, esta vez en el Título “*De la Rama Judicial*”<sup>13</sup>, en el capítulo 3 “*De la jurisdicción contencioso administrativa*”, señala que el Consejo de Estado “*tendrá el número impar de Magistrados que determine la ley*”, igualmente que el Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley.

Dentro de las atribuciones del Consejo de Estado además de las de carácter jurisdiccional, la Constitución señala que el Consejo debe “*3. Actuar como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen*”, así como “*4. Preparar y presentar proyectos de actos reformatorios de la Constitución y proyectos de ley*”.

Respecto de los casos en que el Consejo debe emitir concepto por mandato de la Constitución solamente se señala en el texto superior que en tratándose de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

## 2. UNA FUNCIÓN QUE CONTRIBUYE DE MÚLTIPLES MANERAS AL FORTALECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO EN COLOMBIA

La ley 1437 de 2011, y posteriormente la ley 2080 de 2021<sup>14</sup>, tuvieron dentro de sus objetivos principales el enriquecimiento de la función consultiva. Para el efecto, la primera de ellas consolidó

---

El gobierno puede solicitar del congreso créditos adicionales al presupuesto de gastos (art. 91 del acto legislativo número 1 de 1945).

<sup>13</sup> Como recordaba MORA OSEJO, ya desde 1945 la Constitución había afirmado claramente la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y al Consejo de Estado como su Tribunal Supremo, si bien permanecía regulada en un título especial: el Título XIII.

<sup>14</sup> “*Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción*”.

las atribuciones históricas del Consejo de Estado, al incorporar en su articulado diversas funciones que la legislación le había asignado en diferentes momentos, al tiempo que estableció para la Sala de Consulta algunas competencias nuevas, tendientes a potenciar su contribución a la consolidación del Estado de Derecho. La ley más reciente afianzó en particular las competencias relativas a la resolución de conflictos de competencias administrativas, así como a la emisión de conceptos para precaver un eventual litigio o poner fin a uno existente entre entidades públicas.

Así, en la ley 1437 además de precisarse que será la Sala Plena del Consejo la encargada de emitir concepto en el caso del tránsito de tropas, estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeras<sup>15</sup>, señaló para la Sala de Consulta las de: i) Absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo; ii). Revisar o preparar a petición del Gobierno Nacional proyectos de ley y de códigos. –El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso de la República–; iii) Preparar a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado o por iniciativa propia proyectos de acto legislativo y de ley; iv) Revisar a petición del Gobierno los proyectos de compilaciones de normas elaborados por este para efectos de su divulgación; v) Realizar los estudios que sobre temas de interés para la Administración Pública la Sala estime necesarios para proponer reformas normativas; vi) Conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución Política<sup>16</sup>; vii) Emitir concepto a petición del Gobierno Nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre estas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio; viii) Verificar, de conformidad

---

<sup>15</sup> Competencia sobre la que no debe haber ninguna duda de la obligación del Gobierno de solicitar concepto en las hipótesis señaladas. Desatenderla no significa otra cosa que desconocer el Estado de derecho.

<sup>16</sup> Vestigio de una función que por largo tiempo cumplió el Consejo de Estado de revisión de determinados contratos, para verificar su respeto del ordenamiento.

con el Código Electoral, si cada candidato a la Presidencia de la República reúne o no los requisitos constitucionales y expedir la correspondiente certificación; ix) Ejercer control previo de legalidad de los Convenios de Derecho Público Interno con las Iglesias, Confesiones y Denominaciones Religiosas, sus Federaciones y Confederaciones, de conformidad con lo dispuesto en la ley; x) Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo; xi) Presentar anualmente un informe público de labores; xii) Ejercer las demás funciones que le prescriban la Constitución y la ley.

Se señaló que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil ahora estarán amparados por una reserva legal de solo seis (6) meses -y no de cuatro años como antes-, la cual podrá ser prorrogada en todo caso hasta los referidos cuatro (4) años por el Gobierno Nacional. Si transcurridos los seis (6) meses el Gobierno Nacional no se hubiere pronunciado en ningún sentido, automáticamente se levantará la reserva. En todo caso, el Gobierno Nacional podrá levantar la reserva en cualquier tiempo.

En la línea de una tradición que viene desde su creación en 1817, pero ajustándola a la ubicación del Consejo de Estado, incluida su Sala de Consulta, en el Poder Judicial y al estatuto de autonomía de sus magistrados, se precisó que será a invitación de la Sala que los Ministros, los Jefes de Departamento Administrativo, y los funcionarios que unos y otros requieran, podrán concurrir a las deliberaciones del Consejo de Estado cuando este haya de ejercer su función consultiva, pero la votación de los Magistrados se hará una vez que todos se hayan retirado. Igualmente que la Sala realizará las audiencias y requerirá los informes y documentación que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

Así mismo se precisó que la Sala deberá ser previamente oída en relación con los proyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado, así como en todo asunto en que por precepto expreso de una ley haya de consultarse al Consejo.

La posibilidad de elevar consultas siguió siendo reservada a los Ministros o Directores de Departamento Administrativo, pues no se aceptó por el Congreso la propuesta de extender esta posibilidad a otras autoridades del Estado (Procurador, Contralor, Fiscal, Defensor del Pueblo), así como tampoco –invocando el carácter del Consejo de Estado de ser Cuerpo Supremo Consultativo del Gobierno–, se acogió la idea de seguir el ejemplo de Francia que recientemente estableció la posibilidad de que los Presidentes de las Cámaras legislativas pudieran acudir al Consejo de Estado directamente para solicitar la asesoría en materia legislativa<sup>17</sup>.

Por su parte la ley 2080 de 2021, proferida en la línea de consolidar los principales ejes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en este sentido de afianzar igualmente la función consultiva del Consejo de Estado, estableció la ampliación del término para resolver los conflictos de competencia administrativa<sup>18</sup>, cuya definición había sido atribuida a la Sala de Consulta y Servicio Civil desde la ley 954 de 2005 y luego ratificada por la ley 1437 de 2011. Ampliación de 20 a 40 días<sup>19</sup> que se explica por el aumento exponencial de los

---

<sup>17</sup> Reforma constitucional del 23 de julio de 2008.

<sup>18</sup> Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades Involucradas y a los particulares Interesados y se fijara un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los cuarenta (40) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno.

Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán.

<sup>19</sup> La ley precisa que una vez el expediente ingrese al despacho para resolver el conflicto, la Sala lo decidirá dentro de los cuarenta (40) días siguientes al recibo de toda la información necesaria para el efecto.

asuntos sometidos a la Sala de Consulta y Servicio Civil o a los Tribunales Administrativos, producto de la divulgación del Código y de un mayor conocimiento por la ciudadanía de este instrumento puesto a su servicio para facilitar la defensa de los derechos<sup>20</sup>.

Del ejercicio de esta competencia se ha derivado una rica doctrina de la Sala sobre la garantía del derecho de petición, del principio de legalidad y del debido proceso administrativo, así como sobre la naturaleza de las decisiones adoptadas que son definitivas, no están sometidas a ningún recurso, son vinculantes para la administración y tornan innecesaria una decisión posterior por parte de la jurisdicción sobre el aspecto específico de la competencia<sup>21</sup>.

En la misma línea de fortalecer las competencias de la Sala de Consulta, la ley 2080 enriquece una atribución llena de potencialidades en la lógica de la racionalización de la actividad administrativa y de las finanzas públicas. La nueva ley<sup>22</sup>, en efecto, señala que será competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil “7. Emitir concepto, a petición del Gobierno nacional o de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en relación con las controversias jurídicas que se presenten entre entidades públicas del orden nacional, o entre estas y entidades del orden territorial, con el fin de precaver un eventual litigio o poner fin a uno existente”. Se añade que “El concepto emitido por la Sala no está sujeto a recurso alguno.” Igualmente que “Cuando la solicitud no haya sido presentada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, esta podrá intervenir en el trámite del concepto”.

De la misma manera se precisa que “La solicitud de concepto suspenderá todos los términos legales, incluida la caducidad del respectivo medio de control y la prescripción, hasta el día siguiente

---

<sup>20</sup> Para profundizar sobre el alcance de esta competencia y dimensionar el alcance del crecimiento exponencial del número de conflictos de competencia decididos por la Sala de Consulta ver los informes públicos anuales que la misma realiza desde 2009 y el estudio preliminar incluido en el informe de ese año de Oscar Eduardo Vargas Roso.

<sup>21</sup> Sobre las características de estas decisiones ver Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Definición de conflicto de competencias del 18 de julio de 2013 Expediente 2013-00006. Ver igualmente BARRETO, Omar. *Controles atípicos del Consejo de Estado*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2021.

<sup>22</sup> Ley 2080 de 2021 art. 19 reformatorio del artículo 112 de la ley 1437 de 2011

a la fecha de comunicación del concepto”, así como que “En el evento en que se haya interpuesto demanda por la controversia jurídica base del concepto, dentro de los dos (2) días siguientes a la radicación de la solicitud, las entidades parte del proceso judicial o la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado deberán comunicar al juez o magistrado ponente que se solicitó concepto a la Sala. La comunicación suspenderá el proceso judicial”.

La nueva ley establece las siguientes reglas para el ejercicio de la función: “ a) El escrito que contenga la solicitud deberá relacionar, de forma clara y completa, los hechos que dan origen a la controversia, y acompañarse de los documentos que se estimen pertinentes. Asimismo, deberán precisarse los asuntos de puro derecho objeto de la discrepancia, en relación con los cuales se pida el concepto; b) El consejero ponente convocará audiencia a las entidades involucradas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público para que se pronuncien sobre la controversia jurídica sometida a consulta y aporten las pruebas documentales que estimen procedentes; c) Para el ejercicio de la función prevista en este numeral, el consejero ponente podrá decretar pruebas en los términos dispuestos en este código; d) Una vez cumplido el procedimiento anterior y se cuente con toda la información necesaria, la Sala emitirá el concepto solicitado dentro de los noventa (90) días siguientes. No obstante, este plazo podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días más, de oficio o a petición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el evento de presentarse hechos sobrevinientes o no conocidos por la Sala en el trámite del concepto”. Nuevo contenido de esta competencia que seguramente suscitará debates sobre la naturaleza del concepto adoptado y su alcance.

Se enriquece así el espectro de posibilidades que tiene la función consultiva del Consejo de Estado colombiano de asegurar el respeto del orden jurídico y la garantía de los derechos, en la línea de lo que para el caso del Consejo de Estado español y de los organismos consultivos autonómicos, señalaba el maestro Meilán Gil, al caracterizar la tarea que unos y otros cumplen como una *“función multiforme que salvaguarda la continuidad en la aplicación del Derecho relativo a la Administración, fundada en la distancia respecto de la Administración activa, de la que no gozan otros órganos de*

*asesoramiento, y en la auctoritas que la acompaña*"<sup>23</sup>. Función referida tanto al *"asesoramiento tendiente a organizar la voluntad política del Estado que la Administración ha de servir con el rigor propio de sus técnicas, de su objetividad y la lógica del Derecho; de legitimación de la actuación administrativa; de soporte técnico al Ejecutivo, que no excluye eventualmente el análisis de oportunidad; de control preventivo; de órgano de garantía que puede verse desde perspectivas distintas: como apoyo al gobierno en la adecuación de la actuación administrativa al principio de legalidad, o como defensa de los derechos de los ciudadanos y no sólo como guardián del procedimiento; de arbitraje o cuasiarbitraje y de propuesta, en forma de memorias y proyectos de normas"*<sup>24</sup>.

Así, bien puede decirse, que la función consultiva del Consejo de Estado de Colombia no solamente se encuentra llamada a contribuir en la expedición de textos legislativos, tanto a nivel de proposición como de revisión de su adecuación al ordenamiento y de su calidad normativa, y a emitir conceptos en los más variados temas a petición del Gobierno, caracterizados por sustentarse en "el peso de la razón y no por la fuerza de la ley"<sup>25</sup>, como ha sido su papel desde sus orígenes<sup>26</sup>, sino a cumplir una misión de orientación de la actividad del Estado para ajustarla al derecho, ejerciendo una especie de control preventivo y un rol moderador de muchas de sus actuaciones, que contribuye de manera general a la prevención del contencioso constitucional y legal, y en el último tiempo incluso, específicamente, a la prevención de litigios entre entidades públicas.

<sup>23</sup> MEILÁN GIL, José Luis, "Los retos de la función consultiva". *Revista Española de la Función Consultiva*, Valencia, 2007 (Nº 7 Enero-junio), p 171.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> En un celebre informe anual se señalaba por su presidente Francisco Rubio Llorente que "El Consejo de Estado español prefiere que sus dictámenes se acepten por el peso de la razón y no por la fuerza de la ley; de ahí que los termine siempre con la fórmula "V.E., no obstante, resolverá", que recuerda el elegante recato con que daban su *responsum* los jurisconsultos romanos".

<sup>26</sup> Una importante selección de conceptos significativos se encuentra en Consejo de Estado, *Antología jurisprudencias y conceptos Consejo de Estado 1817-2017, Tomo Sala de Consulta y Servicio Civil* (NAMÉN VARGAS, Álvaro editor y coordinador general de la publicación), Bogotá, Imprenta Nacional, 2018.

### 3. CONCLUSIONES

Hecho este recorrido histórico y competencial son posibles algunas reflexiones conclusivas sobre el mismo. En efecto, la existencia de una doble jurisdicción –ordinaria y contencioso administrativa– no es el único elemento que marca la especificidad colombiana en América Latina, ella en realidad reposa fundamentalmente en la conjunción de la doble atribución –consultiva y jurisdiccional–, que se mantiene en la mayor parte de los países que han adoptado el modelo francés de Consejo de Estado, pero que en la región tiene a Colombia como su único exponente. Con diferencias, por supuesto, pues es clara la importancia que en Francia tiene la función consultiva en la tarea de preparación de la legislación, incluido ahora según una reciente reforma, su apoyo al Parlamento y ya no solo al Gobierno. Función que en Colombia si bien se ha mantenido a lo largo de la historia y ha tenido importantes manifestaciones en diferentes periodos, no se ha desarrollado siempre con toda la potencialidad que ella tiene.

En Colombia, salvo en precisos casos señalados en la Constitución (art 237-3 2 inciso) y la ley, no existe obligación para el Gobierno de consultar al Consejo de Estado, y como regla general no hay obligación para el mismo de seguir los conceptos solicitados, aun cuando la sola existencia de los mismos lleva a la Administración a examinar con sumo cuidado el asunto y en la inmensa mayoría de las ocasiones a obrar de conformidad con su dictamen.

En el último tiempo se han atribuido al Consejo competencias que van mucho más allá de esa tradicional concepción de la función consultativa. La Sala de Consulta ha sido llamada en efecto por la ley a ejercer especies de controles preventivos, que desbordan la simple verificación y certificación del cumplimiento de requisitos, o las viejas funciones que en otras épocas tuvo el Consejo en materia de examen previo de determinados contratos, y que la acercan más a otras antiguas competencias abandonadas hace tiempo sobre conmutación de la pena de muerte, o la aprobación de créditos extraordinarios que tenía carácter vinculante. En efecto, en el caso de la definición de los conflictos de competencias administrativas, la Sala esta llamada desde 2005 a tomar decisiones no sometidas a recursos, que aun cuando no son decisiones de naturaleza jurisdiccional, resultan obligatorias y definitivas. Desde 2011 y en particular a partir de la ley 2080 de 2011 se destaca además la

introducción de lo que podría considerarse una especie particular de mecanismo alternativo de solución de conflictos que partiendo de un análisis de puro derecho, tiende a encontrar soluciones jurídicas viables para evitar o terminar un conflicto entre entidades públicas, contribuyendo a la descongestión de la jurisdicción y a la racionalización de la actuación administrativa.

A ello se suma el papel que juega la Sala como espacio de pensamiento sereno, imparcial y calificado, capaz de propiciar desde la autonomía y distancia con los avatares e intereses del día a día la reflexión institucional sobre el funcionamiento del Estado.

Todo esto no hace sino mostrar la confianza que se tiene en el rigor, imparcialidad y pertinencia de las decisiones que se adoptan en esta materia por el Consejo, tanto en su Sala Plena como en su Sala de Consulta, en los variados ámbitos de competencia enunciados, así como la importancia cada vez más reconocida de la función consultiva, ejercida en perfecta armonía y diálogo con la función jurisdiccional.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ JARAMILLO, Luis Fernando. "La evolución legal, orgánica y funcional de la función consultiva en el pasado reciente y las propuestas para su fortalecimiento". En: Conseil d'État y Consejo de Estado (eds.), *Memorias Seminario Franco - Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa* (William Zambrano Cetina, coordinador general de la Misión). Bogotá: Imprenta Nacional, 2008.
- BARRETO, Omar. *Controles atípicos del Consejo de Estado*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021.
- Consejo de Estado, *Antología jurisprudencias y conceptos Consejo de Estado 1817-2017, Tomo Sala de Consulta y Servicio Civil* (Álvaro Namén Vargas, editor y coordinador general de la publicación). Bogotá: Imprenta Nacional, 2018.
- Consejo de Estado, *Consejo de Estado de Colombia 1817-2017, bicentenario de una institución republicana* (Danilo Rojas, Guillermo Sánchez Luque y William Zambrano, eds.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- GÓMEZ NARANJO, Pedro A. *El Consejo de Estado, estudio sobre su organización en Colombia*, Bogotá: Imprenta Nacional, 1934.
- MALAGÓN PINZÓN, Miguel. *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*. Bogotá: Ediciones Uniandes 2012.
- MEILÁN GIL, José Luis. "Los roles de la función consultiva" *Revista Española de la Función Consultiva*, Valencia, 2007 (Nº 7 Enero-junio).

- MARTÍNEZ GARNICA, Armando. "Orígenes del Consejo de Estado". En: Consejo de Estado (ed.), *Consejo de Estado de Colombia 1817-2017, bicentenario de una institución republicana* (Danilo Rojas, Guillermo Sánchez Luque y William Zambrano Cetina, eds.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- MIRANDA, Ramón, "Reforma orgánica y funcional del Consejo de Estado", en Academia Colombiana de Jurisprudencia (ed.), *Pensamiento jurídico colombiano, libro del centenario 1894-1994*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 1996.
- MORA OSEJO, Humberto, "Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Colombie", *Rapport Colombie, Congrès AHJA*, 1983, Paris.
- PINZÓN, Cerbeleón, *Tratado de ciencia constitucional*, tomo I. Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006.
- POCHARD, Marcel; ZAMBRANO CETINA, William (coord.) *Le Conseil d'État en France et en Colombie*, L'Harmattan. París, 2009.
- POCHARD, Marcel, "La actividad consultiva del Consejo de Estado Francés". En: *Memorias Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa* (William Zambrano Cetina, coord.). Bogotá: Imprenta Nacional, 2008.
- RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio. "Una perspectiva histórica del Consejo de Estado", *Revista Academia Colombiana de Jurisprudencia*. Bogotá, 2018 (No. 368. Julio-Diciembre).
- RUBIO LORENTE, Francisco, "La ley en el Estado social y democrático de derecho", en Consejo de Estado (ed.), *Seminario Internacional: Función consultiva y calidad de la legislación*, (William Zambrano Cetina, coord.). Bogotá: Auditorio de la Biblioteca Luis Ángel Arango, 6 de mayo de 2009 [DVD de memorias del evento].
- SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. "Segundo centenario del Consejo de Estado. "doble dualidad" y un solo rol: el control", *Estudios de derecho público. Liber Amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, Rocío ARAUJO OÑATE (Ed). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020.
- VARGAS ROSO, Oscar E. "Estudio sobre los conflictos de competencias administrativas 2005-2009", *Memoria 2009*, Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, William Zambrano (Ed). Imaginarte Editores, 2010.
- ZAMBRANO CETINA, William. "Los antecedentes de la función consultiva y su evolución institucional hasta la Constitución de 1991". En: Conseil d'État y Consejo de Estado (eds.). *Memorias Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa* (William Zambrano Cetina, coord.). Bogotá: Imprenta Nacional, 2008.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Definición de conflicto de competencias del 18 de julio de 2013, C.P. Enrique Arboleda Perdomo, Expediente 2013-00006.
- Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011.
- Colombia, Congreso de la República, ley 2080 de 2021.



# CAPÍTULO IX

## LA NECESIDAD DE UN CONTROL PREVIO RESPECTO DE LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA

GERMÁN BULA ESCOBAR\*

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. ¿QUÉ ES LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA? 3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO VINCULACIÓN POSITIVA PARA LA ADMINISTRACIÓN: UNA DIGRESIÓN NECESARIA. 4. LA DEFINICIÓN DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS A CARGO DEL CONSEJO DE ESTADO. 5. LA DEFINICIÓN DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS IMPLICA UNA DECISIÓN DEFINITIVA. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. INTRODUCCIÓN

Las democracias avanzadas tienen como uno de sus rasgos comunes el rol ampliado del derecho como técnica de regulación y control de los poderes públicos, hasta el punto de poder afirmarse que “a toda expansión del principio de legalidad, a cada paso en la tarea de limitación y sujeción del poder al derecho, ha correspondido, inevitablemente, una ampliación de los espacios de la jurisdicción”<sup>1</sup>.

Así, se habla de la existencia del control interorgánico a cargo de una jurisdicción especializada –administrativa– conformada por tribunales independientes a cargo de resolver conflictos sobre actos de la administración pública, conflictos sobre la organización

---

\* Abogado de la Universidad del Rosario, magister en economía U. Nacional, Ex magistrado del Consejo de Estado y ex ministro de educación.

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, Trotta. 2013, p. 208.

de las autoridades o servicios administrativos y sobre los derechos del personal administrativo<sup>2</sup>.

La Jurisdicción Contencioso Administrativa es la llamada a controlar la vinculación de la Administración al principio de legalidad, para lo cual debe examinar en un sentido positivo que actúe conforme a las leyes, y en un sentido negativo que la Administración no adopte medidas que las contradigan<sup>3</sup>.

Una de las causales de ilegalidad es la incompetencia, vicio que afecta una decisión cuando su autor no tenía el poder legal para tomarla.

En su manifestación frente a la ciudadanía y la democracia, esta forma de ilegalidad es particularmente grave, por cuanto los agentes públicos no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente autorizados.

El vicio de incompetencia, en cuanto tal, no puede ser subsanado por la aprobación posterior de la autoridad competente.

Tampoco puede la competencia ser objeto de convención o de modificación entre las partes.

El vicio de incompetencia, que implica que el agente administrativo pudo haber invadido la órbita de acción del legislador o la del poder judicial o pudo haber desconocido la competencia de otra autoridad administrativa de su misma categoría o de una diferente, o que simplemente actuó en un dominio en el que la ley no ha establecido competencia para ninguna autoridad, presenta diferentes grados: una es la situación cuando el autor del acto no tiene la investidura de agente público, y otra cuando, teniendo dicha investidura, obra por fuera de sus atribuciones.

En el primer supuesto –autor sin investidura alguna–, más que nulo, el acto es inexistente (reserva hecha de la teoría del funcionario de hecho que en ciertas hipótesis permite que sus actos puedan ser asimilados a los expedidos por agentes igualmente investidos de autoridad).

---

<sup>2</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1969, p. 305.

<sup>3</sup> MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, p. 149.

En el segundo caso –agente público que obra por fuera de sus atribuciones– es también dable una graduación: por una parte se tiene el acto dictado con grosera y manifiesta falta de competencia, que ostensiblemente no pertenece al poder legal de la administración y puede ser tratado como una vía de hecho; es un caso grave de incompetencia.

La incompetencia como vía de hecho afecta un aspecto esencial del Estado de derecho, el atinente a la división de las funciones que cumplen los órganos que integran las ramas del poder público, y lesiona gravemente la integridad de las instituciones<sup>4</sup>.

También se atropella el debido proceso, se desconocen garantías constitucionales y se lesionan derechos básicos de las personas, en razón de una flagrante desobediencia a lo prescrito por la Constitución y la ley.

Únicamente se configura la vía de hecho cuando pueda establecerse sin género de dudas una transgresión evidente y grave del ordenamiento jurídico, de tal entidad que rompa por completo el esquema de equilibrio instaurado en las normas aplicables, hasta el punto de que se produce un defecto orgánico protuberante, originado en que el operador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate<sup>5</sup>.

Por otra parte, y fuera de las situaciones extremas enunciadas (inexistencia y vía de hecho), se presentan situaciones en que la cuestión de la competencia puede resultar débilmente regulada, ser ambigua, o prestarse a interpretaciones encontradas. Desde el punto de vista procedimental, la naturaleza de la formulación del cargo por incompetencia ante la jurisdicción contenciosa administrativa sitúa en un plano un tanto secundario la impugnación por cualquier otro motivo<sup>6</sup>. En efecto, si se carece de competencia, la decisión sencillamente se declara nula por ese vicio.

De allí la existencia del medio de control previsto en el artículo 137 del CPACA:

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 20 de septiembre de 2006. Radicado -1998-0512.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. sentencia T-1051 de 2006.

<sup>6</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Medellín: Señal editora, 2009.

*“artículo 137. Nulidad.* Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

“Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)”.

Sin embargo, ¿para qué esperar a un largo juicio contencioso administrativo si es factible un control previo por parte de la magistratura?

Acertadamente, nuestro ordenamiento ha diseñado un mecanismo a cargo de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos, cuya naturaleza de acción en lo esencial se conserva.

## 2. ¿QUÉ ES LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA?

El Estado, dotado de un poder soberano, dista de ser estático: debe cumplir fines determinados, inspirados en el bien común, y tiene la imperiosa necesidad de actuar mediante el ejercicio de determinadas funciones<sup>7</sup>.

Para la gestión de los intereses generales -inspiradores del bien común- la Constitución y la ley atribuyen a la administración pública una serie de poderes, prerrogativas o facultades que la habilitan para adoptar decisiones y ejecutarlas, aun si existe resistencia en punto a cumplirlas<sup>8</sup>.

Se trata de las funciones administrativas, que podrían ser definidas como la realización en forma concreta de los cometidos estatales a través de una ejecución material que se cumple de manera inmediata y directamente en el actuar concreto, continuo,

<sup>7</sup> NARANJO, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones políticas*. Bogotá: Temis, 2018, p. 245.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ MORON, Miguel. *Derecho Administrativo Parte General*. Tecnos, 2018, p. 42.

permanente y práctico en procura de la satisfacción de las necesidades de la comunidad y de los individuos que la componen<sup>9</sup>.

Debe mencionarse que las funciones administrativas no son exclusivas del poder ejecutivo ni de la administración pública en sentido orgánico; pueden ser ejercidas por cualquier otro órgano o poder del Estado e inclusive por los particulares, como forma de participación en la gestión administrativa<sup>10</sup>.

Ahora bien, el Estado Social de Derecho supone el respeto de la existencia de normas jurídicas, de las competencias específicas y de los derechos fundamentales de las personas, y se desarrolla conforme a tres principios orgánicos: legalidad, independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado<sup>11</sup>.

Varios estudiosos han desarrollado el concepto de competencia como limitación al poder:

Según ABENDROTH, la competencia responde a las preguntas: ¿Qué puede hacer un órgano del Estado? o ¿Qué puede hacer el titular de ese órgano?<sup>12</sup>.

Luis Enrique BERROCAL diferencia la competencia desde una concepción activa y otra pasiva:

Desde el punto de vista activo, la competencia es la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las funciones y la autoridad que le han sido asignadas, dentro de circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento, y solo dentro de ellas.

Desde una perspectiva pasiva, es el conjunto de asuntos que a toda autoridad pública le está atribuido por la Constitución, la ley o el reglamento, para que actúe o provea en orden a la atención de los mismos.

<sup>9</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos aires: Depalma, 1989, p. 39.

<sup>10</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 172.

<sup>11</sup> GALINDO, Juan. *Derecho Procesal Administrativo*. Pontificia Universidad Javeriana. Tomo I, p. 197.

<sup>12</sup> FORSTHOFF, ERNST; DOEHRING, K.; ABENDROTH, W. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 1986, p. 78.

Como forma de delimitar el poder dado a todo funcionario u organismo estatal es más rigurosa y precisa que las funciones, entendidas éstas en sentido estricto o restringido, es decir, las que se asignan a los cargos públicos, y que han de distinguirse de las conocidas funciones del poder público: legislativa, jurisdiccional y ejecutiva o administrativa<sup>13</sup>.

DROMI explica que la competencia es un concepto de derecho público análogo a la capacidad en el derecho privado, salvo que en este la capacidad es la regla mientras que en el derecho público la competencia es la excepción y la define como la esfera de atribuciones de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente<sup>14</sup>.

El término competencia tiene varias acepciones, de entre las cuales dos interesan al derecho administrativo. En mi sentir, cabe distinguir de manera precisa las «competencias facultad» de las «competencias obligación», por manera de ver en las primeras lo que la autoridad puede hacer, y en las segundas aquello que la autoridad debe hacer, distinción a la que parecen apuntar las voces de activa y pasiva ofrecidas por Berrocal. Ambas voces –puede y debe–, por lo demás, están contenidas en la aproximación de DROMI.

Uno es el debate que gira alrededor de si una autoridad tiene o no competencia para actuar en determinado dominio, que resulta ser de naturaleza binaria, sin perjuicio de la existencia de competencias no regladas. En todo caso, la autoridad requiere tener competencia, so pena de actuar por fuera de la legalidad.

Otro es el asunto que refiere a las obligaciones que competen a determinada autoridad, terreno en el que será menester una nueva distinción. Si la competencia es estructurada como obligación específica y concreta, dará lugar a medios de control para impetrar su cumplimiento en la forma determinada por la ley, como cuando esta señala a la autoridad que debe expedir una licencia ante el cumplimiento de requisitos que exhiba el

---

<sup>13</sup> BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. Bogotá: Librería del Profesional, 2015, pp. 87-88.

<sup>14</sup> DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Madrid: Hispania Libros, 2009, p. 241.

particular. Si la obligación es general, o de medio, como la que obliga a una secretaría a velar por un medio ambiente sano o por proteger y elevar las condiciones de salud de los habitantes de un municipio, las reclamaciones ciudadanas adquirirán formas diversas, diferentes al derecho subjetivo y concreto impetrable en las arriba mencionadas como concretas.

Esta distinción cobra particular importancia con la adopción de la acción de cumplimiento por parte del artículo 87 de la Constitución Política.

La acción de cumplimiento –dice la jurisprudencia del Consejo de Estado– busca la materialización de aquellos mandatos contenidos en las normas de rango legal y en los actos administrativos.

Con base en la regulación establecida en la Constitución y el desarrollo previsto en la ley 393 de 1997, dicha posibilidad opera a partir de la orden que imparte el juez de lo contencioso administrativo a la autoridad renuente.

Este mecanismo procesal tiene carácter subsidiario, puesto que no procede cuando el demandante tiene a su alcance otro instrumento judicial para lograr la efectividad de la norma legal o del acto que estima incumplidos.

Tampoco procede cuando el ejercicio del medio de control pretenda el cumplimiento de normas legales y de actos administrativos que establezcan gastos.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la prosperidad de esta acción está sujeta a la observancia de los siguientes presupuestos:

- i) Que el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos.
- ii) Que el mandato, la orden, el deber, la obligatoriedad o la imposición esté contemplada en forma precisa, clara y actual.
- iii) Que la norma esté vigente.
- iv) Que el deber jurídico esté en cabeza del accionado.
- v) Que se acredite que la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas fue constituido en renuencia frente al cumplimiento de la norma o acto administrativo cuyo acatamiento pretende la demanda.

vi) Que no haya otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento, ni persiga el cumplimiento de normas que establezcan gastos<sup>15</sup>.

Podría decirse entonces, que existe un escenario en que los ciudadanos renuncian al ejercicio ilimitado y pleno de las libertades y prerrogativas a que tienen derecho como seres humanos, para que el Estado administre ciertos tópicos concretos en aras del bien común, pero a condición de que el poder estatal esté sujeto a un marco de atribuciones previsto por el ordenamiento jurídico que pueda ser conocido por todos, denominado competencia.

En todo caso, las competencias deben ser expresas, toda vez que es necesario establecer reglas de juego claras entre las autoridades y los gobernados, con el fin de salvaguardar y proteger las libertades y demás derechos y bienes de las personas y así evitar la arbitrariedad de los gobernantes y de los órganos estatales<sup>16</sup>.

Resulta entonces menester referirse brevemente a los factores de competencia<sup>17</sup>:

El factor material, también conocido como "*ratione materiae*", se refiere al objeto de la competencia.

El factor territorial, o "*ratione loci*", es el territorio dentro del cual la autoridad puede ejercer sus funciones.

El factor temporal, "*ratione temporis*", que obedece al tiempo durante el cual se pueden ejercer legalmente las funciones<sup>18</sup>; y el factor jerárquico o de grado, que dice a la posición que ocupa el órgano dentro de la estructura jerárquica de la organización estatal, e implica que el inferior en grado está subordinado al superior<sup>19</sup>.

Por último, el autor clásico Giuseppe CHIOVENDA se refiere al criterio de la cuantía de la causa y desarrolla el concepto de la conexión e identidad de causas. Sostiene que la conexión y

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. sentencia del 26 de noviembre del 2020. Radicado 2020-00492.

<sup>16</sup> ÁLVAREZ JARAMILLO, Luis. *Conflictos de competencias administrativas en Colombia*. Banco de la República, 2016.p. 60.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis, 2021, p. 382.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ, Libardo. *Ibidem*.

<sup>19</sup> ÁLVAREZ JARAMILLO, Luis. *Op. cit.*,p. 58.

la identidad motivan el desplazamiento de las competencias: la conexión es un vínculo existente entre varias causas que aconseja su unión; la identidad la impone el hecho de que las causas deban unirse y pertenezcan a autoridades distintas, de manera que surge la necesidad de determinar cuál autoridad ha de conocer de las causas unidas, perdiendo una la competencia y adquiriendo la otra la competencia para un juicio único<sup>20</sup>.

### 3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO *VINCULACIÓN POSITIVA* PARA LA ADMINISTRACIÓN: UNA DIGRESIÓN NECESARIA

El análisis de las repercusiones del concepto de la «competencia administrativa» sobre el obrar de la Administración toca con el alcance del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Las normas constitucionales que regulan la materia indican que el modelo de *vinculación positiva* es el patrón normativo que rige, en nuestro caso, las relaciones entre la ley y la Administración. Lo anterior es consecuencia de lo establecido en los artículos 6 –«Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones– y 121 –«Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley»– de la Constitución.

En aplicación del modelo de vinculación positiva, el principio de legalidad exige que las actuaciones de la Administración cuenten con un sustento adecuado y suficiente en la ley. Este requerimiento, huelga decirlo, es una de las consecuencias básicas de la proclamación del principio del Estado de Derecho. De tal suerte, no basta con que la Administración se abstenga de infringir las prohibiciones que establezca la ley para que su comportamiento sea ajustado a derecho; es menester que, además, sus actuaciones tengan un respaldo normativo expreso, que autorice el proceder correspondiente. De este modo se garantiza una completa sujeción de la Administración a los dictados de la ley, y, por esta vía, una efectiva realización del principio democrático.

<sup>20</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *La Jurisdicción y la Competencia*, leyer, pp. 185-186.

En cuanto a la fundamentación teórica del modelo de vinculación positiva, conviene aludir a la presentación que de él hizo Hans Kelsen. Con fundamento en la fusión plena entre Estado y Derecho que defiende su doctrina, el teórico vienés subrayó que –de manera forzosa– toda acción del Estado debe estar adecuadamente cimentada en el ordenamiento jurídico. De ahí que no pueda existir poder jurídico alguno que no sea consecuencia de una atribución normativa precedente. En el campo del derecho administrativo esto quiere decir que todas las actuaciones emprendidas por las autoridades públicas, aun aquellas que implican el ejercicio de algún grado de discrecionalidad, requieren el soporte de un precepto legal que les brinde justificación en el sistema jurídico. GARCÍA DE ENTERRÍA explica así el alcance de este modelo de vinculación:

“Así pues, no hay en derecho (...) ningún “espacio franco o libre de ley” en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de “someterse a derecho”, han de ser “conformes” a derecho (...) el derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa”<sup>21</sup>.

En estos términos, el principio de legalidad conlleva el reconocimiento de que la Administración es un poder constituido, razón por la cual se encuentra sometida a la cláusula del Estado de Derecho, lo que implica una sujeción absoluta al ordenamiento jurídico. Este argumento es el punto de encuentro en que coinciden los fundamentos políticos e institucionales en los que se funda la noción de la «competencia administrativa» y la función que el ordenamiento ha asignado, en este campo, a la Sala de Consulta y Servicio Civil. Pues la solución de los conflictos de competencias que realiza la Sala no solo implica la asignación de un determinado asunto a una entidad administrativa; acarrea, también, y muy primordialmente, la afirmación del Estado de Derecho, a través de

---

<sup>21</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. *Op. cit.*, p. 448.

la ratificación del sistema de competencias dispuesto en nuestro sistema jurídico.

#### 4. LA DEFINICIÓN DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS A CARGO DEL CONSEJO DE ESTADO

El Código Contencioso Administrativo (Decreto ley 01 de 1984) en el artículo 88 establecía la acción de definición de competencias administrativas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cuyo trámite podía solicitarse la suspensión o la anulación de actos de las autoridades administrativas.

En el año 2005, la ley 954 le quitó la connotación de acción y estableció que se resolviera por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de oficio o por solicitud de persona interesada.

Hoy día, el artículo 112 núm. 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula lo pertinente, y establece que corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.

Cuando la Sala de Consulta y Servicio Civil resuelve un conflicto de competencias administrativas, adopta una decisión vinculante y definitiva que no es susceptible de recurso alguno.

En esa medida, el legislador diseñó un control distinto al de nulidad, esta vez previo, mediante el cual la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, o los tribunales administrativos según el caso, definen los conflictos de competencias administrativas. Evitar la nulidad por falta de competencia contribuye a una administración más eficaz.

Así fue explicado a propósito de la decisión de una sala de conjuces de la Sala de Consulta, con fecha 10 de mayo de 2013:

Bajo el anterior marco constitucional y legal puede afirmarse que, entre otras funciones, se le ha asignado a la Sala la de ser

cuerpo supremo consultivo del Gobierno Nacional y la de resolver conflictos de competencias administrativas, tanto positivos como negativos, que involucren a autoridades nacionales. A diferencia de la función consultiva que distingue tradicionalmente a la Sala de Consulta y Servicio Civil, en ejercicio de la cual emite conceptos que no obligan a las autoridades, la decisión por medio de la cual la Sala resuelve un conflicto de competencias administrativas tiene, por ministerio de la ley, carácter vinculante y definitivo para las autoridades en conflicto, y no es susceptible de recurso alguno<sup>22</sup>.

En sentido que concuerda con la decisión anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado –en fallo de tutela– aseveró que en ejercicio de la función de definición de competencias, la Sala de Consulta y Servicio Civil actúa precisando las reglas del juego en las actuaciones administrativas y garantiza el principio de legalidad de las formas propias del debido proceso<sup>23</sup>.

## 5. LA DEFINICIÓN DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS IMPLICA UNA DECISIÓN DEFINITIVA

Neil MacCORMICK afirma que dentro del marco de las potestades públicas subordinadas al Estado de Derecho se debe buscar la realización del bien común y que, por ende, siempre es necesaria una decisión estatal que pueda cerrar la actuación: las controversias no pueden durar eternamente<sup>24</sup>.

También lo anota Enrique ARBOLEDA para quien, acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en procura de decisión sobre un conflicto de competencias, solo se justifica si es para zanjar de manera definitiva un conflicto<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 10 de mayo de 2013. Radicación 2013-00006. A propósito de un impedimento de los magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil para conocer de un incidente de nulidad dentro del trámite de un conflicto de competencias.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. sentencia del 9 de mayo de 2013. Expediente 2013-00726.

<sup>24</sup> MacCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 223.

<sup>25</sup> ARBOLEDA, Enrique. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Legis. 2021, p. 79.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado respecto a la definición de competencias administrativas lo siguiente:

“Característica esencial de esta función es que la solución de los conflictos de competencias administrativas se hace de manera definitiva, pues como señala el artículo 39 en cita, contra lo decidido por la Sala o los Tribunales Administrativos, según el caso, no cabe recurso alguno. Por tanto, este trámite especial que se surte por fuera de la propia Administración, da certeza a las autoridades y a los interesados sobre la facultad legal para resolver un determinado asunto, evitando discusiones posteriores o, lo que sería peor, decisiones inhibitorias de la administración.

(...)

Por ello, cuando el ordenamiento jurídico le asigna a la Sala la función de dirimir las discusiones competenciales entre autoridades administrativas y vincula a éstas y a los particulares a lo decidido por ella, busca garantizar, tanto la efectividad del derecho de petición (asegurando que la persona tendrá una respuesta de fondo a su solicitud), como la vigencia del principio de legalidad y del debido proceso (desde el punto de vista de las competencias constitucionales o legales que habilitan la actuación de una determinada entidad en un caso concreto).

(...)

Se tiene entonces que en nuestro ordenamiento jurídico el control de legalidad de la competencia administrativa, como elemento de validez de los actos administrativos, puede operar de manera previa o posterior a la decisión administrativa. De manera previa, a través del trámite de definición de competencias administrativas que se analiza, en el cual, como se ha visto, se define con carácter vinculante la autoridad que –por expreso mandato legal– debe adoptar una determinada decisión (artículo 39 CPACA); y de manera posterior, como una causal para fundar pretensiones de nulidad contra la decisión definitiva adoptada por la Administración (artículos 137 y 138 CPACA)“.

Claro está que cuando se ha agotado el primero de tales controles, el segundo se torna de suyo improcedente para discutir

nuevamente los elementos materiales, temporales u orgánicos de la competencia administrativa que ya hubieran quedado definidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 del CPACA<sup>26</sup>.

Además de la tesis de la Sala y de la doctrina citada, existen principios del derecho que llevan a concluir que una vez resuelto un conflicto de competencias, la decisión es vinculante no solo para la Administración –por mandato de ley–, sino para la jurisdicción, cuando se le plantee un cargo de falta de competencia.

A este respecto debe traerse a colación la trascendencia de los principios generales, en cuanto tienen una función aplicativa e integrativa para hallar una solución justa a un caso determinado; así se desprende de los principios de: i) separación de poderes, ii) supremacía constitucional, iii) legalidad, iv) prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, v) razonabilidad, vi) protección de la vida y de la integridad personal, vii) tutela judicial efectiva, viii) buena fe, ix) enriquecimiento sin causa, x) de no dañar a terceros y xi) el de la confianza legítima<sup>27</sup>.

Entonces, cuando la Sala de Consulta resuelve un conflicto de competencias efectúa un análisis normativo que, vertido en un pronunciamiento, genera la confianza de que a la postre la actuación administrativa adelantada por quien fue declarado competente estará ajustada a derecho en cuanto a la competencia se refiere, ya que esa variable –al menos– ha sido objeto de un control previo de legalidad.

La base de la confianza estaría constituida por los pronunciamientos de la Sala y la Administración –signo externo– que tienen la capacidad de inducir razonablemente a las personas a creer en la estabilidad, regularidad y proyección futura de una situación jurídica<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 18 de julio de 2013. Radicación 2013-00006

<sup>27</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016, pp. 22-35.

<sup>28</sup> VALBUENA, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima: aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 59-161.

También dice la doctrina que “parece unánimemente aceptado que las actuaciones de los poderes públicos pueden suscitar confianzas en los ciudadanos, que bajo ciertas circunstancias, han de ser objeto de protección”<sup>29</sup>.

Esto va de la mano con la tutela judicial efectiva que comprende no solo la posibilidad de impetrar justicia ante las autoridades judiciales del Estado; abarca también la obligación correlativa de estas de promover e impulsar las condiciones para que el acceso a dicho servicio público sea real y efectivo y que el proceso culmine con una decisión que resuelva el asunto<sup>30</sup>.

No tendría razón agotar un procedimiento ante el Consejo de Estado, para venir nuevamente a someter una cuestión que ya ha sido decidida, pues a no dudar se estaría erosionando la eficacia de un mecanismo diseñado por el legislador para garantizar que la autoridad a cargo de una actuación es efectivamente la competente.

La competencia atribuida a la Sala de Consulta es de orden legal y tiene sentido práctico. Esa potestad para resolver de fondo un conflicto de competencias administrativas queda plasmada en una declaración que produce efectos jurídicos vinculantes. Otra interpretación carecería de sentido. ¿En qué quedaría el efecto práctico de las normas si esas decisiones no tuviesen fuerza vinculante?<sup>31</sup>.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Un claro principio para la democracia y para el Estado de Derecho es el de legalidad, principio que tiene como uno de sus desarrollos la competencia administrativa.

Es preciso tener presente que su contrario, es decir la incompetencia, reviste una forma de ilegalidad inexcusable: desde el punto de vista procedimental excluye el estudio de los

<sup>29</sup> DÍAZ, Silvia. *El Precedente Administrativo. Fundamentos y Eficacia vinculante*. Marcial Pons, p. 375.

<sup>30</sup> Corte Constitucional. sentencia C-180 de 2014.

<sup>31</sup> BARRETO SUAREZ, Omar Joaquín. “Definición de conflictos de competencias administrativas: Control previo de legalidad del Consejo de Estado” En: *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo II. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez y editorial Universidad del Rosario, 2016.

demás puntos planteados ante el juez. En efecto, si se carece de competencia, la decisión se declara nula por ese vicio, sin más.

Desde esta perspectiva, la definición de conflictos de competencias administrativas a cargo de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos cobra máxima importancia.

Se trata de un control de legalidad previo que se ejerce mediante decisiones obligatorias para la Administración, que vinculan a los jueces administrativos; una vez ha sido definida la competencia, sus efectos son como los de la cosa juzgada, y vinculantes para todas las personas.

En tal medida, no debe prosperar cualquier cargo de incompetencia que se pretenda ventilar aun en sede jurisdiccional, respecto a la actuación de una autoridad administrativa en cuyo favor se definió competencia por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o por un tribunal administrativo.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ JARAMILLO, Luis. *Conflictos de competencias administrativas en Colombia*. Bogotá: Banco de la República, 2016.

ARBOLEDA, Enrique. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá: Legis. 2021

BARRETO SUAREZ, Omar Joaquín. "Definición de conflictos de competencias administrativas: Control previo de legalidad del Consejo de Estado" En: *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo II. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez y editorial Universidad del Rosario, 2016.

BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. Bogotá: Librería del Profesional. 2015.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Medellín: Señal editora, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La Jurisdicción y la Competencia*, Bogotá: Ieyer.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 10 de mayo de 2013. Radicación 2013-00006. A propósito de un impedimento de los magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil para conocer de un incidente de nulidad dentro del trámite de un conflicto de competencias.

- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 18 de julio de 2013. Radicación 2013-00006
- Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 20 de septiembre de 2006. Radicado -1998-0512.
- Consejo de Estado. Sección Quinta. sentencia del 26 de noviembre del 2020. Radicado 2020-00492.
- Consejo de Estado. sentencia del 9 de mayo de 2013. Expediente 2013-00726.
- Corte Constitucional. sentencia C-180 de 2014.
- Corte Constitucional. sentencia T- 1051 de 2006.
- DÍAZ, Silvia. *El Precedente Administrativo. Fundamentos y Eficacia vinculante*. Marcial Pons.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Madrid: Hispania Libros, 2009.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, Trotta, 2013.
- FORSTHOFF, ERNST; DOEHRING, K.; ABENDROTH, W. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 1986.
- GALINDO VACHA, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, 2013.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 2ª. Ed. 1969 4ª. Reimpresión, 1986.
- MACCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- NARANJO, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones políticas*. Bogotá: Temis, decimotercera edición 2018.
- RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis, 2021.
- SÁNCHEZ MORON, Miguel. *Derecho Administrativo Parte General*. Editorial Tecnos, 2018.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.2003. Tomo I.
- VALBUENA, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima: aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.



# CAPÍTULO X

## LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS

SONIA MILENA VARGAS GAMBOA\*

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. 1. ANTECEDENTES Y NATURALEZA DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA. 2. CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA. 2.1. VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES, O DEL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES. 2.2. POR LA INASISTENCIA, EN UN MISMO PERÍODO DE SESIONES, A SEIS REUNIONES PLENARIAS EN LAS QUE SE VOTEN PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO, DE LEY O MOCIONES DE CENSURA. 2.3. POR NO TOMAR POSESIÓN DEL CARGO DENTRO DE LOS OCHO DÍAS SIGUIENTES A LA FECHA DE INSTALACIÓN DE LAS CÁMARAS, O A LA FECHA EN QUE FUEREN LLAMADOS A POSESIONARSE. 2.4. POR INDEBIDA DESTINACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS. 2.5. POR TRÁFICO DE INFLUENCIAS DEBIDAMENTE COMPROBADO. 2.6. HACER CONTRIBUCIONES A PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS O INDUCIR A OTROS A QUE LO HAGAN. 3. TRÁMITE DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTAS. 4. ANÁLISIS DEL EFECTO DE LA REFORMA. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

---

\* Abogada, especialista en Derecho Administrativo y Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional, magíster en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado, candidata a magíster en Derechos Fundamentales y estudios avanzados en Democracia y Régimen Electoral. Con amplia experiencia en la Rama Judicial, específicamente en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, donde ha desempeñado entre otros cargos el de abogada asesora en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, juez tercera administrativa del Circuito Judicial de Bogotá en propiedad y actualmente funge como magistrada auxiliar de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

## INTRODUCCIÓN

La pérdida de investidura de los congresistas es quizá uno de los temas más controversiales al interior del Consejo de Estado dada la gravedad de la sanción que de ella se deriva, nada más y nada menos que la denominada “muerte política”.

Si bien la figura se encuentra consagrada en la Carta Política de 1991, es muy poco lo que se regula frente a su trámite, es por ello que, tanto jurisprudencial como legislativamente se ha intentado regular de manera tal que se garanticen plenamente los derechos de los involucrados.

Es así como, por ejemplo, la ley 1881 de 2018 consagró importantes avances en materia procesal, tendientes a que el juicio de responsabilidad sea cada vez más claro y garantista.

Así, el propósito de las siguientes líneas es plantear un panorama general de la pérdida de investidura de los congresistas, con el fin de establecer cuál ha sido el impacto de las recientes reformas introducidas a su trámite, y concretamente, si efectivamente han garantizado o no, los derechos de los procesados y sancionados.

De manera preliminar, se considera que la respuesta a la pregunta problema es afirmativa, toda vez que el sólo hecho de que se haya aclarado legislativamente que se trata de un régimen de responsabilidad subjetivo –superando toda duda sobre el punto– y se haya consagrado la doble instancia, ya garantiza, por lo menos, el ejercicio pleno del derecho de defensa, y no es que antes los sujetos pasivos de la figura no pudieran ejercerlo, simplemente que con la reforma se reforzó y garantizó en mejor manera su ejercicio.

Sin embargo, para comprobar esta hipótesis inicial, se partirá por recordar los antecedentes de la figura, para definir la naturaleza de la pérdida de investidura; se abordarán rápidamente las causales consagradas por el constituyente para su configuración junto con algunas causales de exoneración, a partir de casos concretos; se explicará brevemente su trámite junto con sus recientes reformas legales y jurisprudenciales; para finalizar, a manera de conclusión, con un breve análisis de la efectividad de dichas modificaciones.

## 1. ANTECEDENTES Y NATURALEZA DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

La génesis de la pérdida de investidura para los congresistas se encuentra en la Constitución Política de 1991, si bien hubo un intento por implementar la figura en la Constitución Nacional de 1886 a través del Acto Legislativo 01 de 1979 –que consagraba dos causales para su prosperidad: infracción del régimen de incompatibilidades y conflicto de intereses y faltar a 8 sesiones plenarias donde se voten proyectos de ley o acto legislativo–, este fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 3 de noviembre de 1981 por vicios de forma<sup>1</sup>.

Ahora, aunque la pérdida de investidura ya se encontraba consagrada normativamente para concejales y diputados desde la ley 53 de 1990, fue la reforma Constitucional de 1991 y la crisis que se presentaba en ese momento en el Congreso de la República, la que posibilitó su establecimiento para los senadores y representantes a la Cámara.

En este punto, resulta del caso recordar que para el momento en que se convocó la Asamblea Constituyente, existía un descontento general con el Congreso de la República, por lo que se buscó implementar una figura que velara por el correcto ejercicio de la dignidad de congresista para así poder sancionar las conductas que resultaran contrarias a esa investidura.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la Carta Política consagra sus causales, pero no la define. Inicialmente, el procedimiento para congresistas fue fijado en la ley 144 de 1994, sin embargo, dicha norma tampoco se ocupó de conceptualizarla, simplemente de determinar las reglas procesales para su aplicación. Fue la jurisprudencia del Consejo de Estado la encargada de referirse a su naturaleza y dimensión<sup>2</sup>.

Sin embargo, el camino no fue sencillo, por lo que a continuación se presentará un rápido panorama de su evolución.

---

<sup>1</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 3 de noviembre de 1981, M.P. Fernando Uribe Restrepo, expediente 785.

<sup>2</sup> Recuperado de <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3850/>

En una primera etapa, el Consejo de Estado se abstuvo de estudiar el fondo de las controversias puestas a su consideración en ejercicio de la pérdida de investidura, por cuanto si bien estaba consagrada en la Constitución Política, la figura no había sido reglamentada por el legislador<sup>3</sup> lo cual resultaba apenas lógico, toda vez que no se sabía qué procedimiento debía aplicarse.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la ley 5 de 1992, que hizo mención a la pérdida de investidura, se emitieron algunos pronunciamientos de fondo<sup>4</sup>, pero igual se seguían profiriendo providencias en que no se resolvía la controversia por falta de reglamentación.

Sólo después de la expedición de la referida ley 144 de 1994 fue que esa Corporación empezó a desarrollar la acción como tal, luego de superar las dudas sobre su naturaleza judicial<sup>5</sup>, el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo abordó su estudio desde un punto de vista más objetivo, en el que básicamente se analizaba si se configuraba o no la causal invocada en la solicitud de desinvestidura y se declaraba o no su prosperidad, sin detenerse a analizar la conducta del demandado.

En esa etapa, se definió la figura como “un juicio de responsabilidad política que culmina con la imposición de una sanción [...] jurisdiccional de tipo disciplinario que castiga la trasgresión del estricto código de conducta que la Carta consagra”<sup>6</sup>.

No obstante, la Corte Constitucional de tiempo atrás había insistido en la importancia de analizar no sólo el aspecto objetivo de las causales de pérdida de investidura sino, además, la conducta del demandado<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo: Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de diciembre de 1991, M.P. Miguel González Rodríguez, radicación AC-006.

<sup>4</sup> Ver: Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1992, M.P. Guillermo Chanín Lizcano, radicación AC-175.

<sup>5</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 24 de abril de 1992, M.P. Jorge Penen Deltieure, radicación 0654.

<sup>6</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de enero de 1998, M.P. Ricardo Hoyos Duque, radicación AC-5397.

<sup>7</sup> Si bien existieron providencias anteriores, una de las más relevantes es: Colombia, Corte Constitucional, sentencia de unificación 424 del 11 de agosto de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, expedientes 3.331.156 y 4.524.335.

Por lo que, paulatinamente, el Consejo de Estado fue evolucionando en su estudio y aunque no de manera uniforme, empezó a analizar también el aspecto subjetivo de responsabilidad en pérdida de investidura; además, corrigió la afirmación según la cual se trataba de un juicio disciplinario y la varió por la de “un juicio de carácter jurisdiccional sancionatorio, de tipo ético, con consecuencias políticas, que castiga la violación de un régimen que se le impone a los Congresistas (sic) en razón del principio de representación que impone el mandato que se confiere en razón (sic) del voto popular”<sup>8</sup>.

Sin embargo, la discusión no se superó de manera radical hasta tanto el legislador, con la expedición de la ley 1881 de 2018, recogió la postura mayoritaria del Consejo de Estado y definió este trámite como “un proceso sancionatorio [...] de responsabilidad subjetiva [que] se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución”.

En ese orden de ideas, actualmente está claro que la pérdida de investidura contra congresistas es un proceso sancionatorio, manifestación del *ius puniendi* del Estado, en el que se analizan tanto el aspecto objetivo como subjetivo de la conducta endilgada, la cual debe enmarcarse en las causales taxativamente señaladas por el constituyente.

## 2. CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

El constituyente de 1991 consagró en el artículo 183 de la Carta, las causales de pérdida de investidura para los congresistas, sin embargo, el listado allí contenido no es limitativo, toda vez que a lo largo del texto constitucional se encargó de incluir otra adicional.

No obstante, ello no quiere decir que las causales dejen de ser taxativas, simplemente que no todas se encuentran en el precitado artículo 183.

---

<sup>8</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de junio de 2015, M.P. Alberto Yepes Barreiro, expediente 11001031500020130011500.

Al respecto, resulta del caso precisar que dada la naturaleza del juicio de pérdida de investidura las causales para su configuración no sólo son taxativas sino que además, se rigen por el principio de interpretación restrictiva, es decir, el juzgador encargado de aplicarlas no puede interpretarlas de manera amplia o analógica, por cuanto se encuentra de por medio el ejercicio de derechos políticos garantizados no sólo por el ordenamiento constitucional interno, sino además, por diversos instrumentos internacionales.

Ahora bien, la nota común entre todas las causales de pérdida de investidura es que buscan preservar la probidad de quien desempeñe el cargo de congresista, aspecto que resulta de tal relevancia que el mismo constituyente se encargó de tratarlo.

Así las cosas, se pasará a abordar de manera genérica cada una de ellas con el fin de ilustrar su alcance desde el punto de vista práctico.

## 2.1. VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES, O DEL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES

Las inhabilidades, incompatibilidades y el régimen de conflicto de intereses para los congresistas también se encuentran desarrollados en la Constitución Política en los artículos 179 a 182.

En el caso de las inhabilidades se trata de una serie de “condiciones que fija la Carta, por las cuales una persona está impedida para inscribirse y aspirar a ser elegida congresista”<sup>9</sup>.

La idea es que los aspirantes a este tipo de cargos no tengan ventajas sobre sus oponentes derivadas de circunstancias positivas o negativas de índole personal, familiar o laboral, para que así la contienda electoral se adelante en condiciones de igualdad, alejada de situaciones que puedan afectar la libertad de los electores.

Es decir, se trata de condiciones anteriores a la elección que impiden que una persona aspire al cargo de congresista y si lo hace, se ve sujeto al juicio de pérdida de investidura.

---

<sup>9</sup> BRITO RUIZ, Fernando. *Pérdida de investidura de los congresistas. Causales y procedimiento*, Bogotá: Legis, 2015, p. 9.

Al respecto, resulta del caso precisar que la violación del régimen de inhabilidades no sólo constituye una causal de pérdida de investidura sino además de nulidad electoral, por lo que la ley 1881 de 2018 incluyó una precisión especial sobre este punto, como se verá más adelante.

Ahora bien, las incompatibilidades son conductas concomitantes con el ejercicio del cargo, posteriores a la elección y posesión que se encuentran prohibidas para quienes tienen la investidura de congresistas.

Doctrinariamente han sido definidas como la “imposibilidad de ejercer otras actividades en forma simultánea o concomitante con el ejercicio del cargo de congresista”<sup>10</sup>.

Finalmente, el régimen de conflicto de intereses es aquel código ético de los congresistas según el cual ejercen su función legislativa en pro del interés general y no para obtener beneficios particulares para sí o para terceros, por lo tanto, cuando un asunto sometido a su conocimiento involucra un interés propio deben declararse impedidos para conocerlo so pena de incurrir en violación del régimen de conflicto de intereses.

La jurisprudencia del máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha establecido que para su configuración se requiere: “(i) La calidad de congresista, elemento transversal y común a todo juicio de desinvestidura, (ii) *La concurrencia de un interés directo, particular y actual o inmediato en cabeza de quien es congresista o su círculo cercano*, (iii) su no manifestación de impedimento o no haber sido separado del conocimiento del asunto por recusación, (iv) haber conformado el quorum o participado el congresista en el debate o votación del asunto y (v) que esa participación tenga lugar en un asunto de conocimiento funcional del congresista, cualquiera sea su naturaleza, lo que no circunscribe la causal a las cuestiones legislativas, sino a toda materia que conforme al ordenamiento sea de competencia del Congreso de la República”<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *Derecho procesal administrativo*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2019, p. 705.

<sup>11</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión 6, sentencia de 16 de julio 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente 11001-03-15-000-2019-02830-00.

Es decir, nada obsta para que estas situaciones se presenten, pero lo que se censura es que el congresista conozca del asunto sin manifestar su impedimento.

Conforme con lo anterior, es claro que lo que se pretende con la consagración de esta primera causal es que quienes se desempeñen como congresistas reúnan las condiciones de honorabilidad que el cargo exige y las mantengan durante el ejercicio del mismo, por lo que, en caso de presentarse alguna variación en sus condiciones de elegibilidad o presentarse algún interés particular mientras lo desempeñan deben informarlo so pena de perder su investidura.

## 2.2. POR LA INASISTENCIA, EN UN MISMO PERÍODO DE SESIONES, A SEIS REUNIONES PLENARIAS EN LAS QUE SE VOTEN PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO, DE LEY O MOCIONES DE CENSURA

El objetivo de esta causal es censurar el ausentismo que suele presentarse en algunas Corporaciones Públicas. Se reprocha que, para el caso, los congresistas no asistan a las sesiones plenarias. No obstante, se requiere además que en dichas sesiones se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura, de lo que se desprende que no cualquier falta configura la causal.

El tema ha sido ampliamente discutido al interior del Consejo de Estado por cuanto no son pocas las pérdidas de investidura que se promueven con esta motivación, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la redacción de la norma resulta bastante limitada y como se dejó, dicho al tratarse de una causal de pérdida de investidura no puede ser interpretada de manera extensiva o analógica.

Además, tampoco puede dejarse de lado que el mismo artículo 183 constitucional dispone que esta causal no aplica cuando medie fuerza mayor, razón por la cual jurisprudencialmente se ha establecido que sólo se configura cuando la inasistencia resulta injustificada, por lo que resulta frecuente que se presenten excusas médicas y de cualquier otro tipo con el fin de tratar de justificar las ausencias reiteradas de algunos senadores y representantes a la Cámara.

Así mismo, se ha discutido si la ausencia debe ser a toda la sesión, si se puede contestar el llamado a lista y posteriormente por

postura de bancadas, por ejemplo, ausentarse de las votaciones y otras muchas vicisitudes que se presentan en la dinámica diaria del Congreso de la República.

La postura actual al respecto es que el deber de asistir a las sesiones plenarias difiere del deber de votar, por lo tanto, “el votar es un elemento del tipo, mas no el verbo rector de la conducta sancionada”<sup>12</sup>.

En consecuencia, la causal no se configura cuando se asiste a la sesión pero el congresista se retira, por ejemplo, como manifestación de oposición, de la votación de un proyecto de acto legislativo, de ley o moción de censura.

### 2.3. POR NO TOMAR POSESIÓN DEL CARGO DENTRO DE LOS OCHO DÍAS SIGUIENTES A LA FECHA DE INSTALACIÓN DE LAS CÁMARAS, O A LA FECHA EN QUE FUEREN LLAMADOS A POSESIONARSE

La descripción de la causal resulta bastante clara, sin embargo, es del caso precisar que se refiere a dos circunstancias: i) no posesionarse en el término luego de la instalación de las cámaras –entiéndase Senado de la República y Cámara de Representantes– que tiene lugar cuando empieza un nuevo período legislativo luego de las elecciones respectivas y ii) no posesionarse en la fecha en que fueran llamados para ello, en los eventos en que se presenta una vacante en el Congreso de la República no sancionada con la figura de la “silla vacía” y hay lugar a llamar al siguiente candidato de la lista para que ocupe la curul respectiva.

El juicio de pérdida de investidura en estos casos adquiere matices particulares, porque debe analizarse, tal como ocurre en el caso anterior, la configuración o no de una situación de fuerza mayor que excuse al demandado de tomar posesión en tiempo.

Dos de las controversias recientes que tuvieron tal vez más discusión fueron las suscitadas por la falta de posesión de Aida

---

<sup>12</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Trece Especial de Decisión, sentencia del 26 de abril de 2018, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente 11001031500020180078000.

Merlano Rebolledo<sup>13</sup> y Seuxis Paucias Hernández Solarte<sup>14</sup>, más conocido como Jesús Santrich, quienes no pudieron posesionarse como congresistas período 2018-2022 en los términos establecidos en los artículos 12 a 17 de la ley 5 de 1992 por encontrarse privados de la libertad.

El debate fue en extremo interesante por cuanto se discutía si la privación de la libertad constituye una causal de fuerza mayor o no. Para ello se estudió si se reunían los 3 elementos clásicos de ese eximente de responsabilidad: imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad.

Para algunos, la privación de la libertad había sido provocada por los demandados, razón por la cual no podía alegarse una fuerza mayor, sin embargo, para la mayoría de los magistrados del Consejo de Estado, en su momento, e independientemente del rumbo que los dos casos penales tomaron con posterioridad, el hecho de estar privado de la libertad sí reúne los 3 requisitos de la fuerza mayor y por tanto, no hay lugar a declarar la pérdida de investidura, máxime cuando en ese momento, ninguno de los dos sujetos había sido condenado penalmente.

#### 2.4. POR INDEBIDA DESTINACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS

Esta causal censura que un congresista destine recursos del erario a fines diferentes a los señalados por la Constitución Política, la ley o el reglamento. Jurisprudencialmente y de antaño se ha dicho que la causal se configura “cuando se destinan dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados; a objetos, actividades o propósitos autorizados pero diferentes a los asignados para esos recursos; a fines expresamente prohibidos; a materias innecesarias o injustificadas; con la finalidad de obtener

---

<sup>13</sup> En su contra se promovieron varias pérdidas de investidura algunas de las cuales prosperaron y otras no, sin embargo, para el caso concreto se estudia: Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de octubre de 2019, M.P. Hernando Sánchez Sánchez, expediente 11001031500020180261601.

<sup>14</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de mayo de 2019, M.P. William Hernández Gómez, expediente 11001031500020180388301.

un incremento patrimonial personal o para terceros o para derivar un beneficio, no necesariamente económicos a su favor”<sup>15</sup>.

Es tal vez una de las causales que se reprocha con mayor rigor por cuanto resulta inadmisibles que un congresista utilice de forma indebida recursos públicos, por ello fue una de las que se aplicaba clásicamente de manera objetiva, sin atender a la conducta del demandado, sin embargo, como se dejó dicho, a partir de la entrada en vigencia de la ley 1881 de 2018 además del elemento objetivo de la conducta, también debe estudiarse el aspecto subjetivo del autor, razón por la cual en la actualidad igual que ocurre con todos los juicios de pérdida de investidura, se debe hacer el estudio integral de responsabilidad.

Ahora bien, frente al término “dinero público” en un primer momento se interpretó de manera literal, sin embargo, dicha interpretación varió y se amplió de manera genérica a bienes públicos, decisión que resultó bastante controvertida por cuanto, por lo menos en principio, resulta contraria a la interpretación restrictiva que rige este tipo de conductas.

Adicionalmente, debe recordarse que estas acciones también son reprochadas desde el punto de vista penal y disciplinario, razón por la cual puede presentarse la figura de la prejudicialidad, aunque no necesariamente, toda vez que se trata de procesos completamente independientes.

## 2.5. POR TRÁFICO DE INFLUENCIAS DEBIDAMENTE COMPROBADO

La descripción de esta conducta parte de la misma raíz que el conflicto de intereses: no ejercer la investidura de congresista para el interés general sino por el interés particular. En el caso específico del tráfico de influencias se reprocha que el senador o representante a la Cámara invoque tal calidad para “recibir, hacer, dar, prometer para sí o para un tercero dinero o dádivas con el fin

---

<sup>15</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 23 de octubre de 2008, M.P. María Claudia Rojas Lasso, expediente 54001233100020070025401.

de obtener beneficios de un servidor público en un asunto que se encuentre en su conocimiento o del cual vaya a conocer”<sup>16</sup>

Es decir, se censura que el congresista se valga de su investidura para gestionar favores en beneficio propio o de terceros de manera indebida y esta precisión es importante, porque jurisprudencialmente se ha excluido de la descripción de la conducta los beneficios que se gestionan en beneficio de sus propias regiones como parte de su labor.

Además, la norma exige que se trate de una conducta comprobada y aunque puede resultar apenas obvio y aplicable para todas las causales el constituyente hizo mención especial en atención a que la conducta también puede constituir delito. Con todo, se insiste, los análisis desde el punto de vista penal, disciplinario y de pérdida de investidura son diferentes e independientes.

## 2.6. HACER CONTRIBUCIONES A PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS O INDUCIR A OTROS A QUE LO HAGAN

Esta causal se encuentra consagrada en el artículo 110 de la Carta Política y se relaciona con la prohibición para los servidores públicos y particulares que ejerzan funciones públicas de realizar aportes a organizaciones políticas o promover la realización de aportes por terceros.

La prohibición se dirige tanto a realizar directamente contribuciones como a inducir a otros a que lo hagan, so pena de remoción del cargo o pérdida de investidura según corresponda.

No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que se encuentran excluidos de esta prohibición los sujetos que legalmente están habilitados para participar en política, como, por ejemplo, los miembros de corporaciones públicas.

Por lo que se debe hacer una interpretación sistemática de la disposición constitucional con lo consagrado en el artículo 27 de la ley 1475 de 2011 que enlista las fuentes prohibidas de financiación

---

<sup>16</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de abril de 2010, M.P. William Giraldo Giraldo, expediente 1100103150002009009350.

política y sus excepciones, dentro de las cuales se encuentran los miembros de corporaciones públicas de elección popular, se advierte que para ellos lo prohibido es exceder los límites de financiación de que trata esa misma ley.

De manera concreta, la norma en cita dispone “excepto de los miembros de corporaciones públicas de elección popular, quienes podrán realizar aportes voluntarios a las organizaciones políticas a las que pertenezcan, con destino a la financiación de su funcionamiento y a las campañas electorales en las que participen, de acuerdo con los límites de financiación privada previstos en el artículo 25 de la presente ley”.

Lo anterior, por cuanto los congresistas como los diputados, concejales y ediles, pueden participar en política, de hecho pueden hacer campaña por sí mismos mientras desempeñan el cargo y son reelegibles de manera indefinida, por lo que la causal para ellos no se configura por realizar aportes sino por vulnerar los límites de financiación política<sup>17</sup>, dichos límites son fijados por el Consejo Nacional Electoral de manera anual por lo que corresponde, en el estudio respectivo, contrastar dichos parámetros con los aportes realizados por los demandados en cada caso específico.

### 3. TRÁMITE DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTAS

Como se mencionó, pese a que la pérdida de investidura es una figura de raigambre constitucional, la Carta Política únicamente se encarga de consagrar las causales para su configuración<sup>18</sup>, asignar la competencia para su conocimiento (Consejo de Estado), fijar el término para resolverla (20 días a partir de la radicación de la solicitud) y establecer la legitimación para su ejercicio (Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o cualquier ciudadano)<sup>19</sup>.

Ello resulta apenas entendible porque es claro que una Constitución Política no puede encargarse de las minucias de cada

---

<sup>17</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de septiembre de 2018, M.P. Hernando Sánchez Sánchez, expediente: 25000232400020160296601.

<sup>18</sup> Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 183.

<sup>19</sup> Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 184.

uno de los aspectos que consagra so pena de convertirse en un texto interminable.

Conforme con lo anterior, fue el legislador el encargado de desarrollar el trámite de la pérdida de investidura, en un primer momento a través de la ley 144 de 1994 se reiteró la competencia del Consejo de Estado para conocer en única instancia del trámite contra los congresistas, el término de 20 días para resolver las solicitudes de desinvestidura y la legitimación para su ejercicio.

Además, fijó el contenido mínimo de la petición de pérdida de investidura y consagró un trámite bastante sencillo que consistía en 2 días para decidir sobre su admisibilidad, 10 días para subsanarla en caso de que a ello haya lugar, la notificación del congresista involucrado quien contaba con 3 días para ejercer su derecho de defensa, 3 días de período probatorio en caso de que hubiera lugar a decretar y practicar pruebas, la obligatoriedad de realizar una audiencia pública en la cual intervendrían el solicitante, el congresista y el Ministerio Público y finalmente el término de 2 días para registrar el proyecto de fallo.

Así mismo, se consagró la figura del recurso extraordinario de revisión el cual podría ejercerse dentro de los 5 años siguientes a la ejecutoria de la sentencia de pérdida de investidura.

Estas normas regularon la aplicación de la figura desde 1994 hasta enero de 2018, fecha en la cual entró a regir la novedosa ley 1881 que estableció el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas de una manera mucho más novedosa, acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y algunos instrumentos de derecho internacional.

Lo primero que precisó fue que el juicio de pérdida de investidura es de naturaleza subjetiva, es decir, acogió las tesis jurisprudenciales que de tiempo atrás abogaban por dejar de aplicar un régimen de responsabilidad objetiva en estos asuntos y entrar a estudiar la conducta del congresista involucrado.

Con la entrada en vigencia de esta norma, esa vieja discusión jurisprudencial quedó completamente superada.

Otra de las novedades de esta ley fue que se encargó de estudiar la concurrencia que puede existir entre causales tales

como la violación del régimen de inhabilidades, entre la pérdida de investidura y la nulidad electoral.

Como se precisó en su momento, algunas causales de pérdida de investidura coinciden con las de nulidad electoral, por ejemplo, el desconocimiento del régimen de inhabilidades (artículos 184 numeral 1 de la Constitución Política y 275 numeral 5 de la ley 1437 de 2011), es por ello que nada obsta para que la elección de un congresista pueda ser atacada por cualquiera de los dos medios lo que podía generar decisiones contradictorias, es decir, se podía llegar a una conclusión en el juicio de pérdida de investidura y a una diferente en la nulidad electoral.

Teniendo en cuenta esa problemática, la ley 1881 de 2018 en el párrafo del artículo 1 dispuso “cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hace tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura”.

Además, se precisó que, en todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura haría tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en lo que tiene que ver con el aspecto objetivo de la referida causal.

Ello no podría ser de otra manera toda vez que el estudio que se realiza en virtud de una demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad electoral es de naturaleza objetiva, por cuanto se trata de una acción de legalidad en la que no se atiende a la conducta del demandado sino únicamente a la configuración o no de la causal invocada por cuanto, se insiste, lo que se persigue es la preservación del ordenamiento jurídico con “prevalencia de la voluntad del electorado”<sup>20</sup>.

Por lo tanto, lo que hizo la ley 1881 además de evitar decisiones contradictorias sobre un mismo punto, fue garantizar la prohibición del *non bis in idem* y, por lo tanto, como en ambas

---

<sup>20</sup> Las diferencias entre una y otra figura se explican de manera magistral en: Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 16 de mayo de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente 11001032800020180008400.

figuras se estudia el aspecto objetivo de la causal, la primera que se profiera hará tránsito a cosa juzgada sobre la segunda únicamente en lo que tiene que ver con el estudio objetivo de la misma, por cuanto, se insiste, el aspecto subjetivo únicamente se analiza en la pérdida de investidura. Eso sí, jurisprudencialmente se precisó que la sentencia debe estar en firme, es decir, si en una demanda de nulidad electoral se establece a través de sentencia debidamente ejecutoriada que no se configuró la causal, en el juicio de pérdida de investidura deberá atenderse dicha decisión y viceversa, asimismo, cuando se establezca que la causal sí se configuró, en la pérdida de investidura no habrá lugar a estudiar nuevamente ese punto, sino que el análisis se limitará al aspecto subjetivo.

Tal vez el primer caso en que se aplicó la disposición y la jurisprudencia tuvo la oportunidad de precisar las reglas para su aplicación fue el del exsenador Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas en el cual luego de una larga e interesante discusión se concluyó que la primera decisión que había quedado en firme, había sido la nulidad electoral<sup>21</sup> –pese a que en contra de la misma hubo un fallo de tutela de primera instancia que lo dejó sin efectos<sup>22</sup> y uno de segunda<sup>23</sup>, que lo revocó y por tanto “revivió” la decisión inicial de la Sección Quinta del Consejo de Estado–, pese a que en la pérdida de investidura tanto en primera como en segunda instancia se habían negado las pretensiones de la demanda<sup>24</sup>.

Entonces, a pesar de que en este caso la pérdida de investidura negó la prosperidad de la solicitud, se concluyó que el primer fallo que quedó en firme fue el de nulidad electoral que declaró la nulidad de su elección, por lo que la pérdida de investidura no podía apartarse del mismo.

<sup>21</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 11 de abril de 2019, M.P. Alberto Yepes Barreiro, expediente 11001032800020180008000.

<sup>22</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 2 de julio de 2019, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón, expediente 11001031500020190160401.

<sup>23</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de enero de 2020, M.P. Milton Chaves García, expediente 11001031500020190160401.

<sup>24</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de octubre de 2019, M.P. Alberto Montaña Plata, expediente 11001031500020180241701.

Otra de las grandes novedades de la ley bajo estudio, fue la implementación de la doble instancia en los juicios de pérdida de investidura contra congresistas, es decir, el trámite pasó de ser de única instancia a ser de dos instancias, la primera de las cuales fue atribuida a las Salas Especiales de Decisión del Consejo de Estado, que constituyen una representación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación por cuanto se encuentran integradas por un magistrado de cada una de las Secciones que la componen y la segunda, a la Sala Plena en mención.

Así, al tratarse de un juicio sancionatorio que afecta derechos políticos se cumple con los postulados de doble conformidad que constitucional y convencionalmente se han impuesto.

Finalmente, la última gran novedad de esta reforma fue la fijación del término de caducidad de 5 años para su ejercicio, contados a partir del día siguiente del hecho generador de la causal.

El trámite como tal sigue siendo el mismo, se aclaró que el término de 20 días consagrado en la Carta Política sería para proferir la decisión de primera instancia, se mantuvieron los requisitos de la solicitud y el plazo para proveer sobre su admisión –2 días–, no obstante, se estableció que el término para subsanarla, cuando sea necesario, será el que el M.P. considere oportuno. Además, se amplió el término para que el congresista ejerza su derecho de defensa, pasó de 3 a 5 días, el término probatorio se mantuvo en 3 así como el plazo para registrar el proyecto de primera instancia en 2 días.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la segunda instancia se fijó el término de 10 días para recurrir la sentencia de primera instancia, recurso que debe estar debidamente sustentado ante el ponente de primera instancia, quien será el encargado de concederlo.

Una vez repartida la apelación, se decidirá de plano sobre su admisión, se correrá traslado del recurso por el término de 3 días y se aplicará el régimen probatorio de segunda instancia consagrado en el artículo 212 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Cumplido lo anterior, se deberá registrar el proyecto de fallo dentro de los 3 días siguientes.

El término para la interposición del recurso extraordinario de revisión se redujo de 5 a 2 años y se aclaró, pese a que

jurisprudencialmente ya se aplicaba así, que lo no regulado se regiría por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### 4. ANÁLISIS DEL EFECTO DE LA REFORMA

Conforme con el panorama expuesto, es claro que la evolución de la pérdida de investidura de congresistas ha tenido una base jurisprudencial importante, si bien se han suscitado diversas discusiones frente a la aplicación de la normativa que ha regido y rige su trámite, la mayoría de ellas han sido resueltas de manera garantista.

La ley 1881 de 2018 recogió y solucionó varias de las dudas que jurisprudencialmente han surgido a lo largo de los años, definitivamente, en criterio de la autora, la reforma resultaba más que necesaria, máxime si se tiene en cuenta la nueva tendencia constitucional y convencional respecto de los juicios sancionatorios que afectan los derechos políticos de los ciudadanos.

Es así, como las novedades introducidas en la reforma, han tenido un efecto positivo toda vez que han aclarado puntos oscuros que aunque tenían una posición mayoritaria entre los magistrados de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo seguían ofreciendo alguna resistencia.

El punto estrella fue la claridad que se hizo en cuanto a la naturaleza subjetiva de la responsabilidad que se analiza en este tipo de juicios y es que aunque resulta apenas obvio que en pleno siglo XXI el campo de la responsabilidad objetiva es cada vez más reducido –con algunas excepciones claras en materia de la responsabilidad extracontractual del Estado– se seguían presentando controversias sobre su aplicación, por lo menos, frente a algunas causales de pérdida de investidura como la indebida destinación de recursos públicos.

El hecho de que se estudie la conducta del responsable y que el artículo 1 de la ley en mención se refiera a conductas dolosas o gravemente culposas no sólo constituye una garantía enorme para evitar sanciones injustas y desproporcionadas sino además se traduce en una oportunidad más certera para que los involucrados ejerzan en debida forma su derecho de defensa y contradicción.

En este punto resulta del caso recordar que la sanción que se deriva de la pérdida de investidura para los congresistas es nada más y nada menos que la “muerte política”<sup>25</sup> es decir, la imposibilidad de volver a aspirar a cargos de elección popular de manera permanente, por lo que para su imposición, se debe ser en extremo cuidadoso.

Definitivamente la incorporación de la doble instancia –ratificada en la reciente reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>26</sup>– blindo el proceso y garantiza en grado sumo el debido proceso, además, dota de legitimidad adicional, la sanción tan severa que se desprende del trámite de pérdida de investidura.

De igual manera, la precisión efectuada entre los efectos de cosa juzgada respecto del elemento objetivo de las causales frente a la nulidad electoral soluciona un problema de antaño, que afectaba la seguridad jurídica y ponía en aprietos al mismo Consejo de Estado.

Tal vez, lo que se extraña de la reforma es el desarrollo puntual de las causales de pérdida de investidura que aunque encuentran alguna reglamentación en otras normas como la ley 5 de 1992 y han sido ampliamente discutidas al interior del máximo órgano de lo contencioso administrativo siguen ofreciendo varias dificultades.

Con todo, los más beneficiados con la entrada en vigencia de la ley 1881 de 2018 son, sin duda alguna los congresistas que se ven sometidos a un juicio de pérdida de investidura, pero además, la sociedad en general que a través del mejoramiento de las garantías de sus representantes ve blindada su decisión electoral y democrática.

Por lo tanto, se reitera, el efecto de la ley 1881 de 2018 ha sido absolutamente positivo y aunque evidentemente su puesta en marcha ofrece y seguirá ofreciendo algunas dudas, será la jurisprudencia del Consejo de Estado la que continúe resolviéndolas

---

<sup>25</sup> Consagrada en diferentes disposiciones del ordenamiento jurídico que impiden que quien haya perdido su investidura como congresista vuelva a aspirar a cargos de elección popular. Ver, por ejemplo: artículos 179 – 4 de la Constitución Política; 30 de la ley 617 de 2000.

<sup>26</sup> ley 2080 del 25 de enero de 2021.

conforme la realidad y el derecho viviente que caracteriza la sociedad y el mundo jurídico.

## 5. CONCLUSIONES

La pérdida de investidura de los congresistas surgió con el fin de conjurar la mala imagen que senadores y representantes a la Cámara tenían para el momento en que se promulgó la Constitución Política de 1991, el objetivo era que respondieran ética y políticamente por los actos que resultaban contrarios a la dignidad de su cargo. Fue así como la misma Carta Política se encargó de consagrar las causales de indignidad que conllevarían la imposición de la sanción política más grave que existe en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado la encargada de fijar las pautas no sólo para entender el verdadero alcance y utilidad de cada una de estas causales sino además de establecer los parámetros de discusión del juicio de pérdida de investidura.

Con base en esta experiencia jurisprudencial el legislador trató de resolver varios de los interrogantes que el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo había abordado en casi 30 años de vigencia de la Carta Política en materia de pérdida de investidura de los congresistas y expidió la ley 1881 de 2018 que no sólo se encargó de modernizar el trámite judicial sino que, además, contempló figuras clave para su aplicación tales como la precisión de que se trata de un juicio de responsabilidad de naturaleza subjetiva, en el que no basta con que se demuestre la configuración objetiva de la causal sino que adicionalmente, requiere el estudio de la conducta del investigado; la precisión de prohibición de *non bis in idem* en relación con la nulidad electoral y la creación de la doble instancia para este tipo de juicios.

Así, varias de las ideas que el Consejo de Estado había plasmado en sus diversos pronunciamientos fueron recogidos en la ley con lo cual se incorporan a nivel legal una serie de garantías para los sujetos pasivos de la figura que sin duda redundan en beneficio no solo de los congresistas sino de la comunidad en general que elige democráticamente a sus representantes en el Congreso de la República.

En consecuencia, se considera que la ley 1881 de 2018 constituye un gran avance que brinda seguridad jurídica a las decisiones que en materia de pérdida de investidura profiere el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo lo cual se refleja en beneficio del sistema democrático que rige en el Estado Social de Derecho Colombiano y garantiza que las decisiones que se adopten en contra de los congresistas elegidos popularmente gocen de todas las prerrogativas procesales posibles para así blindar casi que de manera absoluta la grave sanción que de este juicio se deriva.

De todas formas, se deberá esperar el desarrollo jurisprudencial que con los años haga el Consejo de Estado sobre las novedades introducidas por la ley 1881 de 2018 en materia de pérdida de investidura, pero hasta el momento, 3 años después de su entrada en vigencia, puede afirmarse que su efecto ha sido positivo y efectivamente, ha garantizado en mejor manera el derecho de defensa y contradicción de sus sujetos pasivos.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

BRITO RUIZ, Fernando. *Pérdida de investidura de los congresistas. Causales y procedimiento*. Bogotá: Legis, 2015.

Colombia, Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 1979.

Colombia, Congreso de la República, ley 5 de 1992.

Colombia, Congreso de la República, ley 144 de 1994.

Colombia, Congreso de la República, ley 617 de 2000.

Colombia, Congreso de la República, ley 1437 de 2011.

Colombia, Congreso de la República, ley 1475 de 2011.

Colombia, Congreso de la República, ley 1881 de 2018.

Colombia, Congreso de la República, ley 2080 de 2021.

Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de diciembre de 1991, M.P. Miguel González Rodríguez, radicación AC-006.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 24 de abril de 1992, M.P. Jorge Penen Deltieure, radicación 0654.

Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1992, M.P. Guillermo Chanín Lizcano, radicación AC-175.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de enero de 1998, M.P. Ricardo Hoyos Duque, radicación AC-5397.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 23 de octubre de 2008, M.P. María Claudia Rojas Lasso, expediente 54001233100020070025401.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de abril de 2010, M.P. William Giraldo Giraldo, expediente 1100103150002009009350.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de junio de 2015, M.P. Alberto Yepes Barreiro, expediente 11001031500020130011500.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Trece Especial de Decisión, sentencia del 26 de abril de 2018, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente 11001031500020180078000.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de septiembre de 2018, M.P. Hernando Sánchez Sánchez, expediente: 25000232400020160296601.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 11 de abril de 2019, M.P. Alberto Yepes Barreiro, expediente 11001032800020180008000.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 16 de mayo de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente 11001032800020180008400.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de mayo de 2019, M.P. William Hernández Gómez, expediente 11001031500020180388301.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 2 de julio de 2019, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón, expediente 11001031500020190160401.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión 6, sentencia del 16 de julio 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente 11001-03-15-000-2019-02830-00.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de octubre de 2019, M.P. Hernando Sánchez Sánchez, expediente 11001031500020180261601.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de octubre de 2019, M.P. Alberto Montaña Plata, expediente 11001031500020180241701.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia de unificación 424 del 11 de agosto de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, expedientes 3.331.156 y 4.524.335.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 3 de noviembre de 1981, M.P. Fernando Uribe Restrepo, expediente 785.

Colombia, Constitución Política de 1991.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *Derecho procesal administrativo*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2019.



CAPÍTULO XI

DIMENSIONES DE LAS ACCIONES  
POPULARES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.  
UN DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA

IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE\*

**Sumario:** INTRODUCCIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA. 1. MARCO NORMATIVO. 2. PROBLEMA PLANTEADO, HIPÓTESIS DE TRABAJO E INTERROGANTES A CONTESTAR. 3. ANÁLISIS DE CASOS ANTE EL PROBLEMA, SUS INTERROGANTES Y RESPUESTAS. 1. CASOS PARA ANALIZAR EL PRIMER INTERROGANTE. 2. CASOS PARA ANALIZAR EL SEGUNDO INTERROGANTE. 3. CASOS PARA ANALIZAR EL TERCER INTERROGANTE. 4. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS AL MEDIO AMBIENTE Y LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 5. CONCLUSIONES Y SÍNTESIS ANTE LA HIPÓTESIS. 6. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS.

*¿En la primera década del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) se está desarrollando la profundidad constitucional y legal para la protección de los derechos colectivos con ocasión de casos que examinan contratos con recursos públicos?*

### INTRODUCCIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA

Se destaca que la Corte Constitucional desde 2011 al estudiar la constitucionalidad de los medios de control judicial del CPACA, anticipa los alcances que el entonces nuevo código, ya decenal hoy, le otorgó a la promoción y al ejercicio de las acciones populares<sup>1</sup>.

---

\* Abogado especializado en derecho administrativo. Suma cum laude en la tesis doctoral sobre "La seguridad jurídica". Fue Auditor General de la República y Jefe de la Oficina Jurídica de la CGR. Ex Procurador Delegado para la Conciliación y ex Secretario General de la Procuraduría. Docente del Externado, Andes y Santo Tomás.

<sup>1</sup> PABÓN TORRADO, Isaid. *La acción popular en el contrato estatal. Una divergencia en el Consejo de Estado*, Universidad Libre de Cúcuta, 2021.

En la sentencia C-644 de 2011, hace diez años, se fijan las bases para que en aplicación del artículo 144 del CPACA, las acciones populares sean un medio de control más efectivo y pertinente, para desarrollar la profundidad constitucional que la Carta de 1991 le confiere a la protección de los derechos colectivos, por parte de las autoridades del Estado y de los contratistas con recursos públicos<sup>2</sup>. En ese contexto se consideró útil profundizar en esta cuestión ¿será que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, está desarrollando la profundidad constitucional que en lo normativo y prescriptivo tiene la protección de los derechos colectivos? las respuestas que surgen de este estudio, van a contribuir al dialogo judicial, en esa relación dialéctica entre garantías individuales y acceso a la justicia de los intereses colectivos, esa comunicación dialógica se promueve en su monografía sobre acciones populares y de grupo el profesor Juan Carlos Guayacán Ortiz, al igual, a que otros profesores que irán siendo citados<sup>3</sup>.

En el acervo jurisprudencial de esa publicación se encuentran sentencias proferidas bajo la vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, ley 1437 del 2011, dictadas por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos de distrito judicial y los juzgados administrativos de circuito. El Consejo de Estado, concretamente la Sección Tercera, está en el umbral y ya comenzó en el 2020 a fallar casos que se iniciaron bajo la vigencia del CPACA, con diez sentencias del 2020 aquí referidas ya cruzaron esa frontera<sup>4</sup>. Vendrán providencias de unificación en aplicación de las prescripciones que trae la ley 2080

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencias de Constitucionalidad C-644 de treinta y uno (31) de agosto de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta sentencia se hace un análisis integral de los precedentes en la materia y en constitucionalidad menciona las sentencias C-215 de 1999, C-1062 de 2000, C-377 de 2002 y C-569 de 2004, en donde la Corte se ha detenido en el análisis detallado del contenido, finalidad y características especiales que identifican las acciones populares.

<sup>3</sup> GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos. *Acciones Populares y de Grupo frente a las Acciones Colectivas*. Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università "Tor Vergata" – CNR Roma– Italia y Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013.

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2020. C.P. Martín Bermúdez Muñoz. Radicado No. 25000232400020110008801 y Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 20 de noviembre de 2020. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Radicado No. 25000232400020110025101

de 2021 que reformó este código, precisamente los puntos aquí tratados muestran esas posibles líneas unificadoras.

Los orígenes de la presente ponencia son trabajos académicos que promueven disertaciones y puntos de vista que merecen ser evaluados. La experiencia y los estudios del autor a nivel de jurisprudencia, como exprocurador delegado y actualmente como director de la línea de investigación Contratación Segura<sup>5</sup>. Con ese insumo y mediante un método sistemático se analizan las dimensiones de las acciones populares en la contratación con recursos públicos durante la primera década de vigencia CPACA (comprende estudios de contratos estatales y un caso de un contrato sometido al derecho privado). Este análisis a partir de lo que el autor pudo evidenciar sobre la materia en las intervenciones que realizó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando ocupó el cargo de procurador delegado del Procurador General de la Nación durante el periodo 2017 a 2020. Esto ante las secciones Primera y Tercera del Consejo de Estado. Así mismo, coordinando a los 201 procuradores judiciales administrativos del país. De ese bagaje como actores populares, apoderados o agentes del Ministerio Público, surgen bases que complementan este aporte académico hoy, ante el honor que se le confiere de ingresar como miembro a la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

## 1. MARCO NORMATIVO

Primero, en materia de acciones populares el marco legal está compuesto por las siguientes disposiciones especiales: el artículo 144 del CPACA que incorpora las medidas preventivas, suspensivas y restitutivas, y una cláusula legal general, respecto de las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.<sup>6</sup> En la ley 472 de 1998 que fija el alcance de la

---

<sup>5</sup> GÓMEZ LEE, Iván Darío y VELANDIA CASTRO, Diana. "Contratación Segura. Estudios y compilaciones en contratación estatal, seguridad jurídica en las acciones populares". Bogotá: Editores: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2020. Disponible en: [www.ivandariogomezlee.com](http://www.ivandariogomezlee.com)

<sup>6</sup> ARTÍCULO 144. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración

acción popular el artículo 34 de esta última ley es muy importante, toda vez que prescribe el contenido de la sentencia y sus respectivas órdenes. Ello lo hace en estos términos: órdenes de hacer o no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño y exigir la realización de conductas necesarias para devolver las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible. Esta última norma también indica el deber del juez de darle precisión a las órdenes que emita, la posibilidad de diferir la liquidación de la condena a un incidente, el plazo prudencial que el togado debe señalar para acatar sus órdenes y las medidas de verificación o colaboración que son necesarias para asegurar el cumplimiento del fallo.

Estos mecanismos de amparo constitucional con origen en el artículo 88 de la Constitución Política tienen diferentes finalidades. La Corte Constitucional en la sentencia unificadora SU-649 de 2017 destacó las finalidades específicas de la acción popular, suspensivas, preventivas o restaurativas, en los siguientes términos: “La jurisprudencia consolidada de esta Corporación ha definido las acciones populares como el medio procesal mediante el cual se busca asegurar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular y teniendo como finalidades específicas evitar el daño contingente (preventiva), hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa)”.

---

o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

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

Lo esencial a veces es invisible a los ojos. En el régimen jurídico que es aplicable dentro de una interpretación sistemática, están las normas y principios generales de la responsabilidad por los delitos y por culpas para establecer condenas y pagos por perjuicios como lo autoriza la ley 472 de 1998 en el artículo 34 visto. En ese régimen general de la responsabilidad por supuesto que caben otras normas previstas en el Código Civil, distintas a las de la nulidad contractual. Son aplicables disposiciones como las siguientes: el artículo 2.341 en virtud del cual, quien ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización. El artículo 2.344 sobre la solidaridad de las personas que concurren a un delito o culpa ante todo perjuicio procedente del mismo. El artículo 2.357 también del Código Civil que se refiere a la reducción de la reparación del daño, si el que lo sufrió se expuso a él imprudentemente.

En esa conexión con el derecho civil cabe recordar que las acciones populares fueron previstas en el artículo 1.006 como un medio de restitución en favor de caminos, plazas u otros lugares de uso público. Ello es indicativo para esclarecer que un acto de dolo, corrupción o culpa de un agente del Estado, no puede traer la consecuencia de que la sociedad pierda el derecho a la restitución del bien o de los recursos públicos. Cabe destacar que la ley 472 de 1998, como norma especial en la materia, en lo procesal remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, aspecto que se resalta, precisamente a propósito de los efectos de las sentencias y otros asuntos. Esto es lo que parece ser obvio pero se olvida siendo aplicable por remisión<sup>7</sup>.

En desarrollo de la sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011 el juez popular, en cuanto al régimen jurídico aplicable, debe ser coherente con la prohibición de entrar en la esfera de la nulidad del contrato. En el ámbito de las normas que no son aplicables desde esa sentencia, es clara la diferencia que tiene la acción popular del artículo 144 del CPACA, con el medio de control que

---

<sup>7</sup> Auto del Consejero de Estado Dr. Martín Bermúdez del 14 de septiembre de 2019 que decide sobre los efectos de la sentencia de la acción popular de Ruta del Sol 2 dispone la aplicación del Código General del Proceso como estatuto procesal aplicable y que prevalece frente al CPACA. Radicado No.: 25000-23-41-000-2017-00083-02 (64048). Demandantes: Procuraduría General de la Nación. Demandados: Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y otros.

da lugar a la nulidad del contrato previsto en el artículo 141 del CPACA, este último, está sometido a los artículos 44 y siguientes de la ley 80 de 1993 que regula el fenómeno de la invalidez del contrato y sus efectos, como en materia de restituciones mutuas para las partes; igualmente, en ese ámbito debe tenerse en cuenta el artículo 20 de la ley 1882 de 2018 y la sentencia C-207 de 2019, que definen los efectos económicos y reconocimientos en dos eventos: la nulidad o la terminación del contrato.

El régimen jurídico de la nulidad del contrato y su medio de control contractual no es el marco normativo que pueda aplicarse a una acción popular que verse sobre un contrato. Definitivamente son inaplicables las normas de nulidad de los contratos en las acciones populares. Esto es lo que comúnmente se cree aplicable y no lo es. Delimitado el marco legal aplicable, en virtud de las leyes y sentencias de constitucionalidad en esta materia, a continuación, se verificará si el juez popular afina las órdenes que pueden emitirse ante los contratos públicos y de esa forma superar, con buen criterio, la imposibilidad de declarar la nulidad de un contrato en una actuación popular, para constatar si en ese marco logra reafirmarse la autonomía de este medio de protección constitucional para su efectividad<sup>8</sup>.

## 2. PROBLEMA PLANTEADO, HIPÓTESIS DE TRABAJO E INTERROGANTES A CONTESTAR

Segundo, dentro de la concepción constitucional renovada de las acciones populares y el marco normativo expuesto, el problema jurídico que se analizará es el de verificar si las sentencias que se están produciendo en la jurisdicción de lo contencioso

---

<sup>8</sup> PÉREZ PORTILLO, Soraya; OTERO, Iván y GONZÁLEZ, Sergio. (editores). *Análisis evolutivo de algunas temáticas en los 20 años de vigencia de la ley 472 de 1998*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. Los autores citados, en ese amplio estudio presentan una perspectiva muy importante de las acciones populares. Sin embargo, en la prospectiva que presenta el texto citado la hipótesis que se sustenta difiere de la tesis allí indicada, anticipan un debilitamiento de las acciones populares por la prohibición de anular el contrato y por la derogatoria de los incentivos.

administrativo, le dan alcance a las nuevas dimensiones que le fijó a tales acciones, la Corte Constitucional bajo la vigencia del CPACA.

De ahí que la hipótesis de trabajo es la siguiente: en esta primera década de vigencia del CPACA la jurisdicción de lo contencioso administrativo, desarrolló la profundidad constitucional en la protección de derechos colectivos y, definitivamente, viene destacando la autonomía de la acción popular con otros medios de control, para una mayor efectividad según la esencia y naturaleza de dicha acción. El objetivo de la ponencia radica en que esta premisa sea confirmada total o parcialmente, según el estado de cosas evidenciado en nueve casos que se analizarán. Esto con la finalidad de contribuir a la seguridad jurídica y a la efectividad de las instituciones en el Estado social de derecho. Se propone metodológicamente dar respuesta a tres interrogantes:

1. ¿Después del CPACA del año 2011 en la dimensión de las órdenes suspensivas, el juez popular sin anular los actos administrativos precontractuales o el negocio jurídico, está anticipando medidas que evitan el daño, haciendo cesar los efectos del contrato?

2. ¿En esta última década, en la dimensión de órdenes restaurativas, el juez popular está generando las condiciones fiscales para la recuperación de recursos comprometidos indebidamente en los contratos y para la financiación de proyectos o la prestación adecuada de los servicios?

3. ¿En el enfoque de órdenes preventivas, para proyectos que sean viables se están precaviendo los supuestos y las condiciones contractuales y presupuestales que aseguren la continuidad o culminación de los proyectos de interés general o para la continuidad de los servicios públicos, con recursos que se hayan recuperado producto de la reparación del daño?

Por último, teniendo en cuenta que, entre la protección de los derechos colectivos del medio ambiente y la gestión contractual, en muchos casos tienen una estrecha relación, se realizarán algunas consideraciones en este asunto y dentro de ello la acción popular del río Bogotá entre otros de la Sección Primera.

### 3. ANÁLISIS DE CASOS ANTE EL PROBLEMA, SUS INTERROGANTES Y RESPUESTAS

Tercero, desarrollar el problema jurídico expuesto para valorar la hipótesis formulada con los casos que darán respuesta a los 3 interrogantes.

#### 1. CASOS PARA ANALIZAR EL PRIMER INTERROGANTE

1.1. La primera sentencia analizada de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se refiere a un contrato de comodato del municipio de Valledupar, con el predio Parque de la leyenda Vallenata. Este precedente anticipa la concepción del Consejo de Estado, toda vez que su régimen jurídico es la codificación anterior, el CCA.<sup>9</sup> Es premonitorio porque el juez de primera instancia decide, no declarar la nulidad del contrato de comodato del municipio de Valledupar, sino que ordena el cese de los efectos jurídicos de este.

La orden de suspender los efectos de un contrato, propende por una efectiva transferencia de dominio del bien y su restitución con órdenes de registro en los folios de matrícula inmobiliaria. Este caso hace evidente que otras medidas diversas de la declaratoria de nulidad, son incluso más efectivas para restaurar el dominio de un bien público. Se superan en esta línea los efectos adversos que en el tiempo puede aparejar la invalidez del contrato -me refiero a los efectos *ex nunc*-. Ello evita una declaratoria de nulidad que impone una recuperación del bien, por procesos posesorios o en la liquidación del contrato.

El Consejo de Estado, para que la sentencia fuera el título traslativo de dominio, señaló que *"...i) a partir de la ejecutoria de la sentencia cesarán los efectos del convenio de aporte celebrado el 18 de mayo de 2000 y elevado a escritura pública 1134 del 15 de agosto de ese mismo año; ii) la sentencia hará las veces de título traslativo del dominio, y en consecuencia deberá ser registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar en los folios de matrícula inmobiliaria*

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del cinco (05) de julio de 2018. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicado N°.: 20001233100020100047801.

190-814 y 190-95742, para efectos de que la titularidad del bien vuelva a quedar en cabeza del Municipio”<sup>10</sup>.

1.2. La segunda sentencia contrasta con el primer fallo. Esta providencia es de sala plena y de unificación del Consejo de Estado en vigencia del CCA. En ella se declaró la nulidad de un contrato que afectaba un bien de uso público en la plaza central del municipio de Támesis, Antioquia, y lo entregó en arriendo sin que mediara proceso de selección para adjudicarlo por concesión. El fallo unificó la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre la pertinencia de la nulidad, pero reiteró que ello es posible para los casos en que aplica el CCA, es decir, cuando ese tipo de decisiones fueren posibles.<sup>11</sup> Como consecuencia de la nulidad se ordenan actuaciones para recuperar el dominio del bien, que son más complejas.

El Consejo de Estado declaró la nulidad del contrato de arrendamiento por objeto ilícito al recaer sobre un bien de uso público, y ordenó: i) que el alcalde del municipio ejecute los actos necesarios para que se haga efectiva la restitución del área del Parque Caldas que está ocupada por el arrendatario; ii) que el arrendatario restituya al municipio el área ocupada y devuelva los elementos y bienes propios que posee el Parque para su funcionamiento; iii) que el alcalde destine el bien al servicio de todos los ciudadanos y garantice su uso y goce común, en forma permanente. Con el paso del tiempo esta sentencia será como una pieza de museo, el hamurabi de las acciones populares en vigencia del código de 1984. Como se indicó

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. sentencia del 05 de julio de 2018. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicado No.: 20001-23-31-000-2010-00478-01.

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. sentencia del 14 de agosto de 2018. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicado N°.: 05001-33-31-003-2009-00157-01. Como se indicó, el Consejo de Estado en las últimas dos décadas al aplicar la ley 472 de 1998 sostuvo criterios divergentes sobre la declaratoria de nulidad en vigencia del Código Contencioso Administrativo, Decreto ley 01 de 1984.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto interlocutorio del 5 de octubre de 2020. C.P. Nubia Margoth Peña. Radicado No.: 25000-23-41-000-2017-00885. En este auto se hace un pronunciamiento sobre la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, debido a que en el proceso de enajenación de CAFESALUD se advierten varias actuaciones contrarias a la diligencia y cuidado de un buen funcionario público, así como a la probidad y transparencia que debe caracterizar la actividad pública, lo cual se advierte en el hecho de que las autoridades encargadas de la venta ocultaron en todo momento quiénes eran los oferentes en el proceso, pese a las múltiples solicitudes.

al comienzo este estudio vislumbra posibles líneas de unificación desde el Consejo de Estado.

1.3. El tercer caso es CPACA, proviene del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, en una decisión de primera instancia, que aún no está en firme, optó por suspender de manera definitiva los efectos del contrato de concesión que recaen sobre un bien de uso público, el corredor vial de la Ruta del Sol 2, de una extensión de 622 kilómetros.<sup>12</sup> El origen de este caso fue la celebración del contrato de concesión 01 del año 2010, suscrito por el Instituto Nacional de Concesiones Inco (hoy Agencia Nacional de Infraestructura, ANI) y por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sociedad liderada por la multinacional Odebrecht con una participación accionaria del 66% y que recibió la vía en concesión. Cabe recordar que siete años después de celebrarse ese negocio jurídico, en el mes de enero del 2017 en nuestro país se conoció el acuerdo que esa multinacional, suscribió con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en diciembre de 2016. En este acuerdo se reveló y aceptó la realización de un hecho ilícito inédito: esa compañía entregó sobornos por once millones de dólares en Colombia para que el contrato le fuera adjudicado y para beneficiarse de él. Esas actuaciones hacían parte de un conjunto de operaciones estructuradas de corrupción en el continente.

A partir de ese momento, en 2017, el Procurador General de la Nación actuó como actor popular, y el autor de este texto como apoderado de la Procuraduría hasta el pasado 27 de enero. Desde ese año, en virtud de la medida cautelar de suspensión de los efectos del contrato, el corredor vial es reintegrado al Invías. Dispone el juez popular que es una medida provisional, hasta tanto se defina la nulidad del contrato, en el tribunal de arbitramento que asumió por competencia la controversia contractual prevista en el artículo 141 del CPACA.

En ese momento se recuperó el control del bien, incluso desde la medida cautelar que solicitó como actor el Procurador. Ello superó las dificultades que hubiese implicado la devolución del bien una vez el tribunal de arbitramento ordenara la nulidad del

---

<sup>12</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera, Subsección A. sentencia del 6 de diciembre de 2018. Radicado No.: 25000234100020170008300.

contrato de concesión, por objeto y causa ilícita y por desviación de poder. Precisamente en el 2019 el arbitraje en aplicación del artículo 141 de CPACA, dispone la nulidad con todos los efectos de dicha anulación<sup>13</sup>.

Retomando las decisiones del juez popular, la orden de suspensión de efectos, como se amplía más adelante, permite desplegar medidas más efectivas de continuidad del proyecto vial con recursos en depósitos judiciales que se destinarán por la Nación a la continuidad de obras en el corredor vial. Para sustentar la orden de suspensión definitiva del contrato, el Tribunal de Cundinamarca manifestó que la medida estaba acorde con lo previsto en el artículo 144 del CPACA y en el artículo 34 de la ley 472 de 1998 “...conforme a las cuales si bien el juez de la acción popular carece de competencia para anular el contrato administrativo, conserva las facultades para emitir las órdenes necesarias para la protección del derecho e interés colectivo que haya sido amenazado o vulnerado”<sup>14</sup>. Clarísimo precedente para el nuevo marco de la acción popular.

1.4. El cuarto caso es en vigencia del CPACA y la segunda instancia corresponde a la subsección C de la sección Tercera del Consejo de Estado en el 2020, tiene origen en un contrato de prestación del servicio de aseo en el municipio de Arauca entre la Empresa de Servicios Públicos de Arauca E.I.C.E. E.S.P-EMSERPA y la Empresa de Aseo de Arauca S.A. E.S.P- EMMAR. Allí, se solicita la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público, libre competencia económica, de acceso a los servicios públicos, a que su prestación sea eficiente y oportuna y los derechos de los consumidores y usuarios. El actor solicitó que se inaplicara por inconstitucional el artículo 144 del CPACA. El Tribunal Administrativo de Arauca profirió sentencia y consideró que no existe un criterio unificado en la jurisprudencia respecto de la procedencia de la acción popular para anular contratos estatales y que esa falta de uniformidad persiste, aun en vigencia de ese código. Adujo que, aunque sigue este precepto y lo decidido en la sentencia C-644 de 2011, encuentra cumplidos los presupuestos para “dejar sin efectos” el contrato 135

<sup>13</sup> Tribunal Arbitral. Concesionaria del Sol S.A.S. vs Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Laudo del 06 de agosto de 2019.

<sup>14</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera, Subsección A. sentencia del 6 de diciembre de 2018. Radicado No.: 25000234100020170008300.

de 2012, puesto que tiene objeto ilícito por violación de la selección objetiva. Estimó que como ese negocio se celebró para que una empresa asumiera la prestación del servicio público de aseo en el municipio de Arauca, la escogencia del contratista debió hacerse conforme al párrafo del artículo 31 de la ley 142 de 1994, esto es, a través de una licitación pública regulada por la ley 80 de 1993 y no con aplicación del manual de contratación de EMSERPA.

Al resolver el problema jurídico el Consejo de Estado destacó que la acción popular no es un mecanismo supletivo de otras acciones, por ejemplo, la de controversias contractuales para estudiar la legalidad del proceso contractual –y la normativa aplicable– que llevó a EMSERPA a adjudicar la prestación del servicio de aseo en el municipio de Arauca a EMAAR. Tampoco es el medio para analizar el incumplimiento de las obligaciones pactadas por esas empresas y, mucho menos, para anular ese contrato por objeto ilícito, pues así lo prohíbe el artículo 144 del CPACA, norma declarada exequible y frente a la que no procede la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Según la sala de decisión, se suma a lo anterior que el demandante no probó la vulneración de los derechos colectivos que alegó; por ello se revoca el fallo impugnado y, en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda<sup>15</sup>. Esta decisión del Consejo de Estado de un lado se alinea con la sentencia de unificación del año 2018 que fue estudiada en el numeral 1.2. De otro lado, se aparta de otras decisiones de la jurisdicción de lo contencioso que han protegido los derechos colectivos cuando se omite el proceso de selección objetiva, como en este caso que se pretermitió la licitación pública. Es probable que si el Tribunal de Arauca como juez popular hubiera optado por la suspensión de los efectos del contrato no se hubiera enfrentado a la sentencia de unificación y al propio de fallo de constitucionalidad de la Corte; lo cual pudo desatar un pronunciamiento del tribunal de cierre de una magnitud que negó en forma absoluta las pretensiones de la demanda.

1.5. Respuesta al primer interrogante. *En la primera dimensión de las acciones populares en la contratación pública, se tiene que la transición de los códigos de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se evidencia una dimensión en la cual la cesación o la suspensión de efectos*

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección C. Sentencia 27 de abril 2020. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Radicado No.: 81001-23-39-000-2015-00023-0.

*de los contratos estatales, pueden ser medidas más efectivas que la nulidad para recuperar el bien público transferido indebidamente y para evitar que continúe la vulneración a los derechos colectivos.*

## 2. CASOS PARA ANALIZAR EL SEGUNDO INTERROGANTE

2.1. El quinto caso que se analiza proviene del departamento de Caldas: de un juzgado administrativo de Manizales y del Tribunal Contencioso de ese departamento que, en la segunda instancia confirmó la sentencia de la primera. La demanda de los actores populares la origina un contrato de concesión de sistematización electrónica de detección de infracciones de tránsito (“foto multas”) en el municipio de Chinchiná por veinte años, lo anterior en una vía de doble calzada que es del orden nacional<sup>16</sup>. El juez popular ordena suspender de manera definitiva la ejecución del contrato estando en vigencia el CPACA, y no declara la nulidad de este. Además, dispone las medidas necesarias para detener la vulneración al patrimonio público, en el contrato que se califica violatorio de los principios de legalidad y de moralidad administrativa, trayendo a colación el concepto de deshonestidad que se incorpora para el principio de moralidad en el artículo 3 del CPACA.

El juez popular estimó que no se manejaron con honestidad los recursos del municipio de Chinchiná, al comprometer indebidamente vigencias futuras por un término de veinte años. Puso en evidencia el quebrantamiento del principio de legalidad y el desconocimiento del interés general mediante el Acuerdo 027 de 2012; las licitaciones respectivas; los actos precontractuales; la adjudicación y la celebración del contrato 001 de 2013. Esto al comprometer recursos por fuera de la vigencia anual o del respectivo Alcalde. Para el Tribunal fue palmaria “...una violación rampante frente a la forma como se pueden comprometer las vigencias futuras del municipio”.

En este proceso el alcance de las medidas restaurativas y de sostenibilidad presupuestal es bien importante, toda vez que la suspensión de los efectos del contrato, libera los recursos indebidamente comprometidos en las vigencias futuras. Liberar vigencias futuras es una medida hito para salvaguardar los

---

<sup>16</sup> Tribunal Administrativo de Caldas. Sentencia del 27 de febrero de 2020. Radicado No.: 17001333300220150035003

presupuestos de las entidades territoriales y su sostenibilidad fiscal. Los compromisos contractuales ilegales y vulneratorios de la moralidad administrativa se han convertido en una constante de decenas de municipios del país. Esta sentencia es clave para contrarrestar situaciones de grave riesgo fiscal.

Para el interés público, un beneficio adicional de esta medida judicial consiste en asegurar la adecuada prestación del servicio de transporte en las vías nacionales, puesto que evitó que un municipio recibiera, a título de parafiscalidad, los recursos recaudados por multas en una vía nacional; gravamen por demás indebido para el ciudadano por la naturaleza del bien. Adicionalmente, representa una mejora en el servicio, ya que se accede a las pretensiones de los actores populares, que consideraron que el dispositivo de las fottomultas se instaló sin la participación de las entidades competentes. Además, por cuanto las sanciones que se imponían a partir de dicho dispositivo eran violatorias del debido proceso porque no identificaban a la persona que conduce el vehículo<sup>17</sup>.

2.2. El siguiente caso de análisis en los aspectos de esta dimensión tiene origen de nuevo en la Ruta del Sol 2<sup>18</sup>. Se estudia en este acápite la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ahora en lo que tiene que ver con la restitución para los recursos de la Nación de todo lo que se perdió y se perderá a título de daño por ese negocio jurídico fallido al destaparse el escándalo. Paradójicamente, como lo analizó el Tribunal, la explotación de la concesión y los recursos del presupuesto por siete años dejaron cuantiosos beneficios económicos a los corruptos que administraron con negligencia y descuido los recaudos de la concesión, para obtener así los dineros indebidos requeridos para recuperar lo “invertido” en los sobornos.

La economía de la concesión y los malos manejos los analizó la sentencia de nulidad del contrato que profirió el tribunal de arbitramento<sup>19</sup>. Desde el punto de vista fiscal, este era un proyecto con

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-038 del 6 de febrero de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo, en materia de fottomultas.

<sup>18</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera, Subsección A. Sentencia del 6 de diciembre de 2018. Radicado No.: 25000234100020170008300.

<sup>19</sup> Tribunal Arbitral. Concesionaria del Sol S.A.S. vs Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Laudo del 06 de agosto de 2019.

una ejecución física escasa del 50% –la mitad–, y a esas alturas ya la concesionaria gestionaba una controversia contractual en un tribunal de arbitraje casi por un billón de pesos. Adicionalmente, habían gestionado cuantiosos otrosíes para aumentar de manera sustancial sus recursos. De ahí que la sentencia condena a una indemnización de \$715.000 millones de pesos que tiene destinación específica en el sentido en que se explicó y que le da un destino obligatorio a los depósitos judiciales a favor de la Nación, para restaurar la continuidad del proyecto y para asegurar en consecuencia, la calidad del servicio público en el citado corredor vial.

En ese estado de cosas el juez popular dispuso que los títulos judiciales sean entregados a la Nación-Ministerio de Transporte para que los recursos de dichos haberes se transfieran a la entidad responsable de la continuidad del proyecto Ruta del Sol 2. En la misma orden se da una finalidad única a los recursos: aplicarlos exclusivamente a la continuidad del proyecto. Para que ello sea viable se dispone que sea presentado un informe mensual de ejecución que garantice la continuidad del servicio de transporte público.

El sexto caso de estudio es una acción popular con ocasión de un contrato celebrado por Empresas Públicas de Neiva E.S.P., la cual está sometida al derecho privado<sup>20</sup>. Este proceso se decide por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva, frente a un contrato de servicios profesionales de abogado en representación judicial. El contrato careció de estudios previos, carencia que se justifica por cuanto ya se habían firmado otros contratos con el mismo profesional<sup>21</sup>. Se pagaría una prima de éxito, equivalente al 3%, de las pretensiones sobre las pretensiones actualizadas de la demanda, se ganara o se perdiera el proceso. Es decir, ontológicamente no

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 19 de mayo de 2020. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 08001-23-33-000-2018-00561-01(AP). Esta sentencia se decidió sobre la controversia entre la sociedad Innova Creative Law S.A.S. y Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. Allí el despacho advirtió que: “no se cumplieron los supuestos de la regla especial de jurisdicción consagrada en el numeral 3 del CPACA, “de ahí que a esta jurisdicción no le corresponda el conocimiento del presente asunto y así se declarará de oficio. Como consecuencia de lo expuesto, es claro que este asunto le compete a la jurisdicción ordinaria. (...)”.

<sup>21</sup> Juzgado Tercero Administrativo de Neiva. Sentencia del 24 de septiembre de 2018. Radicado No.: 41001333300320170012300.

era una prima de éxito, era una remuneración fija: la suma de \$491.036.172 por concepto de “prima de éxito”.

El juzgado ordenó terminar el contrato y liquidarlo toda vez que si bien dichos actos o contratos de empresas de servicios públicos oficiales están sometidos al derecho privado, los recursos son públicos y por lo tanto al pactarse una cláusula de éxito “...no solo deben respetarse los principios de la función administrativa y el control fiscal sino también el principio de conmutatividad para asegurar que se pacte con base en consideraciones objetivas y no solo en razonamientos subjetivos y relativos derivados del principio de autonomía de la voluntad”.

El juez de primera instancia indicó que en 2007 se expidió la ley 1150 que estableció en su artículo 13 que aún en el evento de que la entidad estatal contara con un régimen contractual excepcional, debía aplicar en dicha actividad los principios de la función administrativa de la Constitución Política (artículo 209), entre los cuales se encuentra el de la moralidad administrativa. Según este principio, una actuación se considera inmoral cuando no responde al interés de la colectividad ni al desarrollo de los fines estatales e implica la vulneración de otro principio como es el de preservar el patrimonio público, cuya protección pretende que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable. Para el tribunal, si bien el contrato podría sustentarse en el manual de contratación de la entidad, no puede ir en contravía de principios constitucionales de obligatorio acatamiento.

2.3. Respuesta al segundo interrogante. Ante una segunda dimensión existe efectividad en la recuperación de los recursos públicos mediante condenas, a las órdenes restaurativas de bienes o presupuesto se les ha dado alcance suficiente para reparar el daño por erogaciones, recaudos, explotación o beneficios indebidos que se originan en el manejo o disposición de recursos públicos. Se les ha dado alcance a dichas órdenes para garantizar el riesgo de afectación fiscal en la sostenibilidad de la Nación o de una entidad territorial, evitando con todo ello que se mantenga la situación de vulneración.

### 3. CASOS PARA ANALIZAR EL TERCER INTERROGANTE

3.1. El séptimo caso de referencia es del Tribunal Administrativo de Antioquia, que en una sentencia estima que la Ordenanza No. 36 de

2014, en la cual se asignaron 35.000 millones de pesos de regalías para que fueran contratados programas educativos de ciencia, tecnología e innovación, debe cumplirse<sup>22</sup>. Como antecedente entre la Gobernación y la empresa de vivienda “Antioquia y Viva” se celebró el contrato de mandato interadministrativo No. 4600000724 de 2013. La empresa a su vez celebró el contrato de obra pública No. 271 de 2014 con la sociedad Construcción, Urbanismo, Vías y Arquitectura –Curva–, cuyo objeto era la construcción de parques educativos en un plazo de ejecución de ocho meses. Sin embargo, el departamento de Antioquia eliminó en su totalidad el presupuesto de Parques Educativos y dejó esta política pública desfinanciada. Ello sumió en incertidumbre al municipio de Argelia, que era uno de los beneficiados con los proyectos educativos, denominado “Dejando huella”.

El Tribunal confirmó el fallo recurrido que ordenó culminar las actuaciones en el improrrogable término de treinta días, e igualmente ordenó evitar el incumplimiento del contratista. El juez popular consideró que si bien es cierto que para la protección de los derechos colectivos, no puede decretarse la nulidad de un acto administrativo o la de un contrato estatal, sí puede adoptar las demás medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o violación de los derechos colectivos, *“...incluyendo las órdenes de cumplimiento de contratos estatales o disponer la interpretación condicionada de normas”*<sup>23</sup>.

Se expuso un argumento muy razonable para los departamentos que tienen obligaciones financieras respecto de los establecimientos educativos de los municipios no certificados, en los términos de la ley 115 de 1994 y la ley 715 de 2001. Por lo tanto, si un departamento genera en un municipio una expectativa que lleva a que este último actúe con un grado de confianza, sinceridad y honestidad que no se hubiese suscitado sin la actuación de la entidad departamental se produce *“...una protección legal y constitucional a la buena fe con que actuó el segundo, e impide al primero alterar de manera súbita las conductas inicialmente establecidas sin que se otorgue un período de transición para que los municipios ajusten su comportamiento a la nueva situación jurídica”*<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Tribunal Administrativo de Antioquia. Sentencia de 13 marzo de 2019. Radicado No.: 05001333303620180016401.

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> Tribunal Administrativo de Antioquia. Sentencia de 13 marzo de 2019. Radicado No.: 05001333303620180016401.

3.2. El octavo caso tiene origen en la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado, es del año 2020 y su fuente es el incumplimiento del contrato de obra pública 074 de 2005, por la falta de terminación, deterioro y abandono de la obra civil de la biblioteca pública del municipio de Paz de Ariporo. El actor popular que fue la Defensoría del Pueblo estimó esa situación vulneró los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público, de la comunidad del Departamento de Casanare. Esta obra se contrató en virtud de un convenio interadministrativo entre el Ministerio de Cultura, el Departamento de Casanare y el Municipio. El Tribunal Administrativo de Casanare, en sentencia proferida el 30 de agosto de 2018, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El Consejo de Estado modifica la sentencia de primera instancia para declarar la violación del derecho colectivo a la moralidad pública por parte de las entidades demandadas. Toda vez que una obra inconclusa, por más de trece años no prestó durante ese tiempo ningún servicio a la comunidad. Esta providencia desarrolla un exhaustivo análisis de las obligaciones de cada una de las partes que concurren al convenio interadministrativo y allí detalla el alcance de los incumplimientos en que cada una de estas incurrió. En ese contexto modifica las ordenes que el Tribunal impartió para la protección de los derechos colectivos vulnerados, con el objeto de que las mismas no se traduzcan en una intromisión en las facultades y competencias de las entidades responsables de la vulneración. Recordó que esta Corporación en el 2006 ha considerado que:

“Mal puede el juez popular pretender resolver, a través de las órdenes que está jurídicamente habilitado para impartir en sus pronunciamientos, todas las incontables deficiencias en la actividad de la administración que, a no dudarlo, muchas veces se traducen en vulneración o amenaza para derechos colectivos. Una descontrolada proliferación de sentencias judiciales que impongan obligaciones de hacer a las entidades públicas, en períodos de tiempo extremadamente cortos y con cargo a sus correspondientes presupuestos, en medio de la inocultable situación de escasez de recursos propia de una economía subdesarrollada como la colombiana, podría conducir a una disfuncionalidad de tal

magnitud, que acabaría incluso por producir el efecto perverso de convertir a las acciones constitucionales en improvisados y antitécnicos mecanismos de planificación económica, urbanística, ambiental, etcétera” (destacado fuera de texto).

Al margen de muchos aspectos que podrían analizarse en cada proceso, para los propósitos de esta investigación antes el caso analizado cabe indicar que la línea jurisprudencial predominante en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en el Consejo de Estado, es que la acción popular sea un medio que con medidas preventivas, suspensivas y restitutivas, corrija la ejecución de un negocio jurídico, lo cual en forma consecencial conlleve a que las partes que hagan parte del mismo, deban restablecer su cumplimiento y su debida ejecución.

3.3. El noveno caso proviene del departamento de Nariño y su Tribunal Administrativo que en sentencia del 6 de octubre de 2017 se pronunció sobre un convenio interadministrativo para la construcción de viviendas de interés social, suscrito entre la Corporación Vivienda Digna y el municipio de Sandoná, en sitio rural, para cien familias damnificadas de la ola invernal<sup>25</sup>. Esta es una acción que se origina en la Defensoría del Pueblo, que al igual que la Procuraduría son nuevos protagonistas que sin esperar incentivos económicos han convertido las acciones populares en actuaciones de su actividad misional, para el 2020 son 40 acciones populares por la Procuraduría. Según el Tribunal, se produjo una notoria vulneración de los derechos colectivos invocados sobre el patrimonio público, la vivienda digna, la seguridad pública y especialmente, la moralidad administrativa, por parte del municipio de Sandoná, entidad que tenía a su cargo la ejecución del referido proyecto y que abandonó.

Adicionalmente, para garantizar la pertinencia del proyecto, las entidades a las que se endilga responsabilidad deben actualizar el censo de las personas que estuvieron interesadas por haber sido perjudicadas por la ola invernal. De ahí la necesidad de fijar un término prudencial para actualizar el censo de damnificados y examinar si aún todas las personas siguen en dicha situación de calamidad. Para alcanzar ese objetivo de efectividad, el fallo

---

<sup>25</sup> Tribunal Administrativo de Nariño. Sentencia del 6 de octubre de 2017. Radicado No.: 52001233300020140043000.

consideró corresponsables de la violación al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y al Departamento Nacional de Planeación. Así mismo, ordenó al municipio de Sandoná continuar el proceso administrativo o judicial tendiente a lograr el cumplimiento de las pólizas del convenio incumplido. Un aspecto que como se viene analizando en estos escenarios, es recurrente. El juez popular no se queda en medidas de prevención sino que busca que se adopten correctivos y que no se genere impunidad cuando los contratistas del Estado incumplen<sup>26</sup>.

3.4. La sentencia sobre la Ruta del Sol 2 es un evento en el cual por la importancia que los proyectos de concesión vial terrestre revisten, para el interés general, y en especial, para la conexión vial del país y su desarrollo económico y social, se ordenó algo adicional para mejoras estructurales en la garantía de no repetición. Le impone a la ANI que en el futuro evite conductas indebidas en la estructuración de sus contratos y en cuanto a la responsabilidad societaria propenda por la transparencia. Ordenó entonces seguir los lineamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la gestión contractual impartidos en el concepto del 10 de agosto de 2015<sup>27</sup>. Finalmente, en esta

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de mayo de 2020. C.P. María Adriana Marín. Radicado No.: 25000-23-15-000-2006-00190-0. En esta sentencia se decidió sobre la controversia que surgió entre un grupo de ciudadanos vs Davivienda S.A. y el Fondo Nacional de Ahorro. Los demandantes establecieron que: “En su criterio, las entidades demandadas promocionaron y otorgaron financiamiento en un proyecto de construcción de vivienda, y con ello generaron confianza en el público para solicitar créditos hipotecarios con el fin de adquirir los inmuebles. Sin embargo, la urbanización no acató la normativa ambiental por lo que se presentaron inundaciones, filtraciones, grietas, olores malsanos y propagación de insectos y roedores, lo cual hace inhabitables esas unidades de vivienda”. El tribunal estableció es indispensable impartir las órdenes de protección conducentes y pertinentes para evitar la concreción del riesgo, pues estas están encaminadas a garantizar la seguridad, la vida, la salud y la integridad física de los habitantes, y a mejorar las condiciones medioambientales de la zona. No obstante, también enfatizó en que estas medidas deben garantizar derechos colectivos y no individuales, lo anterior pues, órdenes de extinción o suspensión de créditos hipotecarios, lejos de erradicar o mermar la amenaza por el mal estado de los inmuebles y del ecosistema, persiguen la protección de intereses individuales, subjetivos y con contenido económico, aspectos todos estos ajenos a las finalidades de la acción popular. Por esta razón, el Consejo de Estado Unifica jurisprudencia y establece la improcedencia de órdenes que busquen satisfacer intereses individuales.

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sala de consulta y Servicio Civil. Concepto 10 de agosto de 2015. C.P. Álvaro Namén Vargas. Expediente: 2015-0018.

acción popular también surgen medidas sancionatorias como la inhabilidad de diez años para proponer y celebrar contratos con el Estado, para la concesionaria, las sociedades que la integran y los particulares corruptos, en virtud del artículo 60 de la ley 80 de 1993, de llegar a ser declarados civilmente responsables. Así mismo se dio la orden a la Superintendencia de Industria y Comercio de adelantar investigaciones por violación de prácticas restrictivas de la competencia, para celebrar el contrato de concesión y sus otrosíes 3 y 6. Esa medida por violación al derecho a la competencia ya culminó en la Superintendencia, con cuantiosas sanciones.

3.5. Respuesta al tercer interrogante. *En la dimensión preventiva de las órdenes del juez popular ciertamente ha resultado muy eficaz para salvaguardar la continuidad de proyectos que son estratégicos. Se puede apreciar cómo se imparten medidas que se esfuerzan en el salvamento e incluso que superan emergencias, e igualmente rescatan iniciativas relevantes para el interés general. Como se evidencia, tales órdenes pueden ser de apoyo a la estructuración del proyecto, de innovación en su viabilidad y de mejora para que el mismo y otros de naturaleza similar sean corregidos o debidamente controlados. Toda ello garantías de no repetición en la vulneración y de mejora en la protección de los derechos colectivos a futuro.*

#### 4. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS AL MEDIO AMBIENTE Y LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En las diversas acciones populares que en asuntos ambientales conocen la Sección Primera del Consejo de Estado, los tribunales y los juzgados administrativos, múltiples órdenes de protección que se emiten en esa materia, están vinculadas a contratos que deben celebrar las entidades nacionales o territoriales. Los ejemplos son variados, y en los casos que conoció la Procuraduría en los años 2017 a 2019 se impulsó ese tipo de órdenes con criterio de proporcionalidad como lo prescribe el primer hito del Consejo de Estado en la materia que se analiza<sup>28</sup>. Ponderar que los principios de planeación y de selección objetiva se observen con plazos que sean cumplibles.

<sup>28</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 17 de junio de 2021. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríques. Radicado Ap-166.

En ocasiones, por solicitudes que realizó el autor de este texto como procurador delegado se corrigieron órdenes de la primera instancia que pretendían que los procesos contractuales se estructuraran en tres meses, lo cual es desproporcionado e induce a la improvisación; y peor aún, promueve contrataciones directas de urgencia manifiesta con los riesgos de clientelización que vulneran todos los avances logrados con la ley 1150 de 2007 y su Decreto reglamentario 1082 de 2015 en materia de transparencia. Los conceptos que se emitieron desde el Ministerio Público tuvieron acogida en ese sentido en la Sección Primera, incluso para una situación algo generalizada puede ameritarse una sentencia de unificación hacia juzgados y tribunales, que les ilustre los principios y reglas contractuales que se deben observar y racionalizar en los casos de urgencia manifiesta y otras causales de contratación directa.

El décimo y último caso en la materia es la acción popular sobre el río Bogotá, un referente importante en cuanto a planeación y gestión de recursos, a tal grado que en este primer semestre de 2021 deberá emitirse la licencia ambiental por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, ANLA, para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales de Bogotá y la Sabana, en el predio Canoas del municipio de Soacha.<sup>29</sup> En cumplimiento de las órdenes del juez popular, ya se construyó la planta de El Salitre y está en ejecución la estación elevadora que nivela el agua del río para el proceso de descontaminación.<sup>30</sup> Igualmente, en cumplimiento de esas órdenes, en el año 2018, con la intervención de la delegatura para la conciliación administrativa en la Procuraduría, la Magistrada Nelly Yolanda Villamizar, el Distrito Especial de Bogotá y la CAR hicieron el cierre financiero que aseguró la sostenibilidad fiscal del proyecto y la financiación de los contratos de estructuración y obra pública.

Esa línea de promoción de contrataciones en asuntos ambientales ha sido consistente, y ahí el material del Consejo

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del veintiocho (28) de marzo de 2014. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Radicado 25000-23-27-000-2001-90479-01.

<sup>30</sup> GÓMEZ LEE, Martha Isabel y GARCIA PACHON, María del Pilar. *Tratado de Derecho de aguas. Derecho de aguas colombiano para el siglo XXI: Construcción de la PTAR Canoas. La lucha contra la contaminación del Río Bogotá. Aspectos jurídicos y políticos*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

de Estado en ampliación del CPACA es importante. Analizar este nuevo activo jurisprudencial es un reto loable en una nueva investigación, similar a la que se presenta hoy aquí, que sea desarrollada en un futuro próximo para auscultar aun más lo ecológico y lo contractual<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> A continuación, se presentan tres sentencias del año 2020 en donde el Consejo de Estado se ha pronunciado respecto a la mitigación de riesgos ambientales y ecológicos en el marco de las acciones populares. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 19 de junio de 2020. C.P. Hernando Sánchez Sánchez. Radicado No.: 50001-23-33-000-2012-00167-0. En esta sentencia llama la atención las ordenes que fueron impartidas por el Consejo de Estado: “ORDENÓ al Municipio de Villavicencio que, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias: i) brinde apoyo a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio E.S.P. en las acciones que debe adelantar para adecuar el sistema de alcantarillado en el Barrio La Rosita; y ii) ejerza las funciones de vigilancia y control de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio E.S.P., respecto a la prestación del servicio de alcantarillado en el Barrio La Rosita, a fin de garantizar que su prestación sea eficiente y oportuna”. Así mismo, ordenó a el “Municipio de Villavicencio realizar un control especial de las decisiones y de las acciones que adopte y lleve a cabo la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio E.S.P. para prestar el servicio público de alcantarillado en el Barrio La Rosita, de forma permanente, adecuada y eficiente”.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 12 de marzo de 2020. C.P. Roberto Augusto Serrato. En la controversia que surgió entre una ciudadana y la ANI, el Consejo de Estado establece que: De conformidad con el material probatorio relacionado en precedencia, para la Sala es dable concluir que “i) existe un riesgo de desastre generado por el debilitamiento de la pendiente del talud ubicado en el barrio Mirador de San Juan, sobre el cual se sitúan las viviendas amenazadas, y ii) el hecho generador del riesgo de desastre, fueron las obras de infraestructura del proyecto vial “Zona Metropolitana de Bucaramanga –ZMB–”, y la construcción del puente peatonal en frente del talud afectado. (...) Por lo anterior, esta Sala de Decisión concuerda con el a quo en que en el presente asunto se vulneraron de los derechos colectivos, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; a la seguridad y salubridad públicas; y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias”.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 14 de septiembre de 2020. C.P. Nubia Margoth Peña. Radicado No.: 73001-23-31-000-2011-00787-0. En esta controversia que involucra a el INVIAS, el Consejo de Estado establece que: “la Sala concluye que en materia de gestión del riesgo a quien le corresponde implementar, ejecutar, desarrollar, las políticas, actividades y gestiones tendientes a dicho fin es, principalmente, al Municipio en cabeza de su Alcalde. No obstante, ello no indica que se deba dejar de lado que la misma ley 1523, estableció un trabajo coordinado y armónico con las demás entidades, dentro de las que se encuentra CORTOLIMA (...)”.

## 5. CONCLUSIONES Y SÍNTESIS ANTE LA HIPÓTESIS

Cuarto y último punto, conclusiones finales y síntesis ante la hipótesis. Bajo la concepción anterior al CPACA, con muchos altibajos, la institución que protagonizaba la acción popular en vigencia del CCA era la declaratoria de nulidad del contrato o de sus actos preparatorios. Ello confundía la esencia protectora de los derechos colectivos que han sido predefinidos en la Constitución Política de 1991 y en la ley 472 de 1998, desnaturalizando así la acción popular.

Se demostró que con el CPACA la jurisdicción de lo contencioso administrativo corrigió ese enfoque de examinar la validez del negocio jurídico, y en el régimen legal de ese nuevo rumbo se pudieron constatar tipos de órdenes del juez popular en dimensiones que reafirman los postulados constitucionales e incluso los referentes del Código Civil que viene desde el milenario derecho romano y que tiene la concepción primigenia: la acción popular es un medio preventivo, restaurativo y correctivo, efectivo. El reto actual, como se analizó, es que sea más eficiente en el factor tiempo para dictar la sentencia en forma oportuna.

En el estado de cosas se refuerzan las bases que en el derecho civil tienen las acciones populares desde 1887 y no en las leyes que en materia de lo contencioso administrativa se expiden desde 1941. Ese enfoque de recuperación o restitución de bienes, recursos y derechos para que cese una vulneración es el genuino de este medio de protección hoy en día de rango constitucional. La acción popular fue regulada en el artículo 144 del CPACA con un criterio orgánico de la jurisdicción que conoce esas acciones, más que por un criterio funcional de similitud con el medio de control de controversias contractuales.

Las sentencias analizadas propenden a la recuperación del bien público y el servicio que le es inherente, así mismo, reafirman el sentido primigenio, original y genuino de la acción popular que en armonía con el Código Civil, que antecede las reformas de las últimas décadas, es un marco normativo que asegura una debida reparación del daño por parte de las personas que actúan con dolo o culpa mediante la condena al pago de perjuicios, tal y como se expuso al comienzo de esta ponencia. Profundizar

en las dimensiones del derecho civil, los alcances, efectos y caracterización de las acciones populares, es una contribución a la seguridad jurídica, principio que acompaña la actividad académica de su autor, que lo estima indispensable para la efectividad y el garantismo en el Estado social de derecho<sup>32</sup>.

Al comienzo de este trabajo se esbozaron teóricamente los tipos de órdenes que proceden por parte del juez popular: preventivas, suspensivas y restaurativas, se analizaron procesos judiciales que las han materializado en acciones populares de todos los niveles territoriales. De los casos analizados se destacan medidas restaurativas del patrimonio público, para la devolución material de bienes públicos y de los recursos recaudados o recibidos contractualmente, como por ejemplo: dejar sin efectos vigencias futuras ilegales en un municipio, ante actos violatorios de la moralidad administrativa. Otro referente es el de una entidad del orden departamental que desfinancia de manera arbitraria un contrato, se le ordena restaurarlo en su ejecución. En otro caso lamentable y emblemático, ante actos de corrupción donde el privado soborna a los funcionarios nacionales, por el juez popular se restauran los recursos a la nación, que financiarán un proyecto vial estratégico para el futuro del país. Ciertamente ante actos dolosos, porque las libertades y los derechos no pueden limitarse en forma desmedida, la buena fe debe presumirse y la proporcionalidad es la frontera a la discrecionalidad. Este es un resumen de la respuesta que aquí se dio a la pregunta del título del artículo.

En síntesis, se confirmó la hipótesis: con las sentencias analizadas en la última década la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al nivel de sus jueces y tribunales, está desarrollando la profundidad constitucional que el CPACA y la Corte Constitucional, le dieron a la protección de derechos colectivos en la contratación pública; y se viene alcanzando la autonomía esperada de la acción popular ante otros medios

---

<sup>32</sup> Congreso Bienal de Seguridad Jurídica y Democrática en Iberoamérica. (27 de abril de 2020) [http://congresoseseguridadjuridica.com/?page\\_id=14](http://congresoseseguridadjuridica.com/?page_id=14). CRUZ MORATONES, Carles; FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y BELTRÁN FERRER, Jordi. "Seguridad jurídica y democracia. Una perspectiva teórico-política", Cátedra de Cultura Jurídica, Madrid, 2015. GÓMEZ LEE, Iván Darío. "La seguridad Jurídica. Una teoría multidisciplinaria aplicada a las instituciones". Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2016. (este trabajo que obtuvo la calificación *summa cum laude*).

de control, para que aquella sea más eficaz según su esencia y naturaleza. Así las cosas, en el umbral de la aplicación del CPACA se reafirman las bases constitucionales de las acciones populares en asuntos precontractuales y contractuales en la contratación con recursos públicos. El dialogo con la jurisprudencia que se ha promovido con esta ponencia desde la Academia Colombiana de Jurisprudencia, fija sus nuevas líneas, al igual que trasmite futuros desafíos en la función unificadora que tiene el Consejo de Estado mediante sentencias.

## 6. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

### DOCTRINA

CRUZ MORATONES, Carles; FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y BELTRÁN FERRER, Jordi. *Seguridad jurídica y democracia. Una perspectiva teórico-política*. Madrid: Cátedra de Cultura Jurídica, 2015.

GIANNINI, Leandro J. "La representatividad adecuada en los procesos colectivos". OTEIZA, Eduardo (coord.). *Procesos colectivos*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. "Acciones populares en Contratación Pública y Seguridad Jurídica contra la Corrupción" *Contratación Segura. Estudios y compilaciones en contratación estatal, seguridad jurídica en las acciones populares*. Editores: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá 2020.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. *El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios a la ley 1882 de 2018 y al Decreto 1082 de 2015 actualizado por el Decreto 342 de 2019*. 3ª edición, Legis Editores S.A., 2019.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. *La seguridad Jurídica. Una teoría multidisciplinaria aplicada a las instituciones*. Universidad Externado de Colombia. *Contratación Segura. Estudios y compilaciones en contratación estatal, seguridad jurídica en las acciones populares*. Colección de Tesis Doctorales Bogotá, 2016.

GÓMEZ LEE, Martha Isabel y GARCIA PACHÓN, María del Pilar. *Tratado de Derecho de aguas. Derecho de aguas colombiano para el siglo XXI: Construcción de la PTAR Canoas. La lucha contra la contaminación del Río Bogotá. Aspectos jurídicos y políticos*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018

GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos. "Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano". Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università "Tor Vergata" –CNR Roma– Italia y Universidad Externado de Colombia. Editorial: Universidad Externado de Colombia, 2013.

LANDONI SOSA, Ángel, y PEREIRA CAMPOS, Santiago. *Tutela de los intereses colectivos y difusos en Uruguay*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, número 1, 2002.

OVALLE FAVELA, José. "Las acciones colectivas en el derecho mexicano", *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, núm. 2, diciembre de 2006.

PABÓN TORRADO, Isaid. "La acción popular en el contrato estatal "una divergencia en el Consejo de Estado", Universidad Libre de Cúcuta, 2021.

PÉREZ PORTILLO, Soraya; OTERO, Iván y GONZÁLEZ, Sergio. (editores). *Análisis evolutivo de algunas temáticas en los 20 años de vigencia de la ley 472 de 1998*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

## JURISPRUDENCIA

### *Consejo de Estado*

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 28 de marzo de 2014. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Radicado No.: 25000-23-27-000-2001-90479-01.

Consejo de Estado. Sala de consulta y Servicio Civil. Concepto 10 de agosto de 2015. C.P. Álvaro Namén Vargas. Expediente: 2015-0018

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 05 de julio de 2018. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicado No.: 20001-23-31-000-2010-00478-01.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. sentencia del catorce (14) de agosto de 2018. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicado N°.: 05001-33-31-003-2009-00157-01.

Consejo de Estado. Auto del 14 de septiembre de 2019. C.P. Martin Bermúdez. Radicado No.: 25000-23-41-000-2017-00083-02.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 12 de marzo de 2020. C.P. Roberto Augusto Serrato.

Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección C. Sentencia 27 de abril 2020. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Radicado No.: 81001-23-39-000-2015-00023-0

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de mayo de 2020. C.P. María Adriana Marín. Radicado No.: 25000-23-15-000-2006-00190-0

Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 19 de mayo de 2020. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 08001-23-33-000-2018-00561-01(AP).

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 19 de junio de 2020. C.P. Hernando Sánchez Sánchez. Radicado No.: 50001-23-33-000-2012-00167-0.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2020. C.P. Martín Bermúdez Muñoz. Radicado No.: 25000-23-24-000-2011-00088-01

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto interlocutorio del 5 de octubre de 2020. C.P. Nubia Margoth Peña. Radicado No.: 25000-23-41-000-2017-00885.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 14 de septiembre de 2020. C.P. Nubia Margoth Peña. Radicado No.: 73001-23-31-000-2011-00787-0.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 20 de noviembre de 2020. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Radicado No.: 25000-23-24-000-2011-00251-01

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 17 de junio de 2021. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríques. Radicado Ap- 166

## CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-644 del 31 de agosto de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sala Plena. sentencia C-038 del 6 de febrero de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

## TRIBUNALES Y JUZGADOS ADMINISTRATIVOS

Tribunal Administrativo de Nariño. Sentencia del 6 de octubre de 2017. Radicado No.: 52001233300020140043000.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera, Subsección A. sentencia del 6 de diciembre de 2018. Radicado No.: 25000234100020170008300.

Tribunal Administrativo de Antioquia. Sentencia de 13 marzo de 2019. Radicado No.: 05001333303620180016401.

Tribunal Arbitral. Concesionaria del Sol S.A.S. vs Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Laudo del 06 de agosto de 2019.

Tribunal Administrativo de Caldas. Sentencia del 27 de febrero de 2020. Radicado No.: 17001333300220150035003

Juzgado Tercero Administrativo de Neiva. Sentencia del 24 de septiembre de 2018. Radicado No.: 41001333300320170012300.

## WEBGRAFÍA

Congreso Bienal de Seguridad Jurídica y Democrática en Iberoamérica. (2020). Disponible en: [http://congresoseguridadjuridica.com/?page\\_id=14](http://congresoseguridadjuridica.com/?page_id=14)

GÓMEZ LEE, Iván Darío. (2017-2021). *Blog Académico de Ivan Darío Gomez Lee*. Disponible en: <https://www.ivandariogomezlee.com>

JANET COOPER, Alexander. (S.F) An Introduction to Class Action Procedure in the United States (Class Action Lawsuits). Disponible en: <http://www.sarrafgentile.com/wp-content/uploads/pdf/An-Introduction-to-Class-Actions.pdf>

VILLAMIL RINCÓN, E. (2017). “Debido proceso colectivo. La representatividad adecuada en las acciones colectivas norteamericanas (Class Action Lawsuits)”. *Revista de Derecho Privado*, (n. 57). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.09>

## CAPÍTULO XII

# RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ\*

**Sumario:** 1. CONSIDERACIONES DE ORDEN GENERAL.

2. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN Y EL CPACA (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO) (LEY 1437 DE 2011). 2.1. PROCEDENCIA. 2.2. COMPETENCIA. 2.3. ELIMINACIÓN DE CAUCIÓN. 2.4. LAS CAUSALES QUE FUNDAMENTAN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN. 2.5. TÉRMINO PARA INTERPONER EL RECURSO. 2.6. FORMULACIÓN Y TRÁMITE DEL RECURSO. 2.7. DIFERENCIAS ENTRE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN DEL CPACA Y EL ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. 2.8. MODIFICACIONES AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN: LEY 2080 DE 2021, ARTÍCULO 68, 69 Y 70; ADICIONA UN INCISO FINAL AL ARTÍCULO 249; MODIFICA EL ARTÍCULO 253 Y 250 DEL CPACA. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION CONTRA LAUDOS ARBITRALES. 1. EL LAUDO ARBITRAL Y LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS. 2. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN - LEY 1563 DE 12 DE JULIO DE 2012 (ESTATUTO DE ARBITRAJENACIONALE INTERNACIONAL). 2.1. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN EN MATERIA DE LAUDOS ARBITRALES. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA

---

\* Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Abogado egresado de la Universidad Libre de Colombia; con experiencia tanto en la Rama Ejecutiva del Poder Público, así como en la Rama Judicial, donde se desempeña como Magistrado de carrera desde el año 1995, en la actualidad, como Magistrado de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desde el año 2000. La anterior experiencia laboral la ha venido complementando con el ejercicio de la Cátedra Universitaria, igualmente como Facilitador de la “Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y conferencista de entidades públicas y privadas. Ha contribuido al debate académico participando con diferentes escritos, la más reciente “El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. Sistema Escrito –Sistema Oral. Debates procesales (ley 1437 de Enero de 2011) (2019)– Segunda Edición” y el libro titulado “Contratación pública. Control de legalidad del acto administrativo de adjudicación. Tutela resarcitoria-tutela restitutoria. Una reforma necesaria”.

## 1. CONSIDERACIONES DE ORDEN GENERAL

Este recurso extraordinario, procede contra *sentencias ejecutoriadas*, que han hecho tránsito a cosa juzgada; su finalidad en estricto sentido, es dar prelación a la justicia material, aun por encima de la seguridad jurídica. En otros términos, la preservación de la intangibilidad de las decisiones judiciales, como consecuencia de la cosa juzgada, cede frente a la garantía del derecho fundamental del debido proceso, como principio rector de orden constitucional<sup>1</sup>.

Frente a su naturaleza jurídica, coexisten: (i) tesis que le otorgan la naturaleza de "*verdadera demanda*" (bajo el argumento que al atacar sentencias ejecutoriadas, presupone una relación procesal cerrada y conlleva una verdadera acción, cuya pretensión está constituida por la impugnación de hechos distintos a los que motivaron la sentencia, con la finalidad de destruir la presunción de veracidad de verdad legal que la ampara.); (ii) tesis que lo consideran, como un verdadero "*recurso extraordinario*" (es un medio de impugnación, que tienen las partes contra una providencia judicial, y la circunstancia que proceda contra sentencias ejecutoriadas, no es razón suficiente para desconocer su naturaleza de recurso)<sup>2</sup>.

La cosa juzgada, como está decantado en la doctrina y la jurisprudencia, es uno de los principios esenciales, no solo del proceso, sino de todo el ordenamiento jurídico; por cuanto en virtud de ella, se impide que un debate judicial pueda ser prolongado, de tal modo que por su indeterminación llegue hasta negar el papel que el Derecho está llamado a cumplir, como fuente de estabilización de las expectativas del ciudadano, frente a los demás y al Estado mismo.

---

<sup>1</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de julio de 2005, C.P. María Noemí Hernández Pinzón, Expediente REV-00143 (2031722): "*la naturaleza del recurso extraordinario de revisión pretende conciliar nociones esenciales del ordenamiento legal, como lo son la seguridad jurídica que representa el principio de inmutabilidad de las sentencias ejecutoriadas, o la cosa juzgada material y el principio de restablecimiento de la justicia material que persigue asegurar la vigencia de un orden justo, propuesto por el Preámbulo de la Constitución Política*".

<sup>2</sup> Ver un importante artículo publicado por el Instituto de Derecho Procesal, en el congreso XXII, agosto 2001, autores: Daniel Suárez Hernández, y Ruth Stella Correa Palacio.

La señalada importancia de la cosa juzgada, que por ser la fuente de la seguridad jurídica, permite la realización material de todo el ordenamiento jurídico, no puede ser erosionado de cualquier modo; sino acudiendo a las herramientas específicamente instituidas por el legislador y desarrolladas por la jurisprudencia, para tal cometido. Precisamente el legislador inspirado en la importancia del recurso de revisión, ha disciplinado minuciosamente las competencias, las causales, los plazos y las modalidades, a cuyo amparo puede desaparecer excepcionalmente la fuerza de la cosa juzgada que blinda las sentencias judiciales.

El recurso de revisión no puede ser usado como intento de revivir el debate probatorio, ni para volver sobre aspectos de pura interpretación legal. El recurso extraordinario no autoriza *“un análisis panorámico del debate procesal, sino de establecer, por las precisas y taxativas causales que el legislador señaló... si el fallo, desde esa perspectiva, arremete contra las garantías procesales que dichas causales protegen. De allí, entonces, que “los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el juez al proferirlo, son aspectos ajenos al recurso de revisión” pues este “no constituye una tercera instancia en la que pueda replantearse el litigio”, ni es medio conducente para reparar cualquier irregularidad de la sentencia, o su indebida fundamentación”. En retrospectiva, puede verse cómo se había trazado la tendencia según la cual “el recurso extraordinario de revisión no autoriza al recurrente para asumir en su formulación una conducta amplia, porque dicho motivo de impugnación no es el campo propicio para replantear nuevamente el litigio decidido, ni menos para subsanar omisiones, ni le ofrece la oportunidad para mejorar las pruebas, proponer medios exceptivos preteridos o no alegados en el debate original”<sup>3</sup>.*

Este recurso extraordinario contra sentencias, no estaba consagrado en las primeras regulaciones del proceso contencioso administrativo (ley 130 de 1913–ley 167 de 1941); solamente se le consagra ante la jurisdicción contencioso administrativa, con la entrada en vigencia del Decreto–ley 01 de 1984.

La revisión extraordinaria, se consagró inicialmente de manera amplia y sin distinguir contra qué clase de sentencias procedía,

<sup>3</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de enero de 2004, exp. No. 0211-01.

en el artículo 185 del citado Decreto-ley; con posterioridad mediante el Decreto ley 2304 de 1989, se establecieron algunas modificaciones, en especial en materia de las causales; de igual manera, volvió a regularse con la expedición de la ley 144 de 1994, al establecer su procedencia en contra de sentencias que declaran la pérdida de investidura de congresista, por último mediante la expedición de la ley 446 de 1998, se consagró que este recurso también procedía contra las sentencias que definen los recursos extraordinarios de anulación y para consagrar que frente a las sentencias de los Tribunales contenciosos administrativos, solamente procedía contra las sentencias proferidas en única o segunda instancia.

Con la expedición de la citada ley 446 de 1998 (artículo 57), que modifica el inicial artículo 185 del anterior Código Contencioso Administrativo, el recurso extraordinario de revisión, estaba regulado de la siguiente manera:

*“El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos, en única o segunda instancia”<sup>4</sup>.*

Con la declaratoria de inconstitucionalidad del aparte resaltado, el recurso de revisión, procede de manera general, contra las sentencias ejecutoriadas.

Así mismo procederá el recurso de queja cuando se niegue el recurso extraordinario de revisión.

## 2. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN Y EL CPACA (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO) (LEY 1437 DE 2011)

A continuación se presentan las modificaciones que con la expedición del CPACA, se generan en relación con este recurso extraordinario.

---

<sup>4</sup> La parte en cursiva fue declarada inconstitucional mediante sentencia C-520 de agosto 4 de 2009.

## 2.1. PROCEDENCIA

DECRETO LEY 01 DE 1984	CPACA (LEY 1437 DE 2011)
<i>Recurso extraordinario de revisión artículo 185. Procedencia. El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos, en única o segunda instancia. (El texto en cursiva fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-520 de 2009)</i>	<i>Recurso extraordinario de revisión artículo 248. Procedencia. El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos, y por los jueces administrativos.</i>

Debe anotarse que el recurso extraordinario de revisión sigue procediendo *contra las sentencias ejecutoriadas*, con la adición que corresponde a las dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos<sup>5</sup>.

Se hace necesario, analizar los efectos de la actual regulación respecto a la sentencia de inconstitucionalidad sobre la procedencia del recurso extraordinario de revisión (C-520 de 2009).

La *ratio decidendi* del fallo de inconstitucionalidad indicado se puede reseñar de la siguiente manera:

a. La disposición cuestionada niega la posibilidad a quien se ha visto perjudicado con una sentencia fundada en pruebas o hechos fraudulentos o erróneos, de obtener la tutela judicial efectiva. Las causales que dan lugar al recurso extraordinario de revisión en lo contencioso administrativo, pueden configurarse en cualquier clase de proceso cuya naturaleza permita su ocurrencia. No obstante, la norma cuestionada excluye del recurso de revisión ciertas sentencias, sin que tal exclusión tenga justificación constitucional;

<sup>5</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia febrero 14 de 2019; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente 11001-03-15-000-2018-03701-01; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 14 de 2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, expediente 11001-03-15-000-2018-03216-01.

desconociendo los derechos de igualdad, debido proceso y acceso a la justicia.

b. Igualmente, tampoco resulta compatible con el derecho a la igualdad y al acceso a la justicia, que se exija la interposición de un recurso de apelación como condición procesal para acceder al recurso extraordinario de revisión. Dada la naturaleza de las causales del recurso extraordinario, la mayoría referidas a hechos no conocidos al momento en que se dicta la sentencia, no resulta jurídicamente viable sujetar el ejercicio de recursos extraordinarios al uso de los de naturaleza ordinaria. Una exigencia de este tipo forzaría a que siempre fuera necesario apelar la sentencia, con el fin de dejar abierta la puerta para la eventual ocurrencia de alguna de las causales que da lugar al recurso extraordinario de revisión. Tal exigencia procesal, crea un requisito no establecido en el ordenamiento, que no solo aumenta la carga de trabajo de la jurisdicción contenciosa, encarece de manera innecesaria el acceso a la justicia, sino que desconoce la finalidad por la cual fueron establecidos los recursos extraordinarios, que no es otra que la búsqueda de la verdad material.

c. Por tanto, no encuentra la Corte que exista un principio de razón suficiente, que justifique que una norma como la acusada, excluya a determinadas sentencias de ser revisadas mediante este recurso extraordinario, a pesar de haberse configurado una de las causales analizadas y en esa medida resulta contraria al acceso a la justicia, igualdad y debido proceso.

d. Se declara la inexecutable de la expresión *“dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos, en única o segunda instancia”*, contenida en el artículo 57 de la ley 446 de 1998, con el fin de que bajo la expresión *“sentencias ejecutoriadas”* empleada en el artículo cuestionado, queden cobijadas todas las hipótesis de sentencias que admitirían el recurso extraordinario de revisión: (i) las dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; (ii) las dictadas en única, primera o segunda instancia por los Tribunales Administrativos y (iii) las dictadas en primera o segunda instancia por los Jueces Administrativos, cuya naturaleza permita la interposición de tal recurso.

Obsérvese que de la forma como había quedado la anterior norma, a causa de la declaratoria de inconstitucionalidad (contra sentencias ejecutoriadas), el recurso de revisión procedía igualmente contra las sentencias de la sala plena del Consejo de Estado; sin embargo, la nueva regulación volvió a consagrar que procede contra las sentencias proferidas por las “subsecciones” y “secciones”, excluyendo a las sentencias de Sala Plena.

Esta controversia sigue presente, habida cuenta que con la sentencia de inexecutable se eliminó la expresión “*dictadas por las subsecciones y secciones de la sala contenciosa administrativa del Consejo de Estado*”, pero con la nueva regulación se volvió a incluir; lo que puede permitir sostener, en una interpretación literal del vigente artículo, que el recurso extraordinario de revisión no proceda contra las sentencias de sala plena proferidas por el H. Consejo de Estado.

Aplicando las mismas razones jurídicas que tuvo la Corte Constitucional, para declarar la inconstitucionalidad del aparte de esa norma, debe analizarse si por su “*naturaleza*” esas sentencias de la sala plena son susceptibles del mencionado recurso; de igual manera “*si existe alguna justificación constitucional que permita su exclusión*”.

Dentro de las sentencias que compete proferir a la Sala Plena del Consejo de Estado, se encuentran:

- Los asuntos que le remitan las secciones por su importancia jurídica o trascendencia económica o social (111 -3). Se considera que son procesos que por regla general le corresponde a las subsecciones y secciones; pero que por vía excepcional puede asumir competencia la sala plena. Lo que significa que por su naturaleza son susceptibles del recurso extraordinario de revisión. En ese orden de ideas no es de recibo argumentar que si las profiere la sección o subsección (procede recurso extraordinario de revisión), pero si asume competencia la sala plena, se torna improcedente el recurso indicado.

- Proferir las sentencias en los procesos de pérdida de investidura de los congresistas (111-6)<sup>6</sup>; se resalta que para esta

---

<sup>6</sup> Para la interpretación de este numeral debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 1881 de enero 15 de 2018 “*por la cual se establece el procedimiento*

clase de sentencias está igualmente establecido de manera especial mediante la ley 144 de 1994, el recurso extraordinario de revisión; aspecto que recoge expresamente el actual código (111 -7).

- Ahora bien, en los procesos de nulidad por inconstitucionalidad, que no correspondan a la Corte Constitucional (111-5) y respecto a las sentencias en el ejercicio del control inmediato de legalidad de los actos de carácter general, dictados por autoridades nacionales con fundamento y durante los estados de excepción (111-8); no es clara esa naturaleza, para que proceda el recurso extraordinario de revisión. No se trata en estricto sentido de una controversia entre partes; por regla general no existe un debate probatorio (se trata de un análisis de respeto del ordenamiento jurídico); la cosa juzgada presenta particularidades, habida cuenta que en unos casos (nulidad por inconstitucionalidad) sus efectos son hacia futuro; en el otro caso (legalidad inmediata de actos administrativos), sus efectos son relativos, en cuanto solo comprende las normas objeto de examen.

Por lo anterior, el verdadero debate procesal, se centra en procesos que por regla general, le corresponde a las subsecciones y secciones, pero que por una competencia especial, los asume la sala plena y profiere la respectiva sentencia. Se considera que en estos casos procede el recurso extraordinario de revisión, de conformidad con lo señalado y además por cuanto no se exige la existencia de un superior funcional<sup>7</sup>; se quiere significar, que el recurso será de competencia de la propia sala plena, tal y como se acepta, al consagrarlo para la pérdida de investidura.

---

*de pérdida de investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones”, que textualmente señala: “ARTÍCULO 2. Las Salas Especiales de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado conocerán en primera instancia de la pérdida de investidura de los congresistas a solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano y por las causas establecidas en la Constitución. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo será competente para decidir el recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, sin la participación de los magistrados que decidieron el fallo recurrido. PARÁGRAFO. El Consejo de Estado conformará Salas Especiales de Decisión de Pérdida de Investidura, las cuales estarán conformadas por 5 Magistrados, uno por cada sección”.*

<sup>7</sup> La competencia para conocer de “recursos extraordinarios” no se fundamenta en la existencia de un superior jerárquico o funcional; sencillamente es una adscripción de ley.

## 2.2. COMPETENCIA

DECRETO LEY 01 DE 1984	CPACA–LEY 1437 DE 2011
<p><i>Recurso extraordinario de revisión artículo 186. Competencia.</i> De los recursos contra las sentencias dictadas por las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo <i>con exclusión</i> de los Consejeros de la Sección que profirió la decisión, sin perjuicio de que estos puedan ser llamados a explicarlas.</p>	<p><i>Recurso extraordinario de revisión artículo 249. Competencia.</i> De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado conocerá la <i>Sala Plena</i> de lo Contencioso Administrativo <i>sin exclusión</i><sup>8</sup> de la sección que profirió la decisión.</p> <p>De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia.</p> <p>De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces administrativos conocerán los Tribunales Administrativos.</p>

Respecto a la competencia, se presentan las siguientes modificaciones importantes:

a. En relación con las sentencias proferidas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, a diferencia de la anterior regulación, se permite que el recurso extraordinario de revisión, sea decidido en sala plena, con la participación de los magistrados de la respectiva sección, que profirió la sentencia objeto de impugnación.

b. De igual manera, es importante precisar que la competencia para resolver el recurso de revisión, contra sentencias de los tribunales, no radica en la sala plena del Consejo de Estado, sino en las secciones o subsecciones especializadas según la materia. Esa asignación de competencia en revisión, permite celeridad en la decisión del recurso de revisión; de igual manera, es coherente con la finalidad y razón de ser de este recurso

<sup>8</sup> Aparte subrayado, declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante sentencia C-450 de julio 16 de 2015.

extraordinario, en el sentido que precisamente el funcionario judicial especializado; puede definir el alcance de la verdadera justicia material, el quebrantamiento de la cosa juzgada, en materias de su conocimiento.

c). Al permitirse este recurso extraordinario contra las sentencias proferidas por los juzgados administrativos, es lógica la consecuencia de otorgar competencia a los correspondientes tribunales contencioso administrativos para definirlo.

Un punto que puede generar alguna controversia, es el relacionado con la competencia para resolver el recurso de revisión, en los eventos donde existen juzgados y tribunales administrativos, especializados; es decir, ¿Con la misma estructura para el desempeño de la función judicial que el Consejo de Estado?

Una respuesta netamente literal (lectura de la norma) implica sostener que se asignó la competencia a los tribunales (Sala Plena) y no a las secciones especializadas; sin embargo, teniendo en cuenta que el recurso de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, con la finalidad de obtener una justicia material, a pesar de la cosa juzgada; en una recta interpretación de la norma, nada impide que en esos casos, la competencia la asuman igualmente las secciones especializadas de los tribunales. No se trata de crear una competencia diferente a la consagrada por el legislador, sencillamente de interpretar esa asignación de competencia, cuando se trata de juzgados y tribunales divididos por especialidades.

### 2.3. ELIMINACIÓN DE CAUCIÓN

El anterior código (190), exigía la constitución de una caución, que tenía la finalidad de garantizar los perjuicios, a quienes fueron parte en el proceso, para los casos de no prosperidad del recurso; era de competencia del magistrado sustanciador fijarla; estaba igualmente consagrada como un requisito previo a la admisión del recurso; so pena que se declarara desierto.

El CPACA, no consagra la prestación de caución alguna como requisito para la admisión del recurso.

## 2.4. LAS CAUSALES QUE FUNDAMENTAN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Estas causales consagradas en el CPACA (250), en esencia son las mismas que se establecían en el anterior Código Contencioso Administrativo. No se presenta modificación esencial alguna, salvo que la primera causal, procede cuando se han “*encontrado*” y “*recobrado*”, documentos decisivos, después de dictada la sentencia<sup>9</sup>.

Como se ha establecido, las causales consagradas en los numerales 1, 2 (parcial), 3, y 4<sup>10</sup>, del vigente artículo 250, se fundan

<sup>9</sup> Recientemente, el H. Consejo de Estado, precisó cuáles son los requisitos concurrentes, que se deben evidenciar para que proceda esta especial causal de revisión. Al respecto véase Colombia, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2021, C.P. Rocío Araújo Oñate, Expediente. 2021-00012: “*El numeral 1º del artículo 250 de la ley 1437 de 2011 consagra como causal de revisión “Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.”. De la redacción de la norma es posible dilucidar los ingredientes normativos y las exigencias que deben concurrir para encontrar acreditada la causal objeto de análisis, la cual, por un lado, hace relación únicamente a la prueba documental preexistente a la sentencia objeto de revisión, por lo que, por regla general, no se ha admitido la configuración de dicha causal cuando se trata de otro tipo de pruebas (como testimonios, experticias, informes técnicos o exámenes médicos especializados), tampoco cuando ésta es producida u obtenida de manera posterior a la sentencia que se revisa. La causal requiere la comprobación de los siguientes requisitos: i) La prueba debe ser documental, lo cual se deduce del aparte del precepto que textualmente establece “documentos decisivos”. ii) La prueba documental se debe haber recobrado con posterioridad a la sentencia objeto de revisión, lo cual se ha interpretado por esta Corporación señalando que, al emplear la norma el verbo ‘recobrar’ quiere decir que el medio de convicción existía pero que no fue posible aportarlo oportunamente al proceso. Por ello, son inadmisibles en este recurso extraordinario documentos creados con posterioridad al fallo, como tampoco es válido edificar la causal con aquellos que, aun siendo anteriores pudieron haber sido aportados o solicitados en las oportunidades procesales correspondientes, toda vez que este medio de impugnación no puede aprovecharse para subsanar errores o actitudes negligentes de las partes respecto a la carga probatoria. iii) Las razones para no aportar la prueba documental durante el proceso son expresamente consagradas por el precepto, esto es, fuerza mayor, caso fortuito u obra de la parte contraria y deben acreditarse en el recurso. iv) La prueba documental debe ser de tal entidad que pueda sustentar una decisión distinta a la impugnada, esto debe incidir directamente en el sentido de la decisión. Los requisitos referidos deben ser concurrentes, de tal manera que la ausencia de uno de ellos conlleva a que deba declararse infundada la causal primera de revisión”.*

<sup>10</sup> Sobre estas causales de revisión se ha indicado lo siguiente. Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de febrero de 2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 1623–2016: “*se encuentra el recurso extraordinario de revisión previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso*

en la necesidad de obtener una sentencia conforme a derecho frente a la ocurrencia de hechos delictivos o fraudulentos: el descubrimiento de documentos falsos o adulterados<sup>11</sup> o de peritajes fraudulentos, que fueron decisivos en la adopción de la sentencia que se busca dejar sin efectos, la aparición de documentos que no pudieron ser conocidos porque la contraparte los ocultó, o el señalamiento penal de que la sentencia fue producto de cohecho o violencia.

Por su parte, las causales consagradas en los numerales 2 (parcial), 6<sup>12</sup>, y 7<sup>13</sup>, permiten corregir errores por circunstancias

---

*Administrativo—ley 1437 de 2011, el cual fue previsto por el legislador con las siguientes características: i) objeto: sentencias ejecutoriadas sin consideración a la temática o asunto discutido [Artículo 248<sup>17</sup>]; ii) temporalidad: por regla general, dentro del año siguiente a la ejecutoria del fallo controvertido y frente a las causales 3 y 4 del artículo 250 idem, relativas a haberse dictado con base en dictamen de peritos condenados penalmente o proferirse aquella que declare que hubo violencia o cohecho, respectivamente, será el mismo plazo contado a partir de la firmeza de la sentencia penal”*

<sup>11</sup> Frente a la causal segunda de revisión, consistente en haberse dictado sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados, se ha sostenido lo siguiente: Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 28 de febrero de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, Expediente. 2228-13: “Al respecto, esta Sección, en armonía con el criterio general de la corporación, ha considerado que dicha causal solo se configura cuando la calificación de falsedad, o de adulteración, recae sobre el documento o documentos que sirvieron de fundamento principal para la decisión recurrida. Por ello, no puede tratarse de cualquier documento; debe ser aquel o aquellos que, por su importancia y trascendencia, tuvieron una incidencia directa en el sentido de la decisión de la sentencia. Además, es preciso señalar que esta condición no admite matices, por lo que si se tachan de falsos otros documentos sin incidencia, se abre la posibilidad de negar la prosperidad de la causal porque, precisamente, existen otros medios diferentes al cuestionado que soportan la determinación adoptada en el fallo a revisar. De igual manera, se requiere, en principio, que la prueba de la falsedad o adulteración sea documental, lo que excluye la irregularidad en los demás medios probatorios autorizados por el ordenamiento jurídico”.

<sup>12</sup> Para que proceda esta Causal, el Consejo de Estado ha precisado que se deben cumplir los siguientes requisitos: Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 20 de mayo de 2021, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Expediente. 2021-01231: “Los requisitos para que opere la causal invocada son: i) la providencia objeto del recurso extraordinario de revisión debe reconocer un derecho subjetivo a una persona determinada; ii) debe aparecer otra persona ajena al proceso, con posterioridad a la expedición de la sentencia; iii) esta nueva persona debe acreditar que tiene un mejor derecho para reclamar lo reconocido en la sentencia judicial recurrida; iv) el objeto litigioso debe ser el mismo, pero en favor de otra persona; y v) la persona que dice tener un mejor derecho debe acreditar que no tuvo la oportunidad de alegar su derecho en el curso del proceso judicial”.

<sup>13</sup> Frente a esta causal de revisión, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente: Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2020, C.P. William Hernández

no conocidas al momento de proferir la sentencia cuestionada, que de haber sido conocidas, hubieran dado lugar a una sentencia distinta: la aparición de documentos esenciales que no pudieron ser conocidos por fuerza mayor o caso fortuito, la existencia de un tercero con mejor derecho que el beneficiado con la sentencia cuestionada, o la desaparición, al momento del reconocimiento, de las circunstancias que justificaban que se hubiera decretado una prestación periódica.

La causal del numeral 5<sup>14</sup>, busca restablecer el debido proceso, al permitir corregir una nulidad originada en la sentencia que

---

Gómez, Expediente 1595-14: *“Esta corporación, al estudiar la causal 4 del artículo 188 del CCA, norma que, si bien no es la que rige el presente caso, el análisis efectuado con respecto a ella es aplicable al numeral 7, artículo 250 del CPACA, en cuanto ambas disposiciones guardan identidad en su contenido, consideró que para que aquella se estructure se requiere: 1) Que el objeto del recurso extraordinario de revisión sea una sentencia mediante la cual se reconozca en favor de una persona una pensión periódica, tales como, la de jubilación, vejez, invalidez, sustitución, y la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Sobre este punto, se aclaró que no serán susceptibles de esta causal las sentencias que niegan dicha clase de prestaciones periódicas, como tampoco las que resuelvan sobre aspectos posteriores a su reconocimiento, tal es el caso de la reliquidación por inclusión de factores o en general, por la discusión del monto en sí. 2) Que el punto de discusión en dicha sentencia haya sido la aptitud legal para acceder al derecho de gozar de la prestación periódica, entendiendo aquella como la situación jurídica necesaria para adquirir el estatus de pensionado. En otras palabras, la norma no se refiere a las condiciones físicas, fisiológicas o mentales del pensionado, sino de una idoneidad de naturaleza legal, la cual proviene del ordenamiento jurídico y no del ámbito funcional de la palabra aptitud. Así las cosas, la aptitud legal de que trata la referida norma, debe entenderse como el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa pertinente, que dan lugar al nacimiento de un derecho económico”.*

<sup>14</sup> Frente a este causal, el Consejo de Estado ha señalado: Colombia, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2021, C.P. Rocío Araújo Oñate, Expediente 2021-00012: *“La causal en estudio ha sido objeto de diversos pronunciamientos que buscan circunscribir su alcance, para evitar que ella se emplee con la única finalidad de que el juez de la revisión se convierta en uno de instancia. Por ello, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha delimitado las circunstancias que pueden configurar la causal de revisión en estudio, para lo cual analizó cada uno de los supuestos consagrados en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil -hoy 133 del Código General del Proceso-, y precisó aquellas no consagradas en esta normatividad que igualmente permiten interponer el medio de impugnación. En efecto, sobre la nulidad originada en la sentencia como causal de revisión, esta corporación, en sentencia del 5 de abril de 2016, explicó que, igualmente, se ha aceptado que pueden existir otros motivos no contemplados en los códigos procesales como causales de nulidad, pero que surgen de la vulneración directa del artículo 29 Constitucional, evento en el cual corresponderá al juez determinar si el hecho que se dice contrario a este derecho, puede configurar la causal de revisión en comento, circunstancia que se deriva de la exigencia de actuar como juez de constitucionalidad y de convencionalidad en garantía de los derechos fundamentales de quienes intervienen en un proceso judicial.(...)”*

puso fin al proceso que no era susceptible del recurso de apelación. Finalmente, la causal del numeral 8, protege tanto el debido proceso como la intangibilidad de la cosa juzgada, desconocida con la sentencia que es objeto de revisión.

En todos los anteriores eventos, como lo sostuvo la Corte Constitucional en vigencia de la anterior regulación, se garantiza al perjudicado con una sentencia que desconoce la justicia material, la posibilidad de acceder a la justicia y obtener la protección de sus derechos.

## 2.5. TÉRMINO PARA INTERPONER EL RECURSO

DECRETO LEY 01 DE 1984	CPACA-LEY 1437 DE 2011
<p><i>Recurso extraordinario de revisión</i>  <i>Artículo 187. Término para interposición del recurso.</i> El recurso deberá interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia.</p>	<p><i>Recurso extraordinario de revisión</i>  <i>Artículo 251. Término para interponer el recurso.</i> El recurso podrá interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia.</p> <p>En los casos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo precedente, deberá interponerse el recurso dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia penal que así lo declare.</p> <p>En el caso del numeral 7, el recurso deberá presentarse dentro del año siguiente a la ocurrencia de los motivos que dan lugar al recurso.</p> <p>En los casos previstos en el artículo 20 de la ley 797 de 2003, el recurso deberá presentarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial, o en los casos de que ella no se requiera, dentro del mismo término contado a partir del perfeccionamiento del acuerdo transaccional o conciliatorio.</p>

En cuanto al término para interponer el recurso, el código pasa del término general de caducidad de dos (2) años, al general de un (1) año contado a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

Por otro lado, precisa que en los casos contemplados en las causales 3 (haberse dictado sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición) y 4 (haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia), deberá interponerse el recurso dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia penal que así lo declare.

En el caso de la causal 7 (no tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida), el recurso deberá presentarse dentro del año siguiente a la ocurrencia de los motivos que dan lugar al mismo.

Otro punto, de relevancia es lo referente al artículo 20 de la ley 797 de 2003, *por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales* en el que se establece *“revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública”*<sup>15</sup>.

La mencionada ley consagra, que la revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de

---

<sup>15</sup> Ley 797 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”. ARTÍCULO 20. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública.

Las providencias judiciales que en cualquier tiempo hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República, o del Procurador General de la Nación.

La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial.

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse en cualquier tiempo por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

- a. Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso y,
- b. Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.

revisión por el respectivo código y podrá solicitarse en cualquier tiempo, por las causales consagradas para este en el mismo código; sin embargo, obsérvese que el actual código aduce un término de cinco (5) años, lo que conlleva a una derogatoria de lo consagrado en la ley, estableciendo un término prudencial para que proceda esa facultad de revisión.

## 2.6. FORMULACIÓN Y TRÁMITE DEL RECURSO

En esta materia se observa una modificación frente al anterior Código Contencioso Administrativo, en cuanto en su artículo 189, en relación a los requisitos del recurso, consagraba expresamente que el mismo “*debe interponerse mediante demanda*”, por lo cual debía reunir los requisitos consagrados para la misma; por el contrario el CPACA (252), elimina cualquier referencia de asimilar el recurso a una demanda, y se limita a consagrar unos requisitos para el escrito, que contiene el recurso extraordinario de revisión.

Los requisitos son los siguientes: Designación de las partes y sus representantes –nombre y domicilio del recurrente– los hechos y omisiones que le sirven de fundamento –indicación precisa y razonada de la causal invocada– solicitud de pruebas–anexar el poder para su interposición y las pruebas documentales que tenga en su poder.

En cuanto al trámite, admitido el recurso, procede su notificación personal a la contraparte y al Ministerio Público, por un término de diez (10) días, para que procedan a contestarlo y solicitar pruebas.

## 2.7. DIFERENCIAS ENTRE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN DEL CPACA Y EL ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

A continuación se indicarán algunas consideraciones respecto de la regulación de este recurso extraordinario en la jurisdicción ordinaria-civil, con la única finalidad de identificar sus diferencias.

a. El Código General del Proceso (354 a 360), se inclina por otorgar la naturaleza de *verdadera demanda*, al indicado recurso; sin

desconocer que en su artículo 354, habla del “*recurso extraordinario de revisión*”; consagra igualmente que se interpondrá mediante demanda; en su trámite establece que se examinará si la “*demanda*” reúne o no los requisitos de ley; se admitirá la “*demanda*”, se rechazará la “*demanda*”; en ningún caso procederá la “*reforma de la demanda*”; la “*contestación de la demanda*”, debe reunir los requisitos de cualquier contestación de la misma; permite la acumulación de las demandas de revisión; a título de medidas cautelares, procede la inscripción de la demanda.

El CPACA (248 a 255) lo regula como un *recurso*, si bien de naturaleza extraordinaria; la interposición se realiza mediante escrito, sin otorgarle al mismo la naturaleza de demanda, lo admite como recurso y corre del mismo traslado, sin otorgarle la calidad de trámite de demanda.

Es importante esa distinción, a efecto de la procedencia del principio de integración normativa en esta materia; por ejemplo, respecto de la medida cautelar de “*inscripción de la demanda*”, consagrada en el Código General del Proceso, no parece de recibo en el contencioso administrativo.

b. En el Código General del Proceso, se consagran algunas causales diferentes y no reguladas en el CPACA, tales como: (i) haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas; (ii) haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente; (iii) estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.

c. El término para interponer el recurso extraordinario de revisión, es diferente en ambas jurisdicciones; en la contencioso administrativa la regla general es de un (1) año, mientras que en la ordinaria-civil, es de dos (2) años.

No resulta coherente que frente al mismo tipo de causal, en un medio de impugnación que tiene la misma finalidad en ambas jurisdicciones, se establezcan diferentes términos para su interposición;

todo sin desconocer la libertad de configuración normativa que ostenta el legislador, la cual vale recordar, no es absoluta.

d. Si bien en ambos estatutos procesales, el término empieza a contarse a partir de la *“ejecutoria de la sentencia”*, a diferencia del CPACA, en el Código General del Proceso, se regula que en los eventos en que el proceso penal no hubiere terminado, se suspenderá la sentencia de revisión hasta cuando se produzca la ejecutoria del fallo penal y se presente la copia respectiva; esta suspensión no podrá exceder de dos (2) años.

e. Consideramos que igualmente operaba el principio de integración normativa, en relación con las facultades a efecto de dictar la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de la causal que haya prosperado; lo anterior habida cuenta que en las normas del CPACA, no se regula esa situación, contemplada de manera expresa en el artículo 359 del Código General del Proceso.

## 2.8. MODIFICACIONES AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN: LEY 2080 DE 2021, ARTÍCULO 68, 69 Y 70; ADICIONA UN INCISO FINAL AL ARTÍCULO 249; MODIFICA EL ARTÍCULO 253 Y 250 DEL CPACA

1. El artículo 68 adiciona un inciso al artículo 249 del CAPCA, el sentido de la adición se relaciona con establecer que las reglas de competencia para conocer del recurso de revisión, también se aplica respecto de la revisión de las decisiones judiciales proferidas por esta jurisdicción, reguladas en el artículo 20 de la ley 797 de 2003<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales...”20. Las providencias judiciales que hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación.

La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial.

2. El artículo 69 modifica el artículo 253 del CPACA (sobre el trámite del recurso extraordinario de revisión):

a. Se consagran causales de inadmisión o de rechazo. La inadmisión por no reunir los requisitos formales del artículo 252 del CPACA, otorgando un plazo de 5 días para subsanar.

b. Por su parte se rechaza el recurso en los siguientes supuestos: (i) no se presente en el término legal; (ii) quien lo formula no tiene legitimación; (iii) no se subsane en término las falencias advertidas en la subsanación.

c. Admitido el recurso se consagra que procede su notificación a la otra parte y al Ministerio Público para que lo conteste dentro de los diez (10) días siguientes y pidan pruebas; se consagra de manera expresa que *no se podrán proponer excepciones previas y no se admite la reforma.*

d. En ningún caso suspende el cumplimiento de la sentencia.

3. A diferencia del CPACA (art. 70 que modifica el 255 del CPACA) relacionado con la sentencia, se consagra: (i) las facultades o competencia, para proferir sentencia de acuerdo con las causales que se encuentren demostradas; (ii) invalidar la sentencia y tomar todas las decisiones correspondientes, es decir, proferir otra sentencia cuando se trate de alguna de las causales de los numerales 1 a 4<sup>17</sup> y

---

La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y  
b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables...".

<sup>17</sup> "ARTÍCULO 250. CAUSALES DE REVISIÓN. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la ley 797 de 2003, son causales de revisión:

1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.

3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.

4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia...".

6 a 8<sup>18</sup> del artículo 250, o la del literal b) del artículo 20 de la ley 797 de 2003<sup>19</sup>; (iii) Si la causal probada es del numeral 5<sup>20</sup> de la art 250, o la del literal a)<sup>21</sup> del artículo 20 de la ley 797 de 2003, declarará la nulidad de la sentencia o de la actuación afectada con la causal que dio lugar a la revisión, y devolver el proceso a la autoridad judicial de origen para que rehaga lo actuado o dicte sentencia de nuevo, según corresponda.

4. Si se declara infundado el recurso, se condenará en costas y perjuicios al recurrente.

## RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONTRA LAUDOS ARBITRALES

### 1. EL LAUDO ARBITRAL Y LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS

a. Contra los laudos arbitrales, proceden dos clases de recursos extraordinarios: (i) el recurso de anulación; (ii) el recurso de revisión.

Estos recursos estaban regulados mediante el Decreto ley 2279 de 1989 (modificado por la ley 446 de 1998), norma que implementaban los *“sistemas de solución de conflictos entre particulares”*; sin embargo, se aplicaba igualmente a la jurisdicción

<sup>18</sup> “ARTÍCULO 250. CAUSALES DE REVISIÓN. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la ley 797 de 2003, son causales de revisión:...

6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.

7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.

8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada...”.

<sup>19</sup> “...b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables...”.

<sup>20</sup> “...5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación...”.

<sup>21</sup> “...a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y...”.

contenciosa administrativa, por remisión expresa del artículo 72 de la ley 80 de 1993, sobre contratación estatal.

b. Las anteriores normas, regulaban el denominado “*proceso arbitral*”, que se origina con fundamento en el compromiso o la cláusula compromisoria y surtido el correspondiente trámite procesal, se define mediante el denominado laudo arbitral.

c. Respecto al *recurso extraordinario de revisión contra laudos arbitrales, a título de antecedente legislativo*, se encontraba regulado en el artículo 41 del Decreto ley 2279 de 1989, de la siguiente manera: (i) procede contra el propio *laudo arbitral* y la sentencia que resuelva el recurso extraordinario de anulación; (ii) se aplicaban las mismas normas, tanto para su trámite y causales, contenidas en el recurso extraordinario de revisión general, consagradas en el estatuto procesal civil.

d. Las anteriores normas fueron expresamente derogadas por la nueva ley de arbitramento, que a continuación se entra a analizar.

## 2. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN - LEY 1563 DE 12 DE JULIO DE 2012 (ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL)

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a diferencia de otros<sup>22</sup>, se ha previsto un “*mecanismo de control*”, ante el juez natural y estatal de la controversia, respecto a los laudos arbitrales.

De igual manera, ha sido tradición legislativa, aceptar ese control pero de naturaleza formal y no sustancial; bajo el argumento que como son los particulares los que administran justicia, no se puede analizar y menos reformar, modificar, o revocar la decisión contenida en el laudo; política legislativa, que cobra mayor fuerza con las nuevas normas sobre arbitramento, al consagrarse en el artículo 42, lo siguiente: “*la autoridad judicial competente en la anulación, no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará*

---

<sup>22</sup> En otros sistemas, no se consagran esos mecanismos de control, bajo el criterio que es la voluntad de las personas apartarse, declinar, derogar, o suspender la jurisdicción estatal o natural del conflicto; por consiguiente, es improcedente cualquier posterior control ante la decisión contenida en el laudo arbitral.

*o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo*<sup>23</sup>.

Sin desconocer lo anterior, cobra importancia abrir el debate frente al laudo arbitral donde es parte una entidad pública; en cuanto: (i) el laudo siempre debe ser en derecho; (ii) siempre será institucional (las partes no pueden acordar sus reglas de procedimiento); (iii) la controversia estatal es de naturaleza pública; (iv) los principios que rigen a la administración pública, en ejercicio de sus funciones administrativas, no desaparecen por el hecho que la juzgue un particular; (v) la calidad de tribunal supremo del Consejo de Estado, al igual que sus propias sentencias y en especial las de unificación, no pueden ser desconocidas, en las controversias contractuales donde es parte la administración; (vi) estas y otras razones, implican no un control meramente formal y sustancial del laudo arbitral en materia pública.

Puede ser coherente que si los particulares para defender sus derechos, renuncian al juez natural, no exista control, o si se permite, el mismo sea formal y no sustancial; pero esa coherencia no se presenta en asuntos de naturaleza pública.

## 2.1. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN EN MATERIA DE LAUDOS ARBITRALES

Se trata de un recurso especial en materia de laudos arbitrales; este recurso procede como se dejó indicado, contra el propio laudo arbitral, como contra la sentencia que resuelva el recurso extraordinario de anulación.

De conformidad con el artículo 45 de la *ley 1563 de 12 de julio de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional)*, este recurso extraordinario, se regula bajo las mismas normas, consagradas para el recurso extraordinario de revisión para sentencias de que trata el estatuto procesal civil. En este punto es necesario resaltar, que a pesar de la exegesis de la anterior norma, una interpretación sistemática conlleva a sostener, que las normas aplicables a los laudos arbitrales en sede de la jurisdicción contenciosa

---

<sup>23</sup> Sencillamente se alude al recurso extraordinario de anulación, habida cuenta que contra esa decisión judicial procede igualmente el recurso extraordinario de revisión.

administrativa, son las consagradas en el denominado CPACA y no las del código general del proceso.

### 3. CONCLUSIONES

1. Se viene consagrando una tendencia legislativa, de regular de manera especial el recurso extraordinario de revisión ante la jurisdicción contenciosa administrativa, tomando partido por la tesis de otorgarle la naturaleza jurídica de “recurso extraordinario” y no de “demanda”.

2. Al coexistir unos marcos jurídicos diferentes respecto a la “revisión de sentencias ejecutoriadas” (jurisdicción ordinaria–jurisdicción contenciosa administrativa) no opera de manera general el principio de integración normativo.

3. Teniendo en cuenta que el recurso extraordinario de revisión, procede no solamente contra los laudos arbitrales, sino igualmente con la providencia judicial que resuelve el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral, debe revisarse la política legislativa de permitir solo un control formal y no sustancial, a efecto de una mayor importancia del recurso extraordinario de revisión, frente a este tipo de sentencias extraordinarias de anulación.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 20 de mayo de 2021, Consejero Ponente Luis Alberto Álvarez Parra, Expediente. 2021-01231.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2020, Consejero Ponente William Hernández Gómez, Expediente 1595-14.

Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de julio de 2005, Consejera Ponente María Noemí Hernández Pinzón, Expediente REV-00143 (2031722).

Colombia, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2021, Consejera Ponente Rocío Araújo Oñate, Expediente. 2021-00012.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia febrero 14 de 2019; Consejero Ponente Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente 11001-03-15-000-2018-03701-01.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 28 de febrero de 2020, Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, Expediente. 2228-13.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de enero de 2004, exp. No. 0211-01.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2021, Consejera Ponente, Rocío Araújo Oñate, Expediente 2021-00012.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de febrero de 2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 1623–2016.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 14 de 2019, Consejero Ponente Jaime Enrique Rodríguez Navas, expediente 11001-03-15-000-2018-03216-01.

Colombia. Corte Constitucional sentencia C-450 de julio 16 de 2015.

Instituto de Derecho Procesal, en el congreso XXII, agosto 2001, autores: Daniel Suárez Hernández, y Ruth Stella Correa Palacio.

Ley 1881 de enero 15 de 2018.

Ley 797 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”.

Ley 100 de 1993.

Sentencia C-520 de agosto 4 de 2009.

## CAPÍTULO XIII

# LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

JUAN DAVID DUQUE BOTERO\*

**Sumario:** INTRODUCCIÓN. 1. IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES. 2. MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS. 2.1. PRETENSIONES. 2.2. EXISTENCIA. 2.3. REVISIÓN. 2.4. ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES. 3. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

### INTRODUCCIÓN

Los actos administrativos podemos definirlos como la voluntad de la expresión de la voluntad que administración que crea, modifica o extingue obligaciones. Entonces, debemos decir también que estos actos administrativos se clasifican dependiendo de la etapa en la que se expidan, es decir, en la etapa precontractual, contractual y poscontractual.

Es importante precisar la etapa en la que se encuentra dicho acto, porque puntualizada esta, definiremos la manera mediante la cual debemos realizar su impugnación ya sea en vía administrativa o en vía judicial. Para los actos precontractuales contamos con los recursos ordinarios, estos son, la reposición y la apelación y judicialmente, dependiendo de las pretensiones definimos el medio de control a usar.

Específicamente, en los actos contractuales tenemos un medio de impugnación definido cuando los hechos debatidos son producto de un contrato estatal, este es, las controversias contractuales

---

\* Abogado, Magister en Derecho Administrativo, PHD en Estudios Jurídicos, Profesor de contratación Estatal de la Universidad del Rosario, investigador, Gerente General de Duque Botero Consultores, ex Director General de Colombia Compra Eficiente.

contenidas en el artículo 141 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –ley 1437 de 2011– en él se establece que este medio se interpone cuando se pretende: i) se declare su existencia, ii) su nulidad, iii) se ordene su revisión, iv) se declare su incumplimiento, v) que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, vi) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, vii) que se solicite la liquidación judicial del cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad no lo haya liquidado unilateralmente y finalmente, viii) otras declaraciones y condenas. Por esto, en el presente documento, veremos en primer lugar, la impugnación de los actos contractuales; en segundo lugar, el medio de control de controversias con sus respectivas pretensiones; en tercer lugar, la caducidad de la acción y, por último, terminaremos con unas conclusiones.

## 1. IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES

La etapa precontractual inicia con la fase de planeación, es allí donde la entidad estatal determina la forma mediante la cual se debe satisfacer las necesidades del interés general, además, se definen las reglas que van a regir el proceso de selección desde el punto de vista legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo.

Así mismo, es allí donde se establecen los requisitos mínimos que deben cumplir los oferentes para presentarse al proceso de contratación. Como se mencionó, la actividad administrativa precontractual inicia con la fase de planeación y finaliza con el acto administrativo de adjudicación del proceso dando paso a la etapa contractual la cual inicia con la firma del contrato o la aceptación del mismo.

En ese orden de ideas, durante el desarrollo de los Procesos de Contratación adelantados por las entidades públicas con la finalidad de satisfacer sus necesidades, se expiden dos tipos de actos administrativos, los primeros, son de mero trámite y los segundos, de carácter definitivo. En este punto es importante mencionar, que se debe distinguir a qué tipo de acto administrativo nos encontramos, debido a que conociendo su naturaleza podemos

identificar si son o no susceptibles de recursos ante la sede administrativa o en su defecto de control judicial ante el juez competente, igualmente, es importante diferenciar las etapas para poder identificar el medio de control idóneo para el control judicial, toda vez que si nos encontramos frente a acto administrativo de la etapa precontractual los medio de control idóneos son la nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho, en cambio, si estamos frente a un acto de la etapa contractual el medio de control idóneo es el de las controversias contractuales contenido en el artículo 141 del Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo.

Como consecuencia de esto, surgió la teoría de los actos separables la cual tenía como objetivo principal individualizar actos precontractuales de aquellos actos proferidos en la etapa contractual y post contractual, para efectos de su impugnación, al respecto El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, en la sentencia del 31 de enero de 2019, radicado No. 57741, manifestó:

“observarse el artículo 141 de la ley 1437 de 2011, consagró diversos medios de control según la etapa de la actividad contractual que se pretenda controvertir, para lo cual indicó que las controversias surgidas frente a actos expedidos antes de la celebración del contrato corresponderían a los medios de control de nulidad –artículo 137 de la ley 1437 de 2011– y nulidad y restablecimiento del derecho –artículo 138 de la ley 1437 de 2011– mientras que los conflictos surgidos en las etapas contractual y postcontractual corresponden de manera exclusiva al medio de control de controversias contractuales”.

Con base en lo anterior podemos decir que, los actos administrativos que se expidan con ocasión de un contrato estatal son: i) actos administrativos precontractuales, ii) actos administrativos contractuales y iii) actos administrativos postcontractuales. Ahora, en el medio de control de controversias contractuales únicamente se podrá declarar la nulidad de los actos administrativos contractuales.

## 2. MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS

Con relación a la legitimación en la causa, entendida esta como la capacidad de una persona natural o jurídica para incoar

el medio de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, así como contradecir las pretensiones elevadas, el Consejo de Estado en sentencia bajo radicado No. 38603 del 12 de agosto de 2019 señaló que, en principio, las partes que integran la relación jurídico-contractual, es decir, las partes del contrato son quienes gozan del interés jurídico que es objeto de debate en el proceso. De igual forma, el Alto Tribunal, distinguió las dos clases de legitimación en la causa, así:

“Existen dos clases de legitimación en la causa: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, la cual se adquiere con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado y faculta a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; mientras la segunda se refiere a la participación o vínculo que tienen las personas –siendo o no partes del proceso–, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda”.

Bajo tal precepto, puede suceder que un sujeto procesal goce de legitimación en la causa de hecho fruto de la relación procesal entre el demandante y demandado, pero adolecer de legitimación material al no tener interés en el debate jurídico en sede judicial o los hechos que dieron inicio a este, caso en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar.

De manera que, es la entidad estatal contratante y el contratista, sea este de igual naturaleza, o privado, los primeros llamados a interponer el medio de control de controversias contractuales. En el supuesto que el contratista sea una unión temporal o consorcio, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación bajo radicado No. 19933 zanjó el debate sobre la capacidad de estos para ser parte procesal en su unidad precisando que, si bien no se constituye una persona jurídica distinta a la de sus integrantes, se encuentran facultados a concurrir en los procesos judiciales que se ocasionen del proceso de selección del contratista, celebración del contrato y ejecución de este por medio de su representante legal.

Ello, en virtud que el ordenamiento jurídico no exige que para el ejercicio de las acciones procesales en instancia judicial se

requiera, como requisito absoluto, personalidad jurídica propia. Igualmente, teniendo en cuenta que el artículo 141 de la ley 1437 de 2011 indica que cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá acudir al juez natural en aras que dirima los conflictos presentados, parte que puede ser naturalmente un consorcio o unión natural, al estar habilitados por el artículo 6 de la ley 80 de 1993 para ser parte contractual.

Ahora bien, el artículo 141 de la ley 1437 de 2011 - CPACA autoriza al Ministerio Público o un tercero que pruebe interés directo solicitar la nulidad absoluta del contrato. Al respecto, frente al interés directo, el Consejo de Estado en expediente No. 61276, sentencia del 30 de agosto de 2018, precisó que este se predica de quienes intervinieron el proceso contractual en calidad de proponentes y no resultaron adjudicatarios, siempre y cuando la presentación de la demanda en la que se pretenda la nulidad del contrato sea dentro de los 30 días que se tienen para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que vencido el término ya no contarán con interés directo en términos de efectos de restablecimiento derecho a nivel patrimonial.

De manera que, el legislador calificó el interés del tercero para incoar el medio de control de controversias, en la medida que se debe acreditar interés directo. Motivo por el cual, veedurías ciudadanas no podrá interponer tal acción judicial al no ser estos parte del Ministerio Público o tener efectos jurídicos directos producto de la sentencia del juez administrativo.

Por su parte, la capacidad procesal de las aseguradoras ha sido objeto de pronunciamientos por parte del Alto Tribunal. En expediente No. 33476, del 18 de julio de 2007, el Consejo de Estado fijó su posición frente a la capacidad de la aseguradora de instaurar el medio de control de controversias contractuales, así:

“Es por lo anterior que la Sala, fija su posición, por primera vez, en el sentido de afirmar que la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, solo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda

vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma”.

De manera que, si bien las aseguradoras no son parte del contrato estatal, el artículo 77 de la ley 80 de 1993 determina que los actos administrativos que se generen en virtud de la actividad contractual de la Entidad Estatal, sólo serán controvertidos mediante acción contractual, sin que condicione el sujeto activo de la acción, sin perder de vista el interés directo en el acto administrativo objeto de debate.

Asimismo, la Sala afirmó que no deben coexistir dos acciones diferentes, cada una con un término de caducidad distinto, para cuestionar los mismos actos administrativos expedidos.

A su vez, en reciente sentencia, el Consejo de Estado precisó sobre la existencia del litisconsorcio necesario entre el asegurador y asegurado, el cual no se presenta cuando no se pretende declarar el incumplimiento del asegurado. Por lo cual, la Entidad, en calidad de parte incumplida, puede reclamar la indemnización sin que se requiera la conformación del litisconsorcio necesario con el asegurado, para el pronunciamiento del juez.

## 2.1. PRETENSIONES

En primer lugar, debemos traer a colación el artículo 141 de la ley 1437 de 2011 el cual establece que a través del medio de control de controversias contractuales se podrá solicitar que: i) se declare su existencia, ii) su nulidad, iii) se ordene su revisión, iv) se declare su incumplimiento, v) que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, vi) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, vii) que se solicite la liquidación judicial del cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad no lo haya liquidado unilateralmente y finalmente, viii) otras declaraciones y condenas. A continuación, se explicará el alcance de alguna de estas pretensiones.

## 2.2. EXISTENCIA

El perfeccionamiento de un contrato estatal se refiere al acuerdo de voluntades al que llegan las partes, posteriormente

se eleva por escrito y se firma por los intervinientes. Por su parte, la legalización del contrato, expresa Colombia Compra Eficiente, que es un término que no contempla la ley 80 de 1993 y que en la práctica se utiliza para referirse a todos los requisitos que deben cumplir las partes del contrato antes de iniciar su ejecución<sup>1</sup>.

Con anterioridad a la iniciación del contrato, se debe cumplir con una serie de requisitos, esto es: (i) la aprobación de la garantía por parte de la entidad, (ii) la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, y (iii) la acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral.

Respecto de la solicitud de declaratoria de existencia del contrato estatal como pretensión de las controversias contractuales ha dicho, la Sección Tercera del Consejo de estado, ha manifestado en reiteradas oportunidades que cualquiera de las partes intervinientes de un contrato podrá solicitar que se su existencia o nulidad y que se declaren las condenas o restituciones consecuenciales.

Mediante sentencia del 5 de mayo de 2014, expediente 1998-00181-02, el Consejo de Estado decidió el recurso de apelación interpuesto por Norbey Hernán Cardona Garzón contra el Departamento de Antioquia y otros. Medio de control: controversias contractuales. En el presente caso, el demandante presentó medio de control de controversias contractuales en el cual solicitó al ad quo que declarará, en primer lugar, la existencia de un contrato de suministro de caña de azúcar entre él y el Ingenio Vegachí Ltda., con el fin de obtener el pago de las prestaciones que ejecutó. También, demandó al departamento de Antioquia y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) como administradores de Vegachí. El juez de primera instancia accedió a las pretensiones elevadas por el demandante, razón por la cual el demandado presentó recurso de apelación en contra de la sentencia emanada. Por su parte, el Consejo de Estado, en primera medida aseveró que cualquiera de las partes de un contrato estatal puede solicitar que se declare la existencia del mismo o su nulidad, además de solicitar

---

<sup>1</sup> Colombia, Agencia Nacional de Contratación Pública, ¿Cuáles son los requisitos de perfeccionamiento y de ejecución del contrato estatal?, 2016.

condenas o restituciones mutuas, que se ordene su revisión por parte del juez del contrato, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Adicionalmente, manifestó que siempre que se haga uso de la acción de controversias contractuales es indispensable que previamente exista un contrato, debido a que está prevista para que cualquiera de las partes solicite las declaraciones que requiera respecto de este, entre ellas, la de su existencia. Así, pareciera contradictorio que el medio de control proceda para obtener la declaratoria de existencia, pero solo si previamente hay un contrato. Así mismo dijo que, los contratos sometidos al Estatuto General de la Contratación Pública solo se perfeccionan cuando se elevan por escrito el acuerdo logrado entre las partes, es decir, que son solemnes razón por la cual en principio no sería lógico declarar la existencia de un contrato que conste por previamente por escrito, la declaratoria de existencia se solicita para el caso en que evidentemente se haya celebrado un contrato de cualquier naturaleza con una entidad estatal, con el cumplimiento de los requisitos legales, pero se carece de la prueba documental, un ejemplo sería que el contrato escrito se perdió; o porque una de las partes, niega la existencia de ese vínculo obligacional, por considerar que le faltó algún requisito para su perfeccionamiento.

En ese mismo sentido, a través de la sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente 16.211, también precisó que la solemnidad de los contratos estatales que se exijan para su existencia o validez –cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito– no pueden suplirse por medio de prueba de testigos debido a que la regla general en las relaciones contractuales del estado deben constar por escrito toda vez que, éste constituye requisito *ad substantiam actus* y *ad solemnitatem*, y, por lo tanto, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal.

Siguiendo esta línea, la misma corporación en providencia del 30 de enero de 2013, expediente 200.00239, en virtud de la resolución de un recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, quien solicitaba se le declarará la existencia de la relación contractual con la entidad derivada de la prestación de

su servicios como apoderada del departamento del Casanare. El Tribunal en su fallo estableció que por no haberse cumplido con las solemnidades la ley 80 de 1993 no consideraba pertinente declarar la existencia del contrato estatal. Al respecto el Consejo de Estado manifestó nuevamente que, la regla general de los contratos estatales es que deben constar por escrito de conformidad con el Estatuto General de la Contratación Pública esto con el fin de poder alegar su existencia y perfeccionamiento, para que sean totalmente válidos desde la perspectiva meramente formal, es decir, como *requisito ad substantiam actus* o *ad solemnitatem*, situación que como se manifestó anteriormente, carecería de lógica para solicitarle a juez del contrato a través de la acción de controversias contractuales que declare su existencia que en principio debe constar por escrito. Adicionalmente mencionó que, debe interpretarse los hechos ocurridos, porque en el presente caso el Consejo de Estado negó las pretensiones de la demandante explicando que la declaratoria de existencia del contrato está relacionada estrictamente con contratos que se celebren aquellas entidades que no están sometidas al régimen de la ley 80 de 1993 y cuyos negocios jurídicos se rigen por las normas del derecho privado, pudiendo, entonces, celebrar contratos verbales, es decir, no solemnes, cuya declaración de existencia puede depreciarse a través de la acción contractual<sup>2</sup>.

Reforzando la teoría de la solemnidad de los contratos, también, el Consejo de Estado a través de sentencia del 20 de noviembre de 2020, expediente 2002-0232 Departamento de Antioquía vs INVIAS, reiteró que los contratos celebrados por las entidades deben constar por escrito –como ya lo hemos mencionado en repetidas ocasiones a lo largo de este escrito– salvo precisas excepciones, debido a que la prueba de su existencia, la única, recae en el documento que la ley exige, es decir, que estos contratos exigen una solemnidad constitutiva como lo establecen los artículos 39 y 41 de la ley 80 de 1993. Asimismo, reitera que el perfeccionamiento de estos contratos nace a la vida jurídica cuando las partes logren un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

---

<sup>2</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicado No. 85001-23-31-000-2000-00239-01(21130). 201.3

Como se puede apreciar, el Consejo de estado tiene una línea definida respecto de la pretensión en materia de la declaratoria de existencia de un contrato estatal, pues exige que éste conste por escrito y que las partes suscriban el mismo, empero también pudimos ver que la declaratoria de existencia no se puede predicar de todos los contratos celebrados si no que esta pretensión es válida para aquellos contratos que se encuentran fuera de la órbita de la ley 80 por lo cual es aplicable el régimen privado y pueden verse casos en los cuales se pacten contratos verbales.

### 2.3. REVISIÓN

La revisión del contrato es una figura consignada en el artículo 868 del Código de Comercio, el cual dispone que cuando en la ejecución del contrato sobrevengan circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que alteren o agraven el cumplimiento de la obligación de una de las partes, de tal forma que resulte excesivamente onerosa podrá pedir su revisión.

En ese sentido, en aras de mantener las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras al momento de la presentación de la oferta, la Entidad puede incorporar en sus contratos cláusulas de reajuste, actualización o revisión de precios. Sin embargo, señala el Consejo de Estado, en expediente No. 16371 que aun cuando se haya pactado fórmula de reajuste de precios puede que sea insuficiente, caso en el cual la parte afectada puede solicitar al juez del contrato la revisión del contrato, a saber:

“No obstante, puede suceder que no se haya pactado una fórmula de reajuste de precios, o bien que la incluida en el contrato resulte insuficiente para absorber las variaciones que se hayan presentado en algunos de los elementos componentes de los precios unitarios, de tal manera que al aplicarla realmente no se produzca la actualización de los mismos. En tales condiciones, la parte afectada tendrá derecho a pedir la revisión del contrato, es decir, que se analicen los términos en que aparecen pactadas las prestaciones a cargo de los contratantes y más específicamente, la composición de los precios unitarios que se hubieren acordado, para determinar en esta forma si efectivamente obedecen a la realidad de las variaciones que se hubieren podido presentar en los mismos entre la fecha de presentación de la oferta o de celebración

del contrato y la fecha de ejecución y pago de las prestaciones o si, en efecto, la fórmula de reajuste acordada, si fuere el caso, resultó insuficiente, para obtener por este medio el reajuste de los precios y en consecuencia, el restablecimiento de la ecuación contractual inicialmente pactada”.

Por lo cual, a la luz de lo desarrollado por la jurisprudencia, la pretensión de revisión del contrato se predica para contratos de tracto sucesivo que se pacte, principalmente, el valor y la forma de pago mediante el sistemas de precios unitarios, en el cual las partes definen la estimación inicial de la obra, pero el valor real es el que corresponde a la multiplicación de las cantidades de obra ejecutadas efectivamente por el precio de cada unidad de obra.

Así que, el juez contencioso administrativo mediante la mencionada pretensión puede que verificar el contenido del contrato en los términos pactados y dilucidar si las cláusulas están conformes a los principios de contratación estatal o si es menester restablecer el equilibrio económico del contrato ante la configuración de la teoría de la imprevisión.

#### 2.4. ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES

Bajo esta premisa se pueden cobijar pretensiones como: i) declaratoria de incumplimiento, ii) declaratoria de nulidad de los actos administrativos e iii) indemnización de perjuicios, entre otras.

En materia de incumplimiento del contratista, es oportuno traer a colación el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, en virtud del cual las entidades cuyo régimen de contratación es el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública tienen la facultad de imponer multas en aras de conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones o hacer efectiva la cláusula penal previo procedimiento administrativo.

No obstante, si finalizó la ejecución del contrato, le corresponde al juez de lo contencioso administrativo determinar y declarar posibles incumplimientos de las partes contractuales. Para ello, la parte solicitante debe acreditar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, al tenor de lo señalado por el Consejo de Estado:

Desde esta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte, o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante. En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del municipio, sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada.

Bajo esa lectura, solo en el caso en donde se acredite la excepción de contrato no cumplido, la parte incumplida puede solicitar la declaratoria de incumplimiento, siempre y cuando: i) sea un contrato bilateral o sinalagmático, ii) el no cumplimiento del contratista, iii) el incumplimiento de la Entidad sea de tal magnitud que no sea posible la observancia de las obligaciones por parte del contratista y, iv) tal incumplimiento por parte de la Administración sea la causa de la omisión del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones.

Por su parte, la solicitud de nulidad de los actos administrativos contractuales en invoca para aquellos que se generen una vez las partes eleven por escrito el contrato y se pruebe las causales previstas en el artículo 37 de la ley 1437 de 2011, es decir: I) cuando se hayan expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, ii) o sin competencia, iii) o en forma irregular, iv) o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, v) o mediante falsa motivación o finalmente, vi) con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

Al respecto, el Alto Tribunal ha aclarado que es el medio de control de controversias contractuales el llamado a prosperar en el debate sobre los actos administrativos contractuales, cerrando la puerta a la acción de nulidad simple siendo improcedente la teoría de móviles y finalidades.

“Esta Corporación ha sostenido en diversos pronunciamientos que una vez celebrado el contrato estatal, la única forma para cuestionar

la validez absoluta o relativa del mismo, así como para censurar la legalidad de los actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual, es la acción de controversias contractuales”.

En ese orden de ideas, todo acto administrativo que se genere con ocasión a la celebración del contrato estatal debe ser refutado mediante el medio de control de controversias contractuales, dando cumplimiento a cada uno de los requisitos previos para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa.

### 3. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

En materia de caducidad de la acción de las controversias contractuales, el artículo 141 de la ley 1437 de 2011, establece que son dos años contados a partir del vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. En materia, el Consejo de Estado a través de sentencia de unificación jurisprudencial en materia del medio de control de controversias contractuales, recordó que el fenómeno de la caducidad se configura cuando vence el término previsto en la ley para acudir ante los jueces para demandar, límite que implica un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho opte por interponer el medio de control, para el caso de las controversias contractuales, expresa la ley, cuenta con un término de 2 años contados a partir del vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley y en los casos en los cuales no es clara la fecha de debe contar a partir de la cual se debe iniciar el conteo del término debe ser el juez del contrato quien al momento de fallar establezca.

Por otra parte, respecto del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales diferentes a las que versan sobre pretensiones de nulidad absoluta o relativa del contrato, ejecutiva y de repetición, manifestó que la caducidad se ha definido en función del tipo de contrato, de la siguiente manera: (i) para los contratos de ejecución instantánea, (ii) para los que de acuerdo con la ley del contrato no requieren liquidación y, (iii) para los que requieren liquidación. Dentro de estos últimos, se pueden presentar tres supuestos fácticos: i) se suscribió acta de liquidación por mutuo

acuerdo, ii) se expidió acto administrativo de liquidación unilateral o iii) no se efectuó ninguna de las anteriores.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado a través de sentencia de 24 de julio de 2013, expediente 00418-01, estableció que el término para presentar la acción de controversias contractuales es de 2 años para los contratos que requieran liquidación y que estos empiezan correr desde el momento en que debía realizarse la liquidación del contrato y de no ser así a partir de la conclusión del término que tenía la administración para hacerlo unilateralmente.

#### 4. CONCLUSIONES

El medio de impugnación del acto administrativo depende de la etapa en el que fue proferido, es decir, en la etapa precontractual, contractual o poscontractual. Para el primer caso contamos en primera medida con los recursos ordinarios, es decir, la reposición y la apelación y el medio de control depende de la solicitud ya sea la nulidad del acto o la nulidad y el restablecimiento del derecho del afectado. Cuando estamos presente a un acto contractual podemos apelar al medio de control de controversias y ahí exigir i) se declare su existencia, ii) su nulidad, iii) se ordene su revisión, iv) se declare su incumplimiento, v) que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, vi) que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, vii) que se solicite la liquidación judicial del cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad no lo haya liquidado unilateralmente y finalmente, viii) otras declaraciones y condenas.

Así, en los pronunciamientos del Consejo de Estado se ha determinado la procedencia de cada uno de los medios de control consignados en la ley, específicamente en aquellos casos donde está de por medio un contrato estatal.

Ello, considerando que son las partes contractuales las primeras llamadas a ejercer los medios de control que le otorga la ley para que el juez administrativo se pronuncie en materia, sin perder de vista aquellos terceros que pueden incoar la acción judicial para ciertas pretensiones.

Finalmente, se evidencia que el Consejo de Estado reconoce que el término de caducidad del medio de control es de dos años

contados a partir del término de liquidación por mutuo acuerdo o vencido el término de la liquidación unilateral, materia en el que existe unanimidad.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo del 2021, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, expediente No. 52705

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio del 2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, expediente No. 43974

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de agosto del 2019, C.P. Maria Adriana Marín, expediente No. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio del 2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, expediente No. 38603

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de marzo del 2017, C.P. Danilo Rojas Betancouth, expediente No. 37000.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre del 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gomez, expediente No. 19933.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de julio de 2007, C.P. Enrique Gil Botero, expediente No. 33476.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2018, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, expediente No. 61276

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 2019, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, expediente No. 01265.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra, expediente No. 00511.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de mayo de 2016, C.P. Hernán Andrade Rincon, expediente No. 00031.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 24 de julio de 2013, expediente No. 00418.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, sentencia del 30 de julio de 2008, expediente No. 00511.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, sentencia del 31 de enero de 2019, expediente No. 01265.

# CAPÍTULO XIV

## DEL CONTROL CONSTITUCIONAL A CARGO DEL CONSEJO DE ESTADO

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO\*

**Sumario:** 1. ANTECEDENTES. 2. DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991. 3. CONFLICTOS DE COMPETENCIA. 4. CONCLUSIONES.

### 1. ANTECEDENTES

El Control Constitucional en Colombia es un control difuso, es decir, no está concentrado en un solo órgano judicial pues es claro que la competencia la comparten la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

El control que garantiza la supremacía de la Constitución Política en Colombia comienza a advertirse desde el año de 1812; más adelante, en 1832 se dispone que el Congreso debe “oír las dudas” relativas a la constitucionalidad de las leyes; posteriormente las Constituciones de 1858 y 1863 admitieron la posibilidad de anular actos de la legislatura por razones de inconstitucionalidad.

En 1886, la Constitución que nos rigió por más de cien años, eliminó todo control judicial sobre las leyes, admitiendo solamente el control previo sobre los proyectos de ley, es decir, que la Corte Suprema de Justicia decidía sobre la constitucionalidad de los

---

\* Abogada de la Universidad San Buenaventura, especializada en defensa nacional, análisis y manejo de conflictos de la Universidad Militar, especialización en Bioética de la Universidad Javeriana, especialización en Derecho Tributario de la Universidad Externado de Colombia. Fue consejera de Estado de la Sección Primera, magistrada auxiliar de la Sección Primera y Quinta, jefe de la Oficina Jurídica del Instituto de Seguros Sociales de la Seccional del Valle del Cauca

proyectos de ley que fueren objetados por el Presidente de la República, tal como quedó consignado en el artículo 90.

La ley 57 de 1887, en su artículo 5, dispuso que “cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”, mientras que el artículo 6 de la ley 153 del mismo año señaló que “una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará, aunque aparezca contraria a la Constitución”.

En el año de 1889 la Corte Suprema de Justicia manifestó “... al poder judicial no le está atribuido la interpretación general y auténtica de la Constitución o de las leyes sustantivas, ni le es permitido dejar de observar éstas porque las juzgue contrarias a la Constitución (...) No está establecido en la República ningún tribunal o autoridad que tenga facultad de declarar que una ley deja de ser obligatoria por ser contraria a un precepto constitucional”.

En 1904, la ley 2 de mismo año, abrió la puerta a la Jurisdicción constitucional al establecer en el artículo 2º que: “La Corte Suprema de Justicia, a solicitud de cualquier ciudadano y previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidirá definitivamente en sala de acuerdo, sobre la validez o nulidad de los decretos legislativos de conformidad con el artículo anterior y con lo dispuesto en la Constitución Nacional, en la materia”.

Fue el Acto Legislativo No 3 de 1910 el que consagró en forma definitiva la Acción Pública de Inconstitucionalidad tal como quedó consignada en el artículo 214 de la Constitución de 1886.

Posteriormente, el Acto Legislativo 1 de 1945 introdujo un artículo nuevo, en el cual se consignó: “Artículo 41. Artículo nuevo. Corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución”. Es este entonces el punto de partida de la facultad de juez de control de constitucionalidad abstracto que tiene el Consejo de Estado, pero desde un comienzo como un control autónomo y residual, es decir, sobre actos distintos de aquellos de que conocía la Corte Suprema de Justicia.

En el artículo 147 del mismo acto legislativo se dispuso: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes tendrá las siguientes: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionales por cualquier ciudadano (...)”.

El artículo 214 de la Constitución de 1886 señalaba: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes (...)”.

Por su parte el artículo 216 consagraba: “Corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución”.

Así entramos en un control que se ha llamado “difuso” de constitucionalidad a cargo en ese momento tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Este control difuso se creyó iba a cambiar con la creación de la Corte Constitucional en la Constitución de 1991.

## 2. DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

No obstante, la Constitución de 1991 mantuvo este control difuso de constitucionalidad pues, aunque se pretendió un control concentrado en la Corte Constitucional que se creó con esa finalidad, se mantuvieron intactas en el artículo 237 de la Constitución las facultades del Consejo de Estado para “conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

Y si el artículo 241 de la Carta consagra en forma expresa que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo, no cabe interpretación diferente a entender que lo no comprendido en esta disposición es de competencia del Consejo de Estado.

El artículo 241 de la Constitución dispone:

*“ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

- 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
- 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
- 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.*
- 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
- 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.*
- 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.*
- 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.*
- 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
- 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.*

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Darse su propio reglamento.

PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto”.

Por su parte, el artículo 237 de la Constitución Política establece como una de las atribuciones del Consejo de Estado, en el numeral 2<sup>a</sup>:

“Artículo 237.

(...) 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional , cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. (...)

### 3. CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Estas competencias aparentemente precisas en el texto constitucional no han dejado de generar en ocasiones conflictos de competencia entre estas dos altas Corporaciones. Uno de ellos fue el relacionado con el control de constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993 dictado al amparo del artículo transitorio 41 de la Constitución según el cual, si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de la Constitución, el Congreso no dicta la ley relativa al régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez, debía expedir las normas correspondientes.

La Corte Constitucional, ante la admisión de una demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra este Decreto profirió el Auto 006 de 1994, en el cual insistió en su competencia para

conocer de las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra el Decreto 1421 de 1993 argumentando:

- “La naturaleza jurídica del decreto demandado. Se admite que este decreto, desde el punto de vista material y jerárquico *“constituye un acto de naturaleza legislativa”*. Refiriéndose a la providencia del Consejo de Estado, la Corte dice: *“Sobre este punto la providencia explica, que el Constituyente de 1991 “mantuvo el régimen de control difuso de constitucionalidad que se venía aplicando desde la Constitución anterior y desechó expresamente la posibilidad de implantar un régimen de control de constitucionalidad concentrado o unificado”, lo cual implica que “a pesar de existir un órgano encargado fundamentalmente de “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, dicho control no está reservado de manera exclusiva y excluyente a ese órgano, sino que también corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones que puedan ejercerse ante el Consejo de Estado y ante los tribunales administrativos, y aún ante todos los jueces de la República a través de la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Carta, y de acciones especiales como la de la tutela, prevista en el artículo 86 de la misma”*.”

Señaló la Corte:

*“De las normas permanentes de la Constitución, como quiera que a la Corte Constitucional se le ha confiado el conocimiento de los decretos leyes (241-5) y de los decretos legislativos (241-7), únicos decretos expedidos por el Presidente que se equiparan en jerarquía y eficacia a la ley, puede inferirse que la distribución de competencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se basa en un criterio que sólo toma en cuenta la naturaleza de la fuente de la respectiva norma, de suerte que a las leyes ya los decretos que formal y materialmente tengan fuerza de ley se extiende la Jurisdicción Constitucional.*

*Además, la materia que nos ocupa, bien que por excepción transitoria su competencia fue atribuida a órganos diferentes al Congreso de la República, es un tema que ordinariamente le corresponde al Legislativo, de conformidad con el artículo 150 de la Carta, y su eventual reforma futura deberá hacerse por ley. El Decreto 2067 de 1991, en efecto, desarrolla las facultades de naturaleza legislativa que consagra el artículo 23 transitorio de la Carta precitado, y no las facultades administrativas de que trata el artículo 5 transitorio en su literal c).*

*En este sentido, la Corte Constitucional estima que todas aquellas materias que sean de naturaleza legislativa y que excepcionalmente sean asignadas*

*por la Carta a un órgano diferente del Congreso de la República, son de su competencia para efectos de ejercer el control de constitucionalidad. Y, a contrario sensu, las normas expedidas por el Gobierno Nacional que sean de naturaleza administrativa, entran en la cláusula general de competencia de orden residual que en este sentido tiene el Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 237, numeral segundo de la Constitución...”.*

En la misma providencia se dijo:

*“Finalmente en Auto D-289 de 1993, proferido por el H. Magistrado Jorge Arango Mejía, se establecieron pautas de interpretación en esta misma materia, que es del caso reiterar. En dicha providencia se señala que las competencias judiciales de la Corte son expresas y se las enumera advirtiendo que “...la enumeración hecha no es taxativa, pues no se puede, por ahora, descartar la posibilidad de que otras normas estén sometidas al control constitucional de la Corte, en virtud de normas transitorias, Como es el caso de los decretos con fuerza de ley contemplados en el artículo transitorio 39”.*

Correspondió dirimir el conflicto de competencia a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura quien, en providencia del 13 de octubre de 1994, señaló:

*“(...)De tal manera, leyendo detenidamente el artículo 241 de la Carta, se observa que sólo sus numerales 5 y 7 se refieren a decretos con fuerza de ley o a decretos legislativos, y que dichos numerales se contraen a conceder a la Corte Constitucional la vigilancia sobre la constitucionalidad de los decretos que el Gobierno dicte con fundamento en los artículos 150, numeral 10, 341, 212, 213 y 215 de la norma superior; expresiones que sin lugar a dudas conceden un control restringido y muy determinado en esta materia, toda vez que en estas normas no se agota la posibilidad del Gobierno de expedir decretos-ley.*

*(...) Por lo demás, el artículo 10 transitorio de la Constitución Nacional dispuso que “los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los artículos anteriores tendrá fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional”; pero como la norma acusada, Decreto 1421 de 1993, fue dictado por el Presidente de la República en uso de las atribuciones que le confirió el artículo 41 transitorio de la Carta, resulta obvio que el tratamiento de control constitucional establecido en el artículo 10 mencionado no la cobija en vista de que es una norma muy posterior la que autoriza al Presidente de la República para expedirla.*

*Con base en los planteamientos expuestos, a esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no le cabe la menor*

*duda de que la competencia para conocer de las demandas señaladas que cursan contra el Decreto 1421 de 1993 en todo o en parte, por una supuesta inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado en virtud de la competencia residual consagrada en el artículo 237, numeral 2, de la Carta a favor de esta Corporación, habida cuenta de que la disposición atacada se profirió con apoyo en el artículo 41 transitorio del texto superior, que se encuentra por fuera de la comprensión que abarcan los numerales 5 y 7 de su artículo 241 que señala específicamente el ámbito de conocimiento de la Corte Constitucional en esta materia”.*

Mediante sentencia C-1191 de 2008 la Corte Constitucional, resolvió declararse inhibida de proferir sentencia de mérito en cumplimiento de lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura no sin antes advertir:

*“En consecuencia y de manera análoga a lo resuelto en casos anteriores, la Corte se inhibirá de proferir una decisión de fondo en el asunto de la referencia, en acatamiento de lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, empero, la Sala considera pertinente advertir que lo resuelto de este proveído no es incompatible con la posibilidad que, respecto de otras normas jurídicas, distintas a las contenidas en el Decreto 1421 de 1993 y adoptadas a partir de los criterios material y forma desarrolladas en este fallo, la Corte declare su competencia para ejercer el control constitucional correspondiente”.*

Dentro de este recorrido, cabe destacar el Auto 204 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, mediante el cual la Corte Constitucional confirmó el rechazo de una demanda contra el Decreto 1275 de 1995, “por el cual se adiciona el artículo 4 del Decreto 855 de 1994”, por considerar que la competencia correspondía al Consejo de Estado. En esta providencia se consignó:

*“De otra parte cabe indicar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 237-2 de la Constitución Política, corresponde al Consejo de Estado, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no haya sido asignada a la Corte Constitucional. (...)”.*

En el mismo sentido, en la sentencia C-1290 de 2001, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, se dijo:

*“La jurisdicción constitucional de acuerdo con la Carta Política y la ley Estatutaria de la Administración de Justicia está conformada funcionalmente por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para hacer efectivos los derechos constitucionales.*

*Para efectos del análisis de los cargos formulados por el actor interesa reiterar que en materia de control de constitucionalidad de los decretos del Presidente de la República, la Constitución ha asignado competencia tanto a esta Corte como al Consejo de Estado, conforme al esquema que resulta de las formulaciones contenidas en los artículos 241 y 242 de una parte, y 236, 237 y 238 de otra. (...) Así mismo, se destaca que el Consejo de Estado, además de las funciones que le incumben como tribunal supremo en lo contencioso administrativo (at. 237-1 C.P.) ejerce otras destinadas a preservar la integridad de la Constitución, ya que le compete decidir sobre “las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”, según lo ordena el artículo 237-2 del estatuto superior”.*

Igualmente, en la sentencia C-560 de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz se dijo:

*“(...) La jurisdicción constitucional de acuerdo con la Carta Política y la ley estatutaria de la administración de justicia está conformada por: la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para hacer efectivos los derechos constitucionales (arts. 241 y ss., 237, 86 y 4 C.P. y ley 270/96 estatutaria de la administración de justicia). (...)”*

#### *4.2 El Consejo de Estado*

*El Consejo de Estado además de las funciones que le incumben como tribunal supremo de lo contencioso administrativo (art. 237-1 C.P.) ejerce otras destinadas a preservar la integridad de la Constitución, ya que le compete decidir sobre “las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”, según lo ordena el artículo 237-2 del estatuto superior.*

*Así las cosas, en materia de control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional tiene la más amplia competencia y el Consejo de Estado, por vía residual, de todos aquellos actos que no están atribuidos a la Corte. (...)”*

#### *5. Control constitucional difuso*

*En razón de lo anterior el control abstracto de constitucionalidad en Colombia es difuso, por cuanto no es ejercido por un solo órgano del Estado sino por varios: la Corte Constitucional como función esencial y permanente, en su carácter de supremo órgano de la jurisdicción*

*constitucional y el Consejo de Estado, por vía residual, pues como ya se ha indicado éste también ejerce funciones de ese orden. (...)*

Posteriormente, mediante la sentencia C-415 de 2012, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 135 de la ley 1437 de 2011, que dice:

*“artículo 135. Nulidad por inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.*

*<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.*

*Parágrafo. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”.*

En esta sentencia, relativa a la Nulidad por Inconstitucionalidad, se consignaron importantes consideraciones en torno a la competencia del Consejo de Estado en materia de control de constitucionalidad, así:

*“La titularidad del poder judicial de control de constitucionalidad abstracto, ha sido radicado en cabeza de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. (...) En el marco de esta jurisdicción especial que la Constitución ha establecido para la preservación de su integridad y supremacía, el Legislador ha previsto la posibilidad de que los ciudadanos, en ejercicio del derecho de acción, formulen ante el Consejo de Estado la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad de decretos gubernamentales, debido a la infracción directa de la Constitución. La ley 1437/11 así lo regula en el artículo demandado, como uno de los “medios de control” allí previstos para la preservación del orden jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución. Así, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo oficia como juez de constitucionalidad en modalidad de control abstracto –además de la atribución como juez de tutela-, completando el sistema de control de supremacía e integridad de*

*la Carta Política Fundamental que el Constituyente de 1991 confió a la Corte Constitucional, como cabeza de esta jurisdicción especial. (...)*”.

Dentro de este marco jurisprudencial no se entiende cómo, mediante sentencia C-400 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), la misma Corte Constitucional, al estudiar una demanda de inconstitucionalidad entre otros, contra parte del artículo 189 de la ley 1437 de 2011 relativo a los efectos de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en virtud del numeral 2, del artículo 237 de la Constitución Política que disponía que éstas tendrían efectos hacia el futuro y de “cosa juzgada constitucional”, declaró exequible, por los cargos analizados, el inciso tercero del artículo 189 de la ley 1437 de 2011, salvo la expresión “constitucional” que se declara inexecutable”. El texto del citado artículo 189 es el siguiente:

*“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 solo 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 solo 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.*

*<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.*

*La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.*

*La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.*

*Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.*

*En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.*

*De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá oponerse y pedir pruebas o aceptar la suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición”.*

En la citada sentencia, la Corte Constitucional consignó:

*“(...) Desde otra perspectiva, fundada en la premisa del control sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, las funciones del Consejo de Estado que censura el actor, salvo el efecto “constitucional” de la cosa juzgada (consecuencia exclusiva del control jurisdiccional que ejerce esta Corte, artículo 243 de la carta política, como supremo tribunal en lo constitucional), son resultado necesario de la preceptiva superior, en lo que no aparezca adjudicado a esta corporación, entendimiento advertido desde hace dos décadas, destacando la imposibilidad de que alguna norma se halle exenta de control superior.*

*No obstante lo indicado en precedencia, la Corte debe puntualizar que los decretos o actos de carácter general cuya expedición de ordinario o de manera transitoria, la Constitución le atribuye a otros órganos distintos del Congreso de la República, siempre que regulen asuntos sometidos a reserva ordinaria o especial de ley, se encuentran excluidos de la competencia del Consejo de Estado, corporación a la que le corresponde conocer, en términos del artículo 237-2 de la carta política, los que no son de competencia de la Corte Constitucional.*

*Así, esta corporación procederá a declarar exequible el inciso 2° del artículo 135 de la ley 1437 de 2011, en el entendido de que el control abstracto de constitucionalidad de los actos allí contemplados, que tengan contenido material de ley, debe ser ejercido por la Corte Constitucional, conforme lo explicado en la jurisprudencia reseñada, la cual, en la medida de su efecto de cosa juzgada constitucional y como precedente judicial, es de carácter obligatorio, a partir de los principios y los valores que consagran la primacía e integridad de la propia Constitución Política.*

*Paralelamente, la Corte Constitucional juzga necesario precisar y reiterar que se hallan excluidos del control abstracto de exequibilidad por parte de esta corporación, los decretos o actos reseñados en el acápite 6.3 de esta providencia, competencia que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, en términos de los artículos 237-2 superior, 135 y 137 de la ley 1437 de 2011.*

*7.2. De otra parte, se declarará la exequibilidad de los efectos concedidos a las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad, consagrados en el inciso 3° del artículo 189 de la ley 1437 de 2011, en la medida en que, conforme al modelo de control abstracto fijado por el constituyente, el Consejo de Estado, en la esfera estricta de su competencia residual (art. 237-2 Const.), concurre con la Corte Constitucional a velar por la supremacía e integridad de la carta política, para garantizar así su inviolabilidad, en cuanto a los principios, los valores, las reglas, los deberes y los derechos allí instituidos, como cuerpo político y jurídico fundamental del Estado y de la sociedad además de contribuir a la consolidación y eficacia del precedente judicial, en ejercicio de esa competencia y función pública esencial.*

*Empero esta Corte, según se volverá a explicar más adelante, debe declarar inexecutable el vocablo “constitucional”, contenido en ese mismo precepto, por cuanto le otorga a las decisiones del Consejo de Estado una consecuencia que la carta política no le extiende, además de no avenirse a lo dispuesto en el fallo C-037 de 1996, ampliamente citado, por medio del cual se decidió definitivamente sobre la exequibilidad del proyecto de ley Estatutaria de la Administración de Justicia original.*

*Según se advirtió en el análisis realizado al artículo 49 de dicho proyecto, que se convirtió en ley 270 de 1993, “sólo los artículos 242, 243 y 244 superiores, se encargan de regular los procesos que se eleven ante la Corte Constitucional, derivados algunos de ellos de las acciones de inexecutable que adelante cualquier ciudadano”, de manera que no es posible trasladar los efectos de cosa juzgada constitucional a pronunciamientos del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, que carecen de la consecuencia solamente otorgada por la Constitución (art. 243, inciso 1°) a los fallos que dicte la Corte Constitucional en su ejercicio de control jurisdiccional, lo cual compagina con lo decidido en dicho fallo C-037 de 1996, en cuanto “desde una perspectiva orgánica, la única entidad de la rama judicial que... reviste el carácter de tribunal*

---

<sup>1</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia del 5 de febrero de 1996, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, sentencia C-037.

*constitucional es la Corte Constitucional”, razón para declarar inexecutable esa expresión atribuida al Consejo de Estado.*

*Cabe advertir que la noción formal u orgánica de competencias asignadas a la Corte Constitucional aparece complementada por disposición del constituyente con las excepciones que de manera expresa quiso otorgar al tribunal supremo de lo contencioso administrativo, en función del origen y la naturaleza de los decretos o actos a controlar como juez constitucional, estando excluidas las atribuciones que acaban de explicarse, al ser del resorte exclusivo de la Corte Constitucional.*

*Por consiguiente, no puede acogerse de manera igual para el Consejo de Estado el tránsito a cosa juzgada constitucional previsto en el artículo 243 de la carta política, salvedad que, sin embargo, no enerva, de parte de ese tribunal contencioso, la aplicación efectiva de ese carácter básico del Estado social de derecho: “La Constitución es norma de normas” (artículo 4° ib.). (...).”*

No se entiende cuál fue el fundamento filosófico- constitucional para desconocer el carácter de cosa juzgada “constitucional” frente a decisiones adoptadas por el Consejo de Estado dentro de sus funciones de control de constitucionalidad abstracto, que se realiza a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad para aquellos actos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional en los términos del artículo 237, numeral 2 de la Constitución Política, pues ese control, tiene las mismas características, alcances y efectos de las decisiones que profiere la Corte Constitucional respecto de los actos de su competencia. En consecuencia, los efectos de las decisiones que se producen en virtud de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad igualmente deben tener carácter de “cosa juzgada constitucional”, puesto que en Colombia existe un control difuso, al que se ha hecho referencia que no concentra en una sola Corporación el control abstracto de constitucionalidad.

Con posterioridad a este pronunciamiento, la Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia del día 30 de julio de 2013, M.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, profirió sentencia de nulidad por inconstitucionalidad en la cual precisa los alcances de su competencia en esta materia. Dijo en esa oportunidad de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

*“Respecto de los efectos de una sentencia de nulidad por inconstitucionalidad, cabe recordar que la Carta Política, en el artículo 237 numeral 2, le*

*atribuye al Consejo de Estado, como se dijo antes, la competencia para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, lo que definitivamente le otorga sobre ellos, sin lugar a dudas, la potestad de dictar sentencias con fuerza de cosa juzgada constitucional, por varias razones: (i) porque es deber de todas las autoridades respetar la Constitución y ejercer sus funciones a la luz de ella; (ii) porque dentro del sistema de control constitucional adoptado en Colombia, el Consejo de Estado forma parte de lo que se denomina la jurisdicción constitucional; (iii) porque al otorgarle la Carta la facultad de conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, el mismo constituyente le está asignando al fallo que en tal virtud se expida, el efecto de cosa juzgada, y (iv) dado que la acción cuya competencia se atribuye al Consejo de Estado por el artículo 237 numeral 2 es la de nulidad por inconstitucionalidad, el efecto necesariamente debe ser el de cosa juzgada constitucional, sin que ello implique que se esté invadiendo la competencia de la Corte Constitucional.*

*Una interpretación diferente sobre el control de constitucionalidad que ejerce el Consejo de Estado, como la que según el comunicado de prensa hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-400 de 2013, al declarar la nulidad de la expresión “constitucional” contenida en el inciso 3 del artículo 189 de la ley 1437 de 2011, cuyo tenor es: “Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes”, resulta abiertamente inconstitucional y quiebra la coherencia que el constituyente imprimió al control de constitucionalidad.*

*En efecto, con tal interpretación la Corte no solo hace nugatorio el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política y con ello lo borra de un plumazo, sin competencia para ello, sino que parece evidenciar una confusión, inaceptable tratándose del Tribunal Constitucional, entre la acción de nulidad por inconstitucionalidad cuya competencia asignó el citado artículo al Consejo de Estado, de una parte, y la llamada “excepción de inconstitucionalidad” (artículo 4 de la Constitución Política), que si bien pueden aplicar los jueces, también puede ser invocada por cualquier funcionario público, y tiene solo efectos inter-partes, de manera que con la interpretación de la Corte la acción de nulidad por inconstitucionalidad perdería todo su valor.*

*Adicionalmente, por vía de esa interpretación no sólo se llega al absurdo de concluir que el Consejo de Estado quebranta la Carta Política al ejercer*

*con fuerza de cosa juzgada constitucional una competencia que, con tales efectos, la misma Constitución le ha dado, sino que se desconocen principios caros al derecho como: (i) el de cosa juzgada constitucional que, en la calidad de juez constitucional la Carta atribuye al Consejo de Estado en el artículo 237-2 y (ii) el de la seguridad jurídica que ello implica y a la cual tienen derecho los ciudadanos”.*

Es importante destacar los planteamientos expuestos en providencia del 19 de julio de 2012 mediante la cual, el Consejo de Estado, con ponencia de la autora de este escrito, admitió la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el Decreto 1351 de 2012 “por el cual se convoca al Congreso de la República a sesiones extraordinarias”, con el fin de estudiar unas objeciones a un proyecto de reforma a la Constitución Política.

En dicha providencia, el Consejo de Estado señaló:

*“2.1. Competencia del Consejo de Estado.*

*Previo a la admisión de la demanda, se estudiará la competencia del Consejo de Estado para conocer de esta acción de nulidad por inconstitucionalidad que recae sobre un acto administrativo expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se convoca a sesiones extraordinarias al Congreso de la República para el estudio de objeciones formuladas en relación con un acto de reforma a la Constitución Política.*

*El artículo 237 de la Constitución Política consagra como atribución del Consejo de Estado, entre otras, la contenida en el numeral 2) que dice:*

*“Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.*

*La Constitución Política establece de manera taxativa la competencia de la Corte Constitucional en el artículo 241 que consigna:*

*“artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

*1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*

*(...)”.*

*“Dentro de esta competencia taxativa, corresponde a la Corte Constitucional como una de sus funciones, la de conocer de las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen.*

*El Título XIII de la Carta consagra las normas relativas a la reforma de la Constitución. Así, el artículo 374 dispone que la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.*

*No cabe duda que el acto legislativo “por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones”, fue una reforma constitucional adelantada por el Congreso de la República cuyo trámite está previsto en el artículo 375 cuyo texto es el siguiente:*

*“Artículo 375. Podrán presentar proyecto de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del congreso, el veinte por ciento de los concejales y de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.*

*El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada cámara.*

*En ese segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero”.*

*El propio Decreto 1351 de 25 de junio de 2012 que se demanda, consigna: “Que el Presidente de la República recibió procedente del Congreso el oficio del pasado 20 de junio de 2012, con el cual se remite el proyecto de Acto Legislativo 007/11 Senado-143/11 Cámara, acumulado a los proyectos 09/11, 11/11, 12/11 y 13/11 Senado “por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones”, con el fin de que proceda a su promulgación”.*

*El proyecto de acto legislativo cumplió entonces con todo su trámite constitucional y fue aprobado en los ocho (8) debates constitucionales quedando pendiente únicamente su publicación para entrar a regir, lo cual aparece reiterado en las consideraciones del acto demandado cuando dijo:*

*“Que el artículo 375 de la Carta dice que el trámite de los actos legislativos tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos, lo cual, respecto*

*del Acto Legislativo “por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones” ya se cumplió”.*

*No se está definiendo en esta providencia la validez constitucional del acto de convocatoria a sesiones extraordinarias culminado el trámite legislativo, sino la competencia del Consejo de Estado para conocer de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad incoada en su contra.*

*Es importante señalar que este caso es sustancialmente distinto del decidido mediante sentencia de Sala Plena del 16 de febrero de 2010, en la cual se declaró la falta de competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad instaurada contra el Decreto 4742 de 2008, mediante el cual se convocó a sesiones extraordinarias al Congreso de la República en los siguientes términos:*

**“DECRETO 4742 DE 2008**

**(Diciembre 16)**

*Por el cual se convoca al Congreso de la República a sesiones extraordinarias.*

*El Presidente de la República*

*En ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 138 y 200 numeral 2° de la Constitución Política y,*

#### **CONSIDERANDO**

*Que corresponde al Gobierno, en relación con el Congreso, convocarlo a sesiones extraordinarias para darle continuidad al procedimiento legislativo de proyectos de ley prioritarios para el país que deben ser considerados en las sesiones de las Comisiones y Plenarias de ambas Cámaras del Congreso de la República,*

#### **DECRETA**

*(...)*

*“artículo 2. Durante el período de sesiones extraordinarias señalado en el artículo anterior, el Honorable Congreso de la república se ocupará de darle trámite legislativo a los siguientes proyectos de ley:*

*(...)*

*Proyecto de ley N° 138 de 2008 Cámara “por medio de la cual se convoca a un referendo Constitucional y se somete a consideración del Pueblo un Proyecto de Reforma Constitucional”.*

*Como se consignó en el fallo respectivo, se trató de una ley convocante a un referendo luego de la cual, el Congreso podía someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorporara a dicha ley, en los términos del artículo 378 de la Constitución Política.*

*En la referida sentencia se consignó:*

*“Según quedó expuesto, la ley convocante a referendo, aun cuando presenta características especiales, debe cumplir los requisitos exigidos para que cualquier proyecto se convierta en ley, entre ellos, ser aprobada en la Plenaria en cada Cámara, de conformidad con el artículo 157 y lo dispuesto en el título XIII de la Carta Política.*

*(...)*

*Precisado lo anterior, resulta pertinente recordar que con fundamento en el artículo 378 de la Constitución Política, por iniciativa ciudadana, el Congreso inició en el año 2008 el trámite legislativo para la formación del proyecto de ley convocante a referendo para la reforma constitucional del artículo 197 de la Constitución Política, con miras a viabilizar la reelección presidencial, proyecto identificado bajo el N° 242/Senado y N° 138/ Cámara.*

*En cuanto concierne al proyecto en comento, debe recordarse que, para el 16 de diciembre de 2008, fecha en que concluyen las sesiones ordinarias según el artículo 138 de la Constitución Política, el citado proyecto no había sido aprobado en la Plenaria de la Cámara de representantes.*

*El Presidente de la República, mediante el acto acusado, convocó al Congreso a sesiones extraordinarias para que se surtiera dicho trámite y, de ese modo, concluyera el procedimiento legislativo de formación de la ley convocante a referendo Constitucional lo que a la postre ocurrió, tras sancionarse y promulgarse la ley 1354 de 2009 (...)*

*No cabe duda que en aquella ocasión, la convocatoria a sesiones extraordinarias tuvo como finalidad la de permitir la conclusión del trámite de una ley a la que le quedaba pendiente la aprobación en la plenaria de la Cámara de Representantes y que, por lo mismo, era inescindible de la ley misma, mientras que en el caso que nos ocupa ya el trámite del acto legislativo había concluido. Por ello se afirmó en aquella oportunidad que, “el acto político de convocatoria en este caso hace parte inescindible del procedimiento de formación de la ley convocante a Referendo, la cual está sometida a control automático e integral de constitucionalidad que el artículo 241-2 de la Constitución Política asigna a la Corte Constitucional”.*

*Situación muy diferente fue la que se configuró en el caso sub examine, puesto que aquí la convocatoria a sesiones extraordinarias no conducía a concluir la formación de un acto legislativo porque éste ya había terminado su trámite. Así lo reconoce el propio decreto demandado cuando afirma:*

*“Que el artículo 375 de la Carta dice que el trámite de los actos legislativos tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos, lo cual, respecto del Acto Legislativo “por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones” ya se cumplió”.*

*Resulta claro entonces que, en este caso, la competencia para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad respecto del Decreto 1351 de 2012, por medio del cual el Presidente de la República convoca a sesiones extras al Congreso, corresponde al Consejo de Estado como lo dispone el artículo 237 de la Constitución Política, puesto que este Decreto no queda comprendido dentro de los expresamente asignados al control de la Corte Constitucional”.*

Para finalizar este recorrido, se destaca el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en sentencia C-524 de 2013, M.P. Dr. Jorge Pretelt, en la que se declaró inhibida de asumir el conocimiento de una demanda de inconstitucionalidad contra el citado Decreto 1351 de 2012 mediante el cual el Gobierno Nacional convocó a sesiones extras al Congreso para estudiar las objeciones formuladas contra la Reforma a la Justicia y que, por consiguiente, reafirma la competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad respecto del mismo:

Señaló la Corte Constitucional:

*“Con apoyo en las anteriores razones, la Corte concluye que carece de competencia para pronunciarse sobre su constitucionalidad y debe emitir un fallo inhibitorio.*

*1.1.1.1. Igualmente, esta Sala considera que carece de competencia para conocer de la demanda en lo que respecta a los cargos formulados contra el decreto 1351 de 2012, puesto que se trata de una decisión adoptada en un trámite legislativo que no culminó con la adopción de un acto susceptible de control por este Tribunal.*

*Como se explicó previamente, la Corte en principio es competente para analizar la constitucionalidad de decretos que hacen parte del trámite legislativo de actos del Congreso cuyo control es asignado por la*

*Constitución a este Tribunal –proyectos de ley materia de control previo, leyes y actos legislativos–. No obstante, cuando dicho trámite no culmina con una decisión susceptible de control por esta Corporación, es decir, cuando dicho trámite resulta fallido, la Corte pierde su competencia porque ya no hay un acto cuya validez constitucional sea necesario examinar; dicho de otro modo, se presenta una especie de carencia actual de objeto.*

*Por medio del decreto 1351 de 2012, el Presidente convocó a sesiones extraordinarias al Congreso de la República con el fin de examinar las objeciones formuladas a un proyecto de acto legislativo. Debido a que el Congreso decidió archivar el proyecto, dicha reforma nunca fue promulgada ni surgió a la vida jurídica, en otras palabras, no se convirtió en acto legislativo. En consecuencia, la constitucionalidad del proyecto y su trámite no pueden ser examinados en esta oportunidad por este Tribunal, por carencia actual de objeto”.*

En sentido similar al anterior pronunciamiento, la Corte Constitucional, en sentencia C-049 de 2012, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo se declaró inhibida por falta de competencia para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Decreto Reglamentario 3806 de 2009, “Por el cual se expiden disposiciones sobre la promoción del desarrollo de las Miipymes y de la industria nacional en la contratación pública”. En este fallo se hacen interesantes planteamientos de asuntos que, aunque no encajan estrictamente en los previstos en el artículo 241 de la Constitución, por conexión temática, estarían bajo la competencia de la Corte Constitucional en materia de control constitucional.

Otro caso interesante se presentó con ocasión de la demanda contra la Resolución 1733 de 2016 expedida por el Consejo Nacional Electoral “Por la cual se regulan y reglamentan algunos temas concernientes al plebiscito para la referendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. El Procurador General consideró que la Corte Constitucional no era competente para conocer de esta demanda de inconstitucionalidad y resalta que el artículo 135 del CPACA reguló la acción de nulidad por inconstitucionalidad en cabeza del Consejo de Estado.

No obstante, la Corte Constitucional en este fallo consideró que “(...) las normas demandadas se incluyen dentro de la regla especial de competencia prevista a cargo de este Tribunal en el artículo 241,

*numeral 3, del Texto Superior, conforme al cual a la Corte le compete decidir sobre la constitucionalidad de los plebiscitos del orden nacional, “solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización”. En este punto, es claro que esta Corporación difiere de la lectura propuesta por el Procurador sobre la disposición en mención, ya que el concepto que refiere a los vicios de procedimiento, en el caso del citado mecanismo de participación ciudadana, no se restringe únicamente a aspectos rituales o de mero procedimiento, sino que abarca de igual forma los límites de competencia y, en general, todos los supuestos de trámite, sin perjuicio de que ellos incorporen normas de carácter sustantivo o material, siempre que los mismos se dirijan a impulsar la operatividad del plebiscito y sin los cuales, como ocurre en el asunto bajo examen éste no podría convocarse o realizarse, en los términos que se desprenden de la Carta”.*

El mismo Consejo de Estado también se ha declarado incompetente para conocer de este tipo de actos. Así lo ha expresado esta Corporación:

*“(...) los actos proferidos por distintas autoridades administrativas en el marco de la puesta en marcha de diversos mecanismos de participación y de reformas constitucionales (...) pese a tratarse de actos jurídicos proferidos por entes administrativos, orgánicamente susceptibles de ser tipificados como actos administrativos y enjuiciados como cualquier otro reglamento, por tratarse de manifestaciones emitidas en ejercicio de funciones políticas y no administrativas, (,,,) su control no incumbe al contencioso administrativo sino a la Corte Constitucional, por ser el ente constitucionalmente encargado de fiscalizar la conformidad con el orden superior de esta clase de determinaciones esenciales para el funcionamiento del sistema político-democrático nacional”.*

Las normas constitucionales y el desarrollo jurisprudencial anteriormente expuesto, muestran inequívocamente la competencia del Consejo de Estado en materia de control abstracto de constitucionalidad que se ejerce a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad con todas las características y alcances de la acción pública de inexecutable a cargo de la Corte Constitucional.

Es así como, por ejemplo, los fallos del Consejo de Estado en materia de control de constitucionalidad pueden establecer los efectos de los mismos, bien hacia el pasado, *ex tunc*, señalándolo en forma expresa o, también hacia el futuro, *ex nunc* tal y como

lo dispone el artículo 189 de la ley 1437 de 2011. Aunque la acción se llama de “nulidad por inconstitucionalidad” y como acción de nulidad los efectos se retrotraen al momento de la expedición del acto respectivo, en tanto es acción de control constitucional participa de las mismas atribuciones de los fallos que emite la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad.

Por ello, el mismo artículo 189 *ibídem* dispone que las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237, que corresponden a las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes. Cabe reiterar que la Corte Constitucional en sentencia C-400 de 2013, declaró inexecutable la parte del artículo 189 del CPACA que, en el evento de una acción de inconstitucionalidad a cargo del Consejo de Estado le daba a la decisión el carácter de cosa juzgada constitucional, dejando esta decisión simplemente como cosa juzgada, lo cual resulta por decir lo menos, inexplicable.

Es necesario reivindicar las funciones del Consejo de Estado como juez de constitucionalidad con las mismas atribuciones y efectos de las decisiones que, en este campo, tiene la Corte Constitucional respecto de los actos sobre los que ejerce el control de constitucionalidad.

#### 4. CONCLUSIONES

Nuestro recorrido desde el año 1910 cuando se consagró la Acción Pública de Inconstitucionalidad y posteriormente a partir de la reforma constitucional de 1945, nos muestran que en Colombia existe un control difuso de constitucionalidad a cargo en el día de hoy fundamentalmente por parte de la Corte Constitucional y en forma residual por el Consejo de Estado, lo que ha generado en varias ocasiones conflictos de competencias.

Importante destacar que si bien el artículo 241 de la Constitución Política le asigna a la Corte Constitucional la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución en los “estrictos y precisos términos de este artículo”, en el devenir de este control la Corte ha asumido el conocimiento de muchos actos que, en estricto sentido no estarían comprendidos en ese artículo pero que se han

considerado tienen una relación inescindible con los actos que sí están bajo su competencia.

Corresponderá al Consejo de Estado defender su competencia indiscutible en materia de acciones de nulidad por inconstitucionalidad frente a aquellos actos que no están atribuidos a la competencia de la Corte Constitucional en los términos del artículo 241 de la Carta Política.

## CAPÍTULO XV

# LA REPARACIÓN DIRECTA

AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA\*

**Sumario:** 1. OBJETO DE LA REPARACIÓN DIRECTA. 1.2. DEFINICIÓN LEGAL DEL OBJETO. 1.3. REPARACIÓN DIRECTA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. 2. LA REPARACIÓN DIRECTA EN CONSIDERACIÓN A LA CAUSA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO. 2.3. LA REPARACIÓN DIRECTA Y LOS ACTOS LEGALES. 2.4. LA REPARACIÓN DIRECTA Y LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. 2.5. LA REPARACIÓN DIRECTA Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO CAUSADO A UN TERCERO CON LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO ESTATAL. 2.6. LA REPARACIÓN DIRECTA Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. 3. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA. 3.1. JURISDICCIÓN. 3.2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. 3.3. DEMANDA EN TIEMPO. 3.4. COMPETENCIA. 3.4.1. *Factor Territorial*. 3.4.2. *Factor cuantía*. 4. CONCLUSIONES.

### 1. OBJETO DE LA REPARACIÓN DIRECTA

1.1. La reparación directa es procedente para la resolución de litigios que se adelanten con el objeto de que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, sin que al efecto resulten mayores distinciones en consideración a la naturaleza de la causa del daño. Es además la vía jurídica pertinente para que el Estado que padece un daño demande la responsabilidad extracontractual contra particulares u otras entidades públicas.

Si bien forma parte de los denominados en la ley 1437 de 2011, medios de control, que se proponen en ejercicio de la “única” acción

---

\* Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia; consultora y asesora en temas de responsabilidad del Estado y contratación estatal; Conjuez de la Sección Tercera del Consejo de Estado; Arbitro de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín, Armenia y Manizales.

contencioso administrativo, considero que cada uno de aquellos *medios* contienen en realidad la regulación de acciones distintas, porque cuentan con presupuestos legales diferentes, como quiera que los aspectos que condicionan su utilización, tales como la jurisdicción, legitimación en la causa, demanda en tiempo y competencia, son desarrollados por la ley de manera independiente.

Encuentro así que no se trata de medios de control que materializan la única acción de lo contencioso administrativo que anunció el legislador, pues la ley regula acciones diferenciadas en consideración a su objeto y a la causa del daño que se invoque como fundamento de las pretensiones de responsabilidad que se formulen. Por esta razón encontrarán en este escrito referencias y afirmaciones sobre la *acción de reparación directa*.

## 1.2. DEFINICIÓN LEGAL DEL OBJETO

La reparación directa fue definida así por la ley 1437 de 2011 en los incisos 1 y 2 de su artículo 140:

*“En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

*De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”.*

Se advierte así que esta acción está concebida para demandar la responsabilidad extracontractual del Estado que, con su acción u omisión, cause un daño antijurídico, siempre que éste provenga de una cualquiera de las posibles causas definidas de manera enunciativa en la citada norma, que no alude al contrato ni al acto administrativo.

## 1.3. REPARACIÓN DIRECTA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1.3.1. La responsabilidad extracontractual que se somete a consideración del juez a través de la reparación directa puede ser

subjetiva, cuando se edifica a partir de la prueba de la falla del servicio; u objetiva o sin falla, cuando le sirven de fundamento el riesgo excepcional, el daño especial o rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Nuestra Constitución en su artículo 90 elevó a rango constitucional la regulación de sus elementos desarrollados por la jurisprudencia al disponer que *“el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*.

Y si bien en sus inicios hubo controversia sobre el ámbito de aplicación artículo 90 de la Carta, la misma fue superada, en el entendido de que esta norma, en palabras de la Corte Constitucional, *“consagra (i) la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, (ii) en forma de mandato imperativo, (iii) que es aplicable a todas las autoridades estatales y (iv) a los diversos ámbitos de la responsabilidad (contractual o extracontractual, entre otras)...”* (Sentencia C 286 del 3 de mayo de 2017).

1.3.2. Sobre los elementos de la responsabilidad del Estado el Consejo de Estado ha explicado en numerosas providencias que. *“A partir de la preceptiva del artículo 90 de la Constitución, dos son los elementos constitutivos de la responsabilidad de la administración, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública”*<sup>1</sup>.

1.3.2.1. Se tiene así que el primer elemento de la responsabilidad del Estado es el daño antijurídico, entendido como la lesión de un derecho, de una situación amparada por el derecho o de un interés legítimo que la víctima no está en la obligación de soportar:

*“El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis como quiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado”*<sup>2</sup>.

Respecto de la antijuridicidad del daño ha precisado la misma Corporación *“que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 22 de junio de 2017, Exp. 37649.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 04 de diciembre de 2007. Rad. 16241.

*ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.”<sup>3</sup> Y en cuanto a sus características precisa que el mismo debe ser “cierto, actual, real, determinado o determinable y protegido jurídicamente”<sup>4</sup>.*

1.3.2.2. En cuanto al siguiente elemento, la imputación jurídica del daño, conviene decir que consiste en la atribución del mismo a la entidad pública, comporta la prueba de que proviene de la acción u omisión de la Administración, lo cual impone demostrar el título o fundamento de la imputación y el correspondiente nexo de causalidad, conforme lo explica el Consejo de Estado:

*“La imputación es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas)”<sup>5</sup>.*

En providencias más recientes la misma Corporación señala las diferencias entre la imputación fáctica y jurídica que se ha desarrollado para definir este elemento de la responsabilidad:

*“la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el*

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Citado por: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Rad. 29353.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2014, Exp. No.: 31190.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 10922 del 16 de septiembre de 1999.

*juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico”<sup>6</sup>.*

Y sobre los títulos o criterios de imputación, la misma Corporación explicó

*“La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto”<sup>7</sup>.*

Dicho así, la responsabilidad que se somete al conocimiento del juez por la vía de la reparación directa bien puede conducir a que estos analicen el proceder del Estado para verificar la presencia de uno cualquiera de los títulos de imputación: falla del servicio, riesgo excepcional o el desequilibrio de las cargas públicas, también conocido como daño especial. Teniendo en cuenta además que, para dicha Corporación, existe libertad a la hora de aplicar estos fundamentos o criterios de imputación, como quiera que los mismos son de elaboración jurisprudencial:

*“En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos ‘títulos de imputación’ como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación”<sup>8</sup>.*

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”. Sentencia de 14 de septiembre de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 37637.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia del 05 de julio de 2018. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 52423B.

<sup>8</sup> Sección Tercera, sentencia de unificación 21.515 del 19 de abril de 2012.

## 2. LA REPARACIÓN DIRECTA EN CONSIDERACIÓN A LA CAUSA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

2.1. La responsabilidad patrimonial del Estado, como se indicó, comprende la conjugación de los citados elementos, daño antijurídico e imputación jurídica del mismo, y su naturaleza, contractual o extracontractual, pende de la naturaleza del daño causado.

Así, si el derecho que se afirma lesionado no se causa dentro de una previa relación negocial existente entre las partes, estaremos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado al considerar que la responsabilidad extracontractual es *“aquella que se produce entre sujetos que no están ligados por las reglas de un vínculo obligacional previo o se encuentran por fuera de escenario contractual alguno”*.

En este punto conviene precisar que la claridad que surge a partir del citado artículo 90 Constitucional, sobre la regulación unificada de la responsabilidad patrimonial del Estado, se trastorna con la regulación normativa de la acción contencioso-administrativa, como quiera que los distintos códigos la han clasificado en consideración a la causa determinante del daño.

2.2. La ley 1437 de 2011 establece la reparación directa para demandar la responsabilidad que se configura en presencia de un daño proveniente de una acción u omisión del Estado no comprendida en *i)* la nulidad y restablecimiento del derecho, que está concebido como el medio para demandar la responsabilidad que se sustenta en la legalidad de un acto administrativo que se considere causante del daño por cuya reparación se ejerce la acción, ni en *ii)* la controversia contractual, que está definida para demandar al Estado que, en desarrollo de su actividad contractual, causa un daño.

La reparación directa será por tanto, la vía legal procedente para demandar la responsabilidad extracontractual que comprende eventos como los vinculados con el daño proveniente, entre otras, de los siguientes actos y hechos:

- . la prestación de un servicio público domiciliario;
- . de un acto administrativo legítimo;
- . del ejercicio de una actividad peligrosa;

- . del hecho del legislador;
- . de la función de administrar justicia;
- . de una omisión en el ejercicio de las funciones de conservación y mantenimiento de vías;
- . del ejercicio de la función de administrar el sistema penitenciario;
- . daño proveniente de la actividad precontractual que se causa sin un acto administrativo;
- . de la ejecución de un contrato estatal;
- . de la prestación del servicio de salud;
- . de la celebración de un contrato ilegal

De estos eventos procederé a destacar los que considero más importantes para este análisis.

### 2.3. LA REPARACIÓN DIRECTA Y LOS ACTOS LEGALES

Aunque es razonable considerar que el daño que proviene de un acto administrativo debe proponerse procesalmente por la vía de la nulidad y restablecimiento del derecho, conforme lo establece la ley 1437 de 2011 siguiendo la tradición jurídica sobre esta materia, esta acción no es la procedente cuando el acto que se afirma causante del daño es legítimo o legal.

En efecto, de la regulación normativa de la nulidad y restablecimiento del derecho se infiere con claridad que esta procede cuando el daño proviene de un acto ilegal, cuyos vicios son encuadrables dentro de las expresas causales de invalidez del acto. De esta manera es dable afirmar que, si el daño proviene de un acto que no se reputa irregular, la acción procedente para demandar la responsabilidad es la reparación directa.

Conforme lo ha expuesto el Consejo de Estado es la acción de reparación directa es la acción que procede ejercer si la fuente del daño es un acto administrativo legítimo, que se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico y está libre de vicios, siempre que con el mismo se imponga al particular una carga que represente el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. (Sección Tercera, subsección A, Sentencia 48950 del 5 de febrero de 2021)

Se precisa también que es el camino procesal para demandar la responsabilidad por el daño causado con un acto administrativo que, si bien desapareció del ordenamiento por decisión de la propia administración o del juez de la nulidad del acto, alcanzó a lesionar un derecho subjetivo durante su vigencia. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias 16079 de 2006, 27422 de 2009 y 48950 de 2021).

## 2.4. LA REPARACIÓN DIRECTA Y LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

2.4.1. La reparación directa es la vía procedente para demandar la responsabilidad precontractual de una entidad pública cuando se esté en presencia de la vulneración de un derecho precontractual que puede consistir, entre otros, en:

*i)* la lesión del derecho a participar en un proceso de selección que padece quien atiende la convocatoria de la entidad, prepara su propuesta y no logra radicarla porque el trámite precontractual finalmente no se surte, por una omisión de la entidad que no se materializa en la expedición de un acto administrativo.

*ii)* la lesión del derecho a ser contratista, que se presenta cuando se adjudica el contrato a quien hizo la mejor propuesta, no obstante lo cual el negocio no se perfecciona por el incumplimiento de la entidad respecto de las obligaciones de hacer que surgen del correspondiente acto de adjudicación.

En estos eventos la procedencia de la reparación directa es clara, se insiste, siempre que la entidad incurra en omisión de sus deberes precontractuales sin emitir acto alguno.

2.4.2. No ocurre lo mismo con los siguientes eventos como quiera que el incumplimiento de los deberes precontractuales se materializa generalmente en un acto administrativo que contiene la decisión determinante del daño, en cuyo caso la vía procesal correspondiente es la nulidad y restablecimiento del derecho; estos son:

*i)* la lesión del derecho a ser evaluado, que surge cuando el interesado radica su propuesta y el trámite se suspende

indefinidamente durante su desarrollo o simplemente no se realiza por la expedición del acto que declara desierto, sin justa causa, el procedimiento correspondiente.

ii) la lesión del derecho a ser adjudicatario, cuando el procedimiento de selección se adelantó y el sujeto que hizo la mejor propuesta no fue seleccionado toda vez que la entidad emite un acto administrativo por medio del cual adjudicó a otro o un acto administrativo con el cual declara desierto el procedimiento, sin que esté comprada una causal legal.

En estos dos últimos escenarios, de conformidad con lo previsto en la ley 1437 de 2011, resulta procedente el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, que conduce a que el juez analice la legalidad del acto administrativo correspondiente y el daño que se afirma producido.

2.4.3. Se precisa finalmente que la reparación directa también es la procedente cuando se pretenda la responsabilidad precontractual de una entidad excluida del estatuto general de contratación por seleccionar de manera irregular un proponente mediante un acto jurídico que, de conformidad con lo expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado, no tiene la naturaleza de Acto Administrativo, en el entendido de que: *“Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios Públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.”* (Sentencia de Unificación 42003 del 3 de septiembre 2020)

## 2.5. LA REPARACIÓN DIRECTA Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO CAUSADO A UN TERCERO CON LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO ESTATAL

Aunque la ley establece que la acción de controversias contractuales es la vía procesal concebida para formular pretensiones relacionadas con la actividad contractual del Estado, cabe precisar que es procedente la reparación directa para demandar la responsabilidad extracontractual por el tercero que

invoque la ocurrencia de un daño causado con la ejecución de un contrato estatal.

Este proceso se tramita ante el juez de lo contencioso administrativo mediante demanda dirigida contra el contratista, contra la entidad contratante o contra los dos, teniendo en cuenta que en este último evento, se formulan pretensiones que se sustentan en la responsabilidad solidaria a que alude el artículo 2344 del Código Civil.

Si bien la obligación de reparar los daños que se causen a terceros con la ejecución de un contrato estatal es del particular contratista, quien además debe garantizar el cumplimiento de esta prestación, es usual que el damnificado demande también al Estado contratante, en desarrollo de tesis jurisprudenciales indicativas de que la entidad que se beneficia con la obra, bien o servicio objeto del negocio jurídico, debe responder solidariamente.

## 2.6. LA REPARACIÓN DIRECTA Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El litigio relativo a la responsabilidad del Estado prestador de servicios de salud es de naturaleza extracontractual, conforme lo ha definido el Consejo de Estado con fundamento en que el mismo se presta en cumplimiento de mandatos constitucionales y legales; por tanto es la reparación directa la vía procedente para someter al conocimiento de juez este tipo de litigios.

La demanda generalmente se impetra contra el prestador del servicio de salud, empresa social del Estado; como también contra los sujetos que tengan vinculo legal o contractual con esta y haya participado en los actos propios del servicio de salud.

Es frecuente demandar al médico o a la enfermera que participó en la ejecución de los actos médicos o paramédicos determinantes del daño invocado, lo cual ha motivado pronunciamientos del Consejo de Estado quien ha precisado que esta vía es procedente para demandar la responsabilidad del Estado, no la de sus agentes, en el entendido de que estos podrán ser perseguidos por la entidad siempre que se cumplan los supuestos que prevé el inciso segundo de la ley

### 3. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA

#### 3.1. JURISDICCIÓN

El juez de lo contencioso administrativo es quien conoce el proceso promovido en ejercicio de la acción de reparación directa, que se dirige contra una entidad pública que actúa a través de sus agentes, por medio de un particular que ejerce función pública o de un particular que obra siguiendo instrucciones del Estado.

La ley 1437 de 2011 establece en la parte inicial de su artículo 104 lo siguiente:

*“De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

*Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

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

*(...)”*

Radica en el juez de lo contencioso administrativo el litigio originado en acciones y omisiones que involucren entidades públicas o particulares que ejerzan función administrativa, a la vez que define en consideración a la naturaleza del sujeto la jurisdicción para conocer los litigios propios de la responsabilidad extracontractual, con lo cual parecía privilegiar el factor subjetivo por sobre cualquier otro para definir este presupuesto de la acción de reparación directa.

La misma norma define lo que entiende por entidades públicas así:

*“Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga*

*una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.*

No obstante, la misma ley en su artículo 105 al regular las excepciones a lo previsto en el artículo 104 excluyó de la jurisdicción los procesos relativos a la responsabilidad extracontractual en los cuales estén presentes algunas entidades sometidas a regímenes especiales, así:

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

*(...)”*

### 3.2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Sobre la legitimación en la causa el consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

*“La legitimación en la causa es un presupuesto procesal derivado de la capacidad para ser parte, las personas con legitimación en la causa se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea como demandante o como demandado. La jurisprudencia de esta Corporación ha analizado dicho elemento desde dos dimensiones: la de hecho y la material. La primera, surge de la formulación fáctica y de la imputación presentada en la demanda, mientras que la segunda se deriva del análisis probatorio y pretende acreditar o desvirtuar la configuración de la responsabilidad atribuida a la parte demandada. El estudio de la legitimación material por pasiva tiene lugar en la sentencia”. (Sentencia 63247 del 10 de marzo de 2020).*

La legitimación en la causa que abordaremos a continuación es el relativo a la capacidad para comparecer al proceso como demandante o como demandado, pues considero que la denominada material o sustantiva alude a un requisito de prosperidad de la pretensión, no a un presupuesto del derecho de acción.

3.2.1 De conformidad con lo previsto en la ley 1437 de 2011 está legitimado en la causa por activa el interesado, es decir el que se

crea lesionado o damnificado con una acción u omisión del Estado y pretenda la reparación de los consecuentes perjuicios.

Está igualmente legitimado la entidad pública que tenga interés en que se declare la responsabilidad extracontractual de un particular o de otra entidad pública.

3.2.2. En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, el artículo 140 de la ley 1437 de 2011, como se indicó precedentemente, dispone que la acción de reparación directa se promueve para demandar la reparación del daño *“producido por la acción u omisión de los agentes del Estado”*, no obstante lo cual habrá de entenderse, en los términos de la Constitución Política, que se alude al daño que sea imputable al Estado y que se haya causado *“por la acción u omisión de las autoridades públicas”*.

En efecto, el legitimado en la causa por pasiva es el Estado en el entendido de que la acción de reparación directa no procede contra sus agentes, ni contra los particulares que ejercen funciones públicas, ni contra el particular que obró siguiendo expresa instrucción del Estado; pues de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución: *“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”*.

Así, sobre el alcance del concepto relativo a *los agentes del Estado* a través de quienes actúa este, la Corte Constitucional en Sentencia C 644 de 2011, precisó lo siguiente:

*“...cuando la norma refiere a ‘agentes del Estado’, se entiende que comprende tanto los servidores públicos como los particulares que desempeñan funciones públicas y que en conexión con el servicio ejecutan conductas violatorias de la vida, honra y bienes de la persona, amparadas por el artículo 2° de la Carta. De esta manera, resulta claro que la norma garantiza el deber de reparación por parte del Estado, siendo éste responsable por los daños antijurídicos ocasionados por sus agentes con ocasión de la actividad estatal, en la medida, que la víctima del daño no esté en el deber jurídico de soportarlo”*.

Sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva el Consejo de Estado precisó:

*“(...) La legitimación en la causa por pasiva, en el proceso contencioso administrativo, necesariamente debe entenderse a la luz del concepto de capacidad para ser parte.*

*(...) estamos ante un problema de falta de legitimación en la causa, cuando se demanda a una persona de derecho público en particular, verbigracia la Nación, y quién debió ser demandado era otra persona, entiéndase un Municipio, un Departamento u otra entidad pública con personería jurídica.” (Sentencia 63247 del 10 de marzo de 2020).*

### 3.3. DEMANDA EN TIEMPO

3.3.1. Este es uno de los requisitos de procedencia de la acción, en cuya ausencia es imperativo declarar la caducidad, conforme lo prevé la ley 1437 de 2011:

*“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*

*(...)*

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

*(...)*

*i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.*

*Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición;(...)”.*

Al respecto es importante recordar que la demanda en tiempo se ha regulado de manera diferencial en consideración al tipo de acción que se pretende ejercer las cuales, como se explicó precedentemente, se definen legalmente en atención a la causa

del daño que invoque el actor: acto administrativo ilegal, acción u omisión relacionada con la actividad contractual y en defecto de los anteriores, la reparación directa.

Y en consonancia con el inmenso valor que el legislador tradicionalmente le otorga a la causa del daño, define el punto de partida del término de la caducidad de la acción en consideración a la fecha en que ocurre la acción u omisión “*causante del daño*”, para disponer que es de dos años contados desde el día siguiente a esta.

A partir de esta regulación general el legislador y la jurisprudencia han desarrollado numerosas excepciones que, sin duda, reflejan la dificultad que persiste respecto del inicio del cómputo del término para demandar en ejercicio de la reparación directa y nos conducen a proponer un replanteamiento total de estas normativas que bien puede atender la ocurrencia, la evidencia o la consolidación del daño, por cuya reparación se acuda ante la jurisdicción.

3.3.2. Sobre las consecuencias que se derivan del incumplimiento de este presupuesto de la acción y las excepciones a la regla de iniciar el cómputo en atención a la fecha de ocurrencia de la causa del daño, conviene destacar lo expuesto por el Consejo de Estado que, en sentencia 56643 del 5 de marzo de 2020, consideró:

*“Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir, que no admite renuncia y el juez debe declararla en caso de que se verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer la acción judicial correspondiente dentro del plazo legalmente estipulado. La caducidad ha sido entendida como la extinción de la posibilidad de formular una pretensión por el transcurso del tiempo previamente fijado por la ley en forma objetiva.*

*No obstante lo expuesto, la jurisprudencia ha admitido que en aquellos eventos en los que no es posible identificar el hecho generador del daño con su conocimiento, el conteo del fenómeno de la caducidad debe empezar a operar desde este último, a fin de garantizar el acceso a la administración de justicia. La anterior postura guarda relación con la del legislador al redactar el literal i del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, al señalar que el parámetro a seguir para el inicio del cómputo del término de caducidad es el momento en el que el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo [del daño] si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”.*

En reciente providencia la citada Corporación advirtió sobre la importancia de la fecha de ocurrencia del daño, como también del momento en que el mismo es conocido:

*“Para la fijación del inicio del cómputo de la caducidad, resulta indispensable, de manera general, identificar el momento de causación del daño antijurídico alegado en la demanda, debido a que puede coincidir o no con el hecho generador, y si se tuvo conocimiento de manera inmediata o posterior a su generación”.* (Subsección A, sentencia 59490 del 5 de febrero 2021).

3.3.3. De conformidad con lo dispuesto por el legislador se resalta lo siguiente:

- la regla general es que el término de caducidad se cuente desde el día siguiente a la fecha de ocurrencia de la acción u omisión determinante del daño;
- procede inaplicar la anterior regla si el daño permaneció oculto para la víctima, sin su negligencia;
- procede inaplicar la citada regla cuando se trata de daño proveniente de la desaparición forzosa para contar el término de dos años desde que la víctima aparece o desde que se declare mediante providencia ejecutoriada la muerte por desaparecimiento.

Conviene tener en cuenta que las preindicadas excepciones que hoy están en la ley provienen de previas interpretaciones jurisprudenciales realizadas por el Consejo de Estado; Corporación que, en vigencia de la ley 1437 de 2011, ha desarrollado y reiterado otras que aún no cuentan con regulación normativa, como ocurre en los supuestos que desarrollo a continuación.

Algunas de las citadas excepciones se sustentan en la falta de evidencia o consolidación del daño, como ocurre con las definidas para algunos litigios promovidos contra la Nación, Rama Judicial. Otras se sustentan en el deber constitucional de garantizar del derecho de acceso a la administración de justicia, particularmente cuando la víctima está en imposibilidad de ejercer el derecho de acción.

3.3.4. Excepciones en consideración al desconocimiento del daño y a la falta de consolidación del mismo

3.3.4.1. Cuando la reparación directa se sustenta el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el término de dos años se cuenta desde que se define como antijurídico lo padecido por la víctima del mismo. Así en sentencia 57488 del 5 de febrero 2021 proferida por la Subsección A, el Consejo de Estado precisó que para el proceso que se adelanta con sustento en el daño derivado de la privación de un bien en trámite *del proceso de extinción de dominio*: “la caducidad debe contabilizarse desde ‘la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que justificaba la decisión o el procedimiento adelantado por la autoridad judicial’”.

3.3.4.2 De igual forma, si se ejerce la acción de reparación directa con fundamento en un error judicial, el término se computa desde el día siguiente a la ejecutoria de la providencia que contiene el error judicial:

*“La Sección Tercera de esta Corporación ha indicado, de manera reiterada, que en este tipo de procesos el término de caducidad empieza a contabilizarse a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia judicial que contiene el error judicial y que agote la instancia. Si bien no obra la constancia de ejecutoria de la anterior providencia, no es menos cierto que, aun tomando el día siguiente al de su expedición como referencia, ha de concluirse que la demanda se presentó oportunamente.”* (Sentencia 52358 del 5 de marzo de 2020)

Ha precisado también la Corporación que, cuando el error judicial es declarado por otro juez, por ejemplo en sentencia que define acción de tutela, el término se cuenta desde el día siguiente la ejecutoria de esta última sentencia:

*“...el cómputo de la caducidad deberá contabilizarse a partir de la providencia que concede el amparo constitucional, es decir, la sentencia T-578 de 2010, proferida por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional en el trámite de revisión de las sentencias de tutela proferidas por el Tribunal Superior de Distrito Judicial–Sala de Decisión Penal y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que fue en virtud de esta providencia que quedaron en evidencia los yerros en los que incurrieron las autoridades investidas tanto de la facultad de instrucción como la de juzgamiento (...).”* (Sentencia 61800 del 5 de febrero de 2021).

3.3.4.3. El Consejo de Estado ha señalado que, cuando la demanda se sustenta en la privación injusta de la libertad, el

término se cuenta desde el día siguiente a la ejecutoria de la providencia que adopta la decisión que deja en libertad al sujeto:

*“En relación con las acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad”.* (Sentencia 50264 del 5 de marzo de 2020).

3.3.4.4. Si la demanda se sustenta en la ocupación permanente del bien, *“el plazo perentorio definido por la ley comienza su cómputo a partir de la finalización del proyecto u obra que le hubiera dado origen, con la salvedad que ha definido la jurisprudencia en torno a que, si la obra o intervención estatal es de gran envergadura e implica un desarrollo de labores por fases dada su complejidad, el término no está llamado a contarse desde la finalización de la totalidad de la obra o proyecto que genera la ocupación, sino desde la terminación de ésta en el predio del demandante.”* (Sentencia 48671 del 5 de febrero de 2021).

3.3.4.5. Si la acción se sustenta en un daño que proviene de la prestación del servicio de salud, el cual no se evidenció en la fecha del tratamiento, procede contar el respectivo término así: *i.* desde el día siguiente a la fecha en la cual el daño es percibido por la víctima, *ii)* desde el día siguiente a la fecha en que el daño es definitivo la cual generalmente coincide con la del último tratamiento practicado a la víctima para excluir el daño; y *iii)* si la causa del daño permanece desconocida para la víctima, desde que se evidencia esta para él, como ocurre en eventos de olvido quirúrgico.

Al respecto conviene destacar lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia 53913 del 7 de mayo de 2021, proferida por la subsección A:

*“52. En relación con las afectaciones a la salud, el cómputo de la caducidad no resulta del todo simple, en tanto que, existen eventos en los que tales afectaciones son conocidas desde el día de ocurrencia del hecho que les da origen, verbi gratia, cuando una persona sufre una amputación por razón de un accidente de tránsito o un accidente laboral, caso en el cual desde el día en que se generó el insuceso, el afectado tiene conciencia*

*de la pérdida de la extremidad respectiva; empero existen otros casos en los que las disminuciones de salud no son conocidas desde el momento de ocurrencia, sino que la consciencia que tiene el lesionado de su existencia se da con posterioridad al hecho que les dio origen, por ejemplo y entre otros, los casos de enfermedades nosocomiales, donde el conocimiento de la afectación sólo se adquiere con el reporte diagnóstico que así la haga saber y no desde el instante en que el paciente contrajo la enfermedad.*

53. También es preciso aclarar que no puede confundirse el diagnóstico definitivo de una afectación de salud con valoraciones médicas posteriores que determinen su magnitud, el impacto de la aminoración de salud en la capacidad de ejecución actividades humanas, como las laborales, o que determinen tratamientos médicos adicionales, en consideración a su naturaleza cuantitativa pero no determinante de lesiones, pues parten de un dictamen previo, que ya ha sido conocido por el lesionado, para especificar los efectos de una disminución de salud o para establecer el tratamiento médico paliativo requerido, de ahí que los dictámenes proferidos por las juntas de calificación de invalidez o evaluaciones médicas posteriores al diagnóstico definitivo no resulten relevantes para el cómputo de la caducidad de la acción”<sup>9</sup>.

Sobre esta última consideración de la Corporación cabe destacar la importancia que la Jurisdicción de lo contencioso administrativo le da a la diferencia entre daño y perjuicio al precisar que el conocimiento sobre la magnitud de este último no es relevante para el cómputo de la caducidad de la acción de reparación directa.

### 3.3.5. Excepciones en consideración a la situación de las víctimas

3.3.5.1. Sobre estos eventos de excepción a la aplicación de las reglas generales para el cómputo del término de caducidad, en protección del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, el Consejo de Estado explicó que el plazo para demandar

---

<sup>9</sup> “Su función es la de calificar la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen, es decir, establecer la magnitud de una lesión respecto de la cual el afectado directo tiene conocimiento previo, en función de la capacidad laboral de la víctima, por tanto, no constituye criterio que determine el conocimiento del daño, elemento que importa para el cómputo del término de la caducidad, pues se resalta que debe diferenciarse el daño de su magnitud, porque la caducidad tiene relación y punto de partida con el conocimiento del primero”, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2020, exp. 53836.

*“no se computará mientras subsistan dichas situaciones especiales y, una vez superadas, empezará a correr el término de ley.”* En cuanto al fundamento de estas consideraciones, explicó dicha Corporación lo siguiente:

*“A juicio de la Sala, el término de caducidad de la pretensión de reparación directa no resulta exigible en los eventos en los que se **afectan de manera ostensible** los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia<sup>44</sup>, por la configuración de circunstancias que obstaculizan materialmente el ejercicio del derecho de acción y, por ende, impiden agotar las actuaciones necesarias para la presentación de la demanda, dentro de las cuales se encuentra la constitución de apoderado.*

*La Sección enfatiza en que se trata de supuestos objetivos, como secuestros, enfermedades o cualquier situación que no permita **materialmente acudir a esta jurisdicción**, pues lo referente a la imposibilidad de conocer la relación del Estado con el hecho dañoso no da lugar a la inaplicación de las reglas de caducidad, sino al cómputo a partir del momento en el que, dado el conocimiento de los hechos, surge el interés para reclamar la indemnización de los perjuicios causados, como se explicó en el acápite precedente.*

*En síntesis, el juez de lo contencioso administrativo debe, **excepcionalmente**, inaplicar el término de caducidad de la pretensión de reparación directa cuando advierta que la no comparecencia ante la administración de justicia se encuentra justificada por razones materiales, pues el paso del tiempo no puede empezar a correr contra quien no goza del acceso efectivo a la administración de justicia, lo cual, se insiste, depende de las circunstancias especiales de cada sujeto”. Sentencia de unificación 61033 del 29 de enero de 2020).*

Dentro de estas excepciones cabe destacar las que se explican a continuación.

3.3.5.2. Si la acción se fundamenta en el desplazamiento forzado, el término se inicia desde la cesación del desplazamiento:

*“Lo que resulta determinante para contabilizar el término para acudir ante esta jurisdicción, a través del medio de control de reparación directa, es la cesación del desplazamiento.”* (Auto 66237 de 5 de febrero 2021).

3.3.5.3. Si la acción se ejerce por menores en incapacidad el término se cuenta desde la mayoría de edad:

*“De esta manera, es claro que la caducidad se tendría que contar desde que los señores Moisés y Manuel adquirieron la mayoría de edad, esto es, la capacidad de ejercicio que les permite acceder a la administración de justicia, directamente, lo que sucedió el 9 de septiembre de 2012 para Moisés y el 2 de septiembre de 2013 para Manuel García Jiménez, de suerte que como la demanda se presentó el 22 de agosto de 2014, lo fue en tiempo”.* (Auto 54208 del 31 de mayo de 2016).

3.3.5.4. Si la acción se pretende ejercer por discapacitados el cómputo del término de caducidad no se podrá iniciar si el interesado incapaz no contaba con la debida representación:

*“Lo anterior sirve como antecedente para indicar que existen casos en los cuales computar el término de caducidad de manera estricta puede implicar una denegación de justicia, pues pueden presentarse situaciones excepcionales que impidan que las personas acudan a la jurisdicción dentro del término establecido para ello, casos en los cuales el juez debe evaluar si la imposibilidad de hacer valer su derecho fue de tal magnitud y ajena a la voluntad del accionante, que el no estudiar de fondo el asunto vulneraría el derecho de acceso material a la administración de justicia.*

*Lo anterior puede suceder, por ejemplo, cuando sobrevienen incapacidades físicas, psíquicas o mentales sobre el afectado, que le impiden proteger sus intereses. En esas circunstancias, si carece de curador o tutor que actúe por él en defensa de sus derechos dentro del término legalmente indicado para el efecto, es necesario que el juez analice las circunstancias del caso concreto<sup>10</sup>.*

*En tales situaciones, podría, de manera excepcional y especialísima, obviarse el término de caducidad señalado para cada acción, siempre y cuando se demuestre que el hecho de no interponer la demanda dentro del término de caducidad no se derivó de negligencia o desinterés del afectado<sup>11</sup>.* (Auto 63235 de 2019).

3.3.5.6. Caducidad de la acción que se fundamenta en delitos de lesa humanidad.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de abril de 2016 (exp. 0225-10), también auto del 22 de febrero de 2018 (exp. 0820-12), entre otros.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de abril de 2016 (exp. 0225-10), también auto del 20 de septiembre de 2018 (exp. 5003-16), entre otros.

Cuando la acción se sustenta en la ocurrencia de delitos de lesa humanidad, el término se cuenta desde que la víctima conoce de la participación del Estado en la ocurrencia de aquellos:

*“Así las cosas, la Sección Tercera concluye que las situaciones que se pretenden salvaguardar con la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra se encuentran previstas en materia de lo contencioso administrativo al amparo de la hipótesis del conocimiento del hecho dañoso y en virtud de lo cual el término de caducidad sí debe exigirse en estos eventos, pero a partir de que se advierta que el interesado sabía o tenía la posibilidad de advertir que el Estado tuvo alguna injerencia en la controversia y era susceptible de ser demandado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.”*(Sentencia de unificación 61033 del 29 de enero de 2020).

La anterior postura fue respaldada por la Corte Constitucional que en Sentencia SU 312 de 2020 precisó:

“6.17. Así las cosas, según el precedente contencioso administrativo en vigor, el medio de control de reparación directa está sujeto al término de caducidad legal, cuando el hecho generador del daño alegado en el mismo constituye un delito de lesa humanidad o un crimen de guerra<sup>12</sup>, bajo el entendido de que el plazo de dos años para acudir al sistema judicial se computa desde el momento en que los afectados conocieron o debieron conocer la participación, por acción u omisión, del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle la responsabilidad patrimonial respectiva”<sup>13</sup>.

### 3.4. COMPETENCIA

#### 3.4.1. Factor Territorial

Está regulado en el artículo 156 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 31 de la Ley 2080 de 2021, en consideración al lugar de ocurrencia de la acción u omisión determinante del daño, o del domicilio del demandado:

<sup>12</sup> Salvo los casos de desapariciones forzadas que, como se indicó previamente, tienen una regulación legal distinta.

<sup>13</sup> Cfr. Sentencia del 29 de enero de 2020 (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico) de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Rad.: 2014-00144-01).

*“6. En los de reparación directa se determinará por el lugar donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas, o por el domicilio o sede principal de la entidad demandada a elección del demandante. Cuando alguno de los demandantes haya sido víctima de desplazamiento forzado de aquel lugar, y así lo acredite, podrá presentar la demanda en su actual domicilio o en la sede principal de la entidad demandada elección de la parte actora”.*

La nueva disposición no solucionó las dificultades que se presentan para las víctimas que tienen su domicilio en lugar distinto al de ocurrencia del acto o hecho dañino, como también al del domicilio de la entidad demandante; como ocurre por ejemplo con el daño que proviene de una intervención médica a la cual se sometió un paciente en un lugar distinto al de su domicilio.

En la regulación general de este requisito el legislador privilegia la situación de la demandada por sobre la situación, muchas veces de indefensión, de la víctima del daño, en contravía de los desarrollos jurisprudenciales de las cortes que propenden por la protección del derecho de acceso a la administración de justicia de los más débiles.

### 3.4.2. *Factor cuantía*

La competencia por la cuantía se define en consideración a la mayor pretensión de indemnización de perjuicios materiales cuando estas se acumulan con pretensiones de compensación de los inmateriales. O en consideración a la mayor pretensión de compensación de los inmateriales cuando sólo se proponen de este tipo.

Al respecto la ley 1437 de 2011 en su artículo 157, modificado por el artículo 32 de la Ley 2080 de 2021, prevé, en lo pertinente, lo siguiente:

*“La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, que tomará en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, causados hasta la presentación de aquella.*

*Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor.*

(...)”.

En la demanda correspondiente deberá justificarse la cuantía de todas las pretensiones de condena formuladas con explicación de los dos períodos aceptados por la jurisprudencia: consolidado y futuro. Sin embargo, para los fines relativos a la competencia solo se tomarán en cuenta los perjuicios causados hasta la fecha de su presentación o período consolidado, que corresponde al transcurrido desde el día en que cesa el ingreso y la radicación de la demanda.

#### 4. CONCLUSIONES

4.1. Es hora de repensar la regulación legal de la acción contencioso administrativa en función de su dos principales objetos: contencioso subjetivo que tiene por objeto la reparación del daño que causa el Estado y el contencioso objetivo que alude al control de la legalidad de los actos administrativos.

Con esta clasificación se excluirá la problemática que subsiste al definir las acciones en consideración a la causa del daño, lo cual motiva numerosas providencias judiciales que rechazan el acceso a la administración de justicia por caducidad.

4.2. La Problemática subsiste y también las confusiones al escoger el *medio de control* precedente porque:

- i.* no se conoce, ab initio, la causa de la lesión o daño;
- ii.* no existe claridad sobre la naturaleza del pronunciamiento de la administración, esto es, si es o no un acto administrativo; y porque
- iii.* se utiliza la reparación directa aun cuando la causa del daño está relacionada con acto administrativo o contrato.

4.3 Al adoptarse una acción contencioso subjetiva sin regulaciones diferenciadas por la causa del daño, podrían definirse presupuestos procesales uniformes para esta, dentro de los cuales estaría un término de caducidad más generoso, aplicable sin distingos en consideración a la existencia del daño, como debe ser: desde que se produce, se conoce o consolida.

# CAPÍTULO XVI

## LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

DIANA MARÍA BELTRÁN VARGAS\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL. III. CUESTIONES PARTICULARES DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN COLOMBIA. A. LA CONSULTA OBLIGATORIA AL TJCA Y EL JUEZ NACIONAL COMO GUARDA DEL SISTEMA. B. LA OMISIÓN DE APLICAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

### I. INTRODUCCIÓN

La creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) respondió a una necesidad práctica. Si bien en su momento se miró con recelo<sup>1</sup>, mediante este órgano se buscó dotar al sistema andino con mecanismos que permitieran hacer responsables a los Miembros respecto de las obligaciones del sistema. Se trata entonces de un sistema de solución de controversias que tiene influencia directa en el ordenamiento jurídico de los estados.

---

\* Docente investigadora del departamento de derecho económico de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Colombia. Contacto: dianama.beltran@uexternado.edu.co

<sup>1</sup> FERRIS, Elizabeth G. "National Political Support for Regional Integration: The Andean Pact" *International Organization*, Winter, 1979, Vol. 33, No. 1, pp. 83-104, p. 110: "These data indicate that while a majority of respondents support the idea of some kind of supranational judicial authority, most do not support the current proposal. In fact, only Colombia seems committed to the Junta's present proposal. In spring 1975 (several months before the interviews in Colombia were carried out) the Colombian Supreme Court issued a decision which not only recognized the supranational nature of the Andean Pact but also encouraged the formation of an Andean Tribunal. The Colombians pointed to this decision with pride, as a symbol of their commitment to the Tribunal".

Aunque a simple vista el Tribunal es apenas una copia del europeo, no pueden dejarse de lado sus particularidades. Por un lado, el nivel de influencia es más reducido si se considera no sólo la limitación regulatoria andina (en comparación con la europea). También, la cantidad de miembros es considerablemente menor y su falta de compromiso con la implementación del sistema ha tenido efectos negativos<sup>2</sup>, retardando así el proceso de integración. Finalmente, las decisiones del TJCA han unificado la implementación de la regulación en propiedad intelectual<sup>3</sup>, una característica que se resalta de este órgano.

Para que el Tribunal pueda cumplir con su objetivo, el Tratado de Creación del TJCA (Decisión 432) y su Estatuto (Decisión 500) prevén una serie de acciones judiciales que pueden ser ejercidas bien sea por los ciudadanos de la Comunidad Andina<sup>4</sup>, o por las instituciones de los países<sup>5</sup>.

Específicamente, se resalta la solicitud de interpretación prejudicial; esta es una herramienta de armonización entre el ordenamiento interno y el ordenamiento transnacional. Esta es la acción más utilizada dentro del ordenamiento andino y ha sido objeto de observaciones y algunas controversias, debido a los casos en los que se ha utilizado. De esta acción se desprenden una serie de obligaciones que permiten que la acción cumpla con su función fundamental.

El presente escrito se concentra en esta acción, por lo cual la primera sección describe el carácter de la interpretación prejudicial. Posteriormente, se analizan los efectos que se derivan del cumplimiento (o no) de la consulta obligatoria en dos decisiones

---

<sup>2</sup> ALTER, Karen J y HELFER, Laurence R. *Transplanting international courts. The law and politics of the Andean Tribunal of Justice*. Oxford University Press, 2019, pp. 143, 258.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 144, 194-197

<sup>4</sup> Como por ejemplo la acción de nulidad (artículo 19 Decisión 432) la acción de incumplimiento (artículo 25), la función arbitral (artículo 38). Ver VERGARA QUINTERO, Luis Rafael. "La importancia del control Jurisdiccional en el Ordenamiento Comunitario Andino". En: GÓMEZ APAC, Hugo Ramiro *et al* (ed.). *Apuntes de Derecho Comunitario Andino A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*. Ecuador, Editorial San Gregorio, 2019, p. 143.

<sup>5</sup> Es el caso de la Interpretación prejudicial que sólo pueden incoar los jueces nacionales, según el artículo 33. Ver GÁLVEZ KRÜGER, María Antonieta. *Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina*. THEMIS Revista de Derecho, 2001, (42), 131-144, p. 133.

del Consejo de Estado, que llaman la atención por las repercusiones que tuvieron en el ordenamiento nacional. Lo anterior, resalta la relevancia de que los jueces nacionales adopten actitudes guardianas del ordenamiento comunitario al implementarlo dentro del nacional.

## II. NATURALEZA DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Uno de los propósitos de crear una corte transnacional como esta era garantizar la aplicación de la ley comunitaria de una forma homogénea, es decir, que los Estados Miembros cedieron una parte de su soberanía para que fuera este Tribunal el encargado de interpretar el ordenamiento andino y aplicar la ley uniformemente<sup>6</sup>. En particular, la acción de interpretación prejudicial es la herramienta que mejor cumple con esta función, pues su objetivo es guiar al juez nacional en el alcance específico de la normativa andina, sin necesidad de que haya una violación de por medio (i.e. acción de incumplimiento) o se cuestione la existencia de una norma (i.e. acción de nulidad).

La interpretación prejudicial, en los términos de la Decisión 472 y la Decisión 500, tiene como objetivo garantizar la interpretación uniforme de las normas andinas en los países que conforman la Comunidad<sup>7</sup>. Esta acción sólo puede tener lugar en el marco de un proceso judicial específico en el que una norma andina sea aplicable<sup>8</sup>, por lo cual el juez nacional debe consultar al juez transnacional sobre cuál es el alcance que debe darle a esta norma en el caso concreto<sup>9</sup>.

De acuerdo con el *Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Judiciales* (Acuerdo 08/2017), la interpretación prejudicial es una herramienta que orienta al juez nacional sobre el contenido y alcance del ordenamiento

<sup>6</sup> FERRIS, Elizabeth G. "National Political Support for Regional Integration: The Andean Pact". *International Organization*, Winter, 1979, Vol. 33, No. 1, pp. 83-104, p. 99

<sup>7</sup> Decisión 472, artículo 32; Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 121

<sup>8</sup> PACHÓN MUÑOZ, Manuel. *La Acción de Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario Andino*. THEMIS Revista De Derecho, 1992, (23), 75-88, p. 73

<sup>9</sup> Decisión 472, artículo 33; Decisión 500, artículos 122 y 123

comunitario en un caso concreto<sup>10</sup>. Para cumplir con esta función, el artículo 4 de este Acuerdo fija el método de interpretación que debe seguir el TJCA cuando deba resolver esta acción:

*“El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina utilizará los diferentes métodos de interpretación reconocidos por la Teoría General del Derecho. No obstante ello, tendrá presente la realidad y las características esenciales del Derecho de la Integración y, en los casos que corresponda, empleará de preferencia los métodos de interpretación funcionales, tales como el sistemático, el teleológico y de la ratio legis”.*

Desde la primera decisión de una interpretación prejudicial, se entendió que el objeto detrás del TJCA no era remplazar la justicia nacional, sino complementarla<sup>11</sup>. De ninguna manera el Tribunal está facultado para fallar una disputa dentro del territorio de los países miembros de la Comunidad Andina<sup>12</sup>, sino que se trata de una herramienta que le da al juez nacional la interpretación “adecuada” para el caso, y ya será función del segundo aplicar esto en la disputa a resolver<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Acuerdo 08/2017, artículo 3.1

<sup>11</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andino, Proceso 01-IP-87: *“Se ha establecido así un sistema de división de trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el derecho comunitario y, por supuesto, las del derecho interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno”.*

En el mismo sentido PACHÓN MUÑOZ, Manuel. *La Acción de Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario Andino*. THEMIS Revista de Derecho, 1992, (23), 75-88. pp. 78-79, GÁLVEZ KRÜGER, María Antonieta. *Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina*. THEMIS Revista de Derecho, 2001, (42), 131-144, p. 132; ALTER, Karen J y HELFER, Laurence R. *Transplanting international courts. The law and politics of the Andean Tribunal of Justice*. Oxford University Press, 2019, p. 92

<sup>12</sup> GÁLVEZ KRÜGER, María Antonieta. *Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina*. THEMIS Revista De Derecho, 2001, (42), 131-144, p. 136: *“El TJCA no puede pronunciarse sobre el derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso. Sin embargo, puede referirse a ellos cuando sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.*

*Sobre este tema cabe volver a resaltar que el TJCA no es competente para aplicar el Derecho comunitario a un caso en concreto, ya que el fallo en el proceso principal corresponde siempre y exclusivamente al juez nacional”.*

<sup>13</sup> Decisión 472, artículo 35; Decisión 500, artículo 127

Adicionalmente, aunque las interpretaciones prejudiciales deben solicitarse en el marco específico de un proceso judicial en el que se aplican normas andinas, no existe un sistema de precedente ni el Tribunal está obligado a seguir decisiones anteriores<sup>14</sup>, aun cuando se trata de disputas con hechos similares y la misma regulación comunitaria sea aplicable; en esto se diferencia del sistema europeo, en donde existe la doctrina del *acto claro*, que implica que el juez nacional se exime de su obligación de consulta cuando se trata de un caso similar al que por analogía se le puede aplicar una interpretación prejudicial previa.<sup>15</sup> Teniendo en cuenta lo anterior, debe resaltarse el artículo 34 de la Decisión 472, que dispone: “(...) el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto”; así las cosas, la interpretación del Tribunal, si bien no es la solución completa de la disputa, se enmarca dentro de unas circunstancias muy precisas y por eso su alcance puede diferir caso a caso.

En cuanto a la carga de consulta que se le impone al juez nacional, es importante señalar que esta puede ser facultativa u obligatoria dependiendo de la instancia del proceso. El inciso primero del artículo 33 del Tratado de Creación establece que, cuando se trata de la primera instancia, el órgano jurisdiccional<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> GÁLVEZ KRÜGER, María Antonieta. *Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina*. THEMIS Revista De Derecho, 2001, (42), 131-144, p. 137

<sup>15</sup> PEROTTI, Alejandro Daniel y BUENO MARTÍNEZ, Patricio. *La teoría del acto aclarado ¿Resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?* Dikaion, 2009, 14(1), p. 138

<sup>16</sup> Se resalta que existen órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales, pero no son instancia de cierre y que pueden solicitar la consulta (GÓMEZ APAC, Hugo Ramiro y RODRÍGUEZ NOBLEJAS, Karla Margot. “El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. En: GÓMEZ APAC, Hugo Ramiro et al (ed.). *Apuntes de Derecho Comunitario Andino A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*. Ecuador, Editorial San Gregorio, 2019, p. 116), así como órganos administrativos que aplican la normativa andina (VERGARA QUINTERO, Luis Rafael. “La importancia del control jurisdiccional en el Ordenamiento Comunitario Andino”. En: GÓMEZ APAC, Hugo Ramiro et al (ed.). *Apuntes de Derecho Comunitario Andino A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*. Ecuador, Editorial San Gregorio, 2019, p. 141). En el mismo sentido, PEROTTI, Alejandro Daniel. *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*. Dikaion, 2002, 16(11), 127-153, p. 142.

puede solicitar la interpretación y fallar aun cuando esta no hubiere llegado; lo anterior se reflejó, con redacción similar, como '*Consulta facultativa*' en el artículo 122 del Estatuto del TJCA. Se entiende entonces, dentro de la jurisdicción colombiana, que la no solicitud de una interpretación prejudicial por parte de un juez de primera instancia no tiene repercusión alguna, y se deja a su arbitrio hacer la consulta.

Por otro lado, el artículo 123 de la Decisión 500 (replicando el inciso segundo del artículo 33 ya referenciado) establece que cuando "*la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno*" es indispensable no sólo hacer la solicitud de interpretación sino además suspender el proceso. Si procede la '*consulta obligatoria*' el juez nacional no tiene ninguna discreción y debe cumplir con su obligación. Más aún, al no cumplir ni con la consulta, ni con la carga accesoria que es la suspensión del proceso, es evidente que hay una violación al debido proceso porque se están omitiendo etapas necesarias para que el juez nacional pueda fallar<sup>17</sup>.

Vale la pena resaltar que, si bien el sujeto encargado de accionar el sistema es el juez nacional, las partes involucradas en el litigio pueden hacer la solicitud a este juez para que cumpla con su obligación. Aun cuando las Decisiones 472 y 500 así lo reconocen, esto no debe confundirse con que los ciudadanos de la comunidad estén facultados para solicitarle al juez del proceso la interpretación<sup>18</sup>.

Finalmente, de acuerdo con los artículos 36 de la Decisión 473 y el inciso segundo del artículo 128 de la Decisión 500, los

---

<sup>17</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 03-AI-2010, p. 23: "*la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia toda vez que él "no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias"*. Este "*requisito previo*" debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo, pues tratándose de un tema regulado por una norma supranacional es imperiosa su aplicación en todo procedimiento nacional de los Países Miembros de esta Comunidad Andina y cuyo incumplimiento es una violación flagrante al debido proceso"

En el mismo sentido Corte Constitucional, sentencia SU-081/2020

<sup>18</sup> GÁLVEZ KRÜGER, Maria Antonieta. *Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina*. THEMIS Revista de Derecho, 2001, (42), 131-144, p. 134.

Estados Miembros tienen la obligación de velar por la observancia de lo dispuesto tanto en el Tratado de Creación del TJCA como de su Estatuto, así como por la implementación de lo dispuesto sobre las interpretaciones prejudiciales. Si se tiene en cuenta la función integradora de la interpretación prejudicial, esto refuerza la relación de cooperación que debe existir entre las instituciones de los Miembros de la Comunidad Andina y el estamento transnacional, pues de nada serviría contar con mecanismos que garanticen el proceso de homogenización si los estados no los aplican y hacen cumplir las decisiones en ese sentido. Por ende, debe resaltarse el rol de los jueces nacionales (evidentes órganos de los Estados Miembro), pues ellos pueden cerciorarse de que todas las obligaciones que acarrea la interpretación prejudicial estén siendo adoptadas e implementadas.

Bien sea por la falta de conocimiento que el juez nacional pueda tener sobre el ordenamiento andino por el objetivo de garantizar un entendimiento uniforme de este sistema<sup>19</sup>, el mecanismo de la interpretación prejudicial resulta útil para aclarar cuál es el alcance de las normas transnacionales en un caso concreto, pero sin suplir la función que tiene el juez nacional de resolver la disputa<sup>20</sup>. Es evidente como la interpretación prejudicial es la herramienta que le permite al juez nacional aplicar las normas comunitarias en los litigios de los ciudadanos que involucran al sistema andino<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, en el caso de la consulta facultativa se puede asumir que el juez o las entidades administrativas que la solicitan, lo hacen con la intención de tener certeza sobre el alcance de las normas (Ver, Indacochea, Juan Manuel "La interpretación prejudicial 242-IP-2015 del Tribunal Andino. Sobre la legitimidad activa de las autoridades administrativas para solicitar interpretación prejudicial y la aplicación de los requisitos de registrabilidad a las marcas táctiles o de textura". IUS ET VERITAS, 2018, (56), 106-129, p. 114).

<sup>20</sup> PACHÓN MUÑOZ, Manuel. *La Acción de Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario Andino*. THEMIS Revista De Derecho, 1992, (23), 75-88, p. 78: "se trata de un mecanismo de colaboración muy ingenioso, por cierto, consistente en una actuación compartida entre el TJAC y el juez interno, correspondiendo al primero interpretar el Derecho comunitario andino, quedando encargado el segundo de interpretar y aplicar el Derecho nacional a los hechos y de aplicar el Derecho comunitario, en la forma como ha sido interpretado por el TJAC".

<sup>21</sup> GÓMEZ APAC, Hugo Ramiro y RODRÍGUEZ NOBLEJAS, Karla Margot. "El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina". En: GÓMEZ APAC, Hugo Ramiro et al (ed.). *Apuntes de Derecho Comunitario Andino A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*. Ecuador, Editorial San Gregorio, 2019, p. 114; VERGARA QUINTERO, Luis Rafael. "La importancia del control

### III. CUESTIONES PARTICULARES DE LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL EN COLOMBIA

Colombia es tal vez el miembro más activo del TJCA. El poder judicial parece preocuparse por cumplir con la consulta obligatoria en los términos ya señalados. Uno de los ámbitos en donde más repercusión ha tenido la interpretación prejudicial es el de los procesos arbitrales, pues las obligaciones que se derivan de la regulación sobre interpretaciones prejudiciales han dado lugar a que prospere la anulación de laudos.

Por ejemplo, recientemente la Corte Constitucional, en la sentencia SU-081 de 2020, analizó la procedencia de una acción de tutela contra una sentencia del Consejo de Estado en la que no prosperó la anulación de un laudo, bajo el argumento que no se había cumplido con la consulta obligatoria. La Corte reafirmó que una violación de esta obligación vulnera el debido proceso *“al entender que su agotamiento constituye un requisito previo sin el cual el juez nacional no puede proferir sentencia, al tratarse de una norma procesal de carácter imperativo, cuya inobservancia se traduce en la nulidad del fallo adoptado”*.<sup>22</sup> En la decisión se reitera que cuando el juez nacional no cumple con esta obligación, entonces hay lugar a que se instaure una acción de incumplimiento.<sup>23</sup> No obstante, la tutela fue improcedente por cuanto el juez constitucional consideró que la normativa andina no era aplicable.

Por su parte, el Consejo de Estado ha estudiado el alcance de la interpretación prejudicial en variados temas.<sup>24</sup> Sin embargo,

---

Jurisdiccional en el Ordenamiento Comunitario Andino”. En: GÓMEZ APAC, Hugo Ramiro et al (ed.) *Apuntes de Derecho Comunitario Andino A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*. Ecuador, Editorial San Gregorio, 2019, p. 140

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-080 de 2020, par. 2.9.2.6. Igualmente ver par. 2.9.3.2

<sup>23</sup> Ibid., par. 2.10

<sup>24</sup> Por ejemplo, casos recientes como: Consejo de Estado, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 29 de octubre de 2018. Rad: 48611; Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección tercera - subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón. 23 de marzo de 2017. Rad: 28018; Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección primera. C.P. Camilo Arciniegas Andrade, 8 de febrero de 2001. Rad: 5314; Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo. C.P. Hector J. Romero Diaz, 15 de marzo de 2005. Rad: 1995-0005-01(S),

recientemente llaman la atención los casos en los que se discute el alcance de la consulta obligatoria en los tribunales arbitrales, como por ejemplo en las decisiones 56.845, 60292, 45.557, 45778, 52.992, 53.055, entre otras. Como se verá en los sub-acápites de esta sección, para el objeto de este texto se resaltan las sentencias que dieron cumplimiento al fallo 3-AI-2010, y la sentencia 55.094 de 2016 en dónde se cuestionó la no aplicación de una interpretación prejudicial.

Estas sentencias ejemplifican la relevancia que tiene la acción de interpretación prejudicial dentro del sistema nacional. Así, el primer punto resume como el Consejo de Estado asumió su papel como guarda del ordenamiento andino luego de que Colombia fuera condenada en una acción de incumplimiento. Como consecuencia de lo anterior, se evidencia en la segunda decisión analizada una postura del Consejo de Estado cuando hay una inobservancia de una obligación relacionada con la acción de interpretación prejudicial.

#### A. LA CONSULTA OBLIGATORIA AL TJCA Y EL JUEZ NACIONAL COMO GUARDA DEL SISTEMA

En primer lugar, las sentencias 43.045, 43.195 y 43.281 del Consejo de Estado buscaban cumplir con lo dispuesto en la sentencia de incumplimiento 3-AI-2010 del TJCA. De acuerdo con esta última providencia, hubo un incumplimiento por parte de Colombia por cuanto un tribunal arbitral, en el que se discutía un asunto relacionado con interconexión y era aplicable la Decisión 432, no hizo la consulta obligatoria de interpretación prejudicial.

De los hechos del caso se depende que una vez fue emitido el laudo, se tramitó el recurso extraordinario de anulación ante el Consejo de Estado y el accionante solicitó una interpretación prejudicial, que fue negada por el máximo órgano. En el proceso de anulación, surgió la pregunta de si esta es una instancia donde puede surtirse la interpretación prejudicial, dado que el caso ya había sido fallado y el objeto del recurso extraordinario no es hacer una revisión de fondo de la disputa. Posteriormente, con la decisión del Consejo de Estado, se presentó la acción de incumplimiento ante el TJCA contra Colombia por cuanto el órgano judicial nacional violó la obligación de consulta obligatoria.

El Tribunal supranacional decidió contra el estado colombiano, por considerar que aun dentro de una instancia procesal como la del recurso de anulación del laudo arbitral, la obligación de solicitar la interpretación prejudicial persiste, siempre y cuando cualquier norma del ordenamiento andino sea aplicable. Como se puede ver en la siguiente cita, el TJCA recalcó la posición que debió asumir el Consejo de Estado de velar por el cumplimiento y salvaguarda del ordenamiento comunitario:

*“(...) no sólo bastaba que el Consejo de Estado argumentara que las causales de nulidad son taxativas y que su función tiene como límite dichas normas, sino que con base en toda la carga que proviene del orden supranacional comunitario hiciera evidente que en el proceso arbitral era necesario y obligatorio la solicitud de la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que de lo contrario, existirían operadores jurídicos con funciones judiciales aplicando el derecho comunitario sin contar con la interpretación del Tribunal Comunitario, lo que sin duda alguna afectaría la validez y eficacia del orden supranacional.*

*En otras palabras, el Consejo de Estado, dado su carácter de juez comunitario debió dar noticia, mediante la figura de la interpretación prejudicial, al Tribunal Supranacional del hecho de que el Tribunal Arbitral, aún cuando debía aplicar normas comunitarias andinas, no había enviado la correspondiente solicitud”<sup>25</sup> (negrilla fuera de texto).*

Por lo tanto, para el TJCA, hubo un incumplimiento por parte de Colombia ya que el Consejo de Estado falló en su obligación de velar por la observancia del ordenamiento andino, al no solicitar la interpretación prejudicial que se debió haber pedido en el marco del proceso arbitral.

En este sentido, en las sentencias señaladas, uno de los problemas jurídicos que se planteó fue si las causales de nulidad de laudos, previstas en el Estatuto arbitral, debían armonizarse con el ordenamiento andino.<sup>26</sup> Consideró el Consejo de Estado que

<sup>25</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 03-AI-2010, p. 25

<sup>26</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección tercera – sala plena, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 9 de agosto de 2012. Rad: 43.045, p. 41: *“Establecer, a partir de la regulación normativa interna colombiana en punto de los rasgos distintivos, del objeto y del elenco de causales que pueden ser invocadas como fundamento del ejercicio*

cuando hay un incumplimiento de esta obligación por parte de un tribunal arbitral en el que sea aplicable una norma comunitaria, se constituye una causal de anulación del laudo; así, cuando se recurra la decisión, el juez a cargo de la anulación debe hacer la solicitud (de oficio o a petición de parte), pues es el funcionario encargado de garantizar que se cumpla con las obligaciones derivadas de la interpretación prejudicial<sup>27</sup>.

Esta decisión del Consejo de Estado ha sido objeto de crítica y análisis, por cuanto las causales de anulación deben ser taxativas y el recurso no está llamado a prosperar si no se enmarca en una de ellas. Para el momento en que se dio la sentencia, el Consejo de Estado consideró que, si bien la causal no estaba prevista en el régimen arbitral<sup>28</sup>, gracias a un elaborado ejercicio interpretativo se puede concluir que este es un elemento que da lugar a la anulación<sup>29</sup>, pues es claro que existe un vicio *in procedendo* que la anulación debe corregir.

---

*del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales, la forma en que dicha reglamentación debe armonizarse con el Derecho Comunitario Andino para efectos de resolver casos como el sub lite”.*

En el mismo sentido: Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera sala plena. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 9 de agosto de 2012. Rad: 43281; Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera sala plena. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 9 de agosto de 2012. Rad: 43195.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección tercera – sala plena, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 9 de agosto de 2012. Rad: 43.045, p. 99: “ (...) los Tribunales de Arbitramento que profieren sus decisiones en Derecho, tienen la obligación, con el propósito de garantizar la eficacia y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario Andino, de solicitar al TJCA la Interpretación Prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso concreto que se hubiere sometido al conocimiento y decisión del respectivo Juez o Tribunal, por manera que el incumplimiento de dicha exigencia del derecho comunitario andino por parte del respectivo Tribunal de Arbitramento constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad durante el trámite del recurso extraordinario de anulación, ora a solicitud del impugnante ora de oficio por parte del Juez del recurso de anulación, según lo entendió el TJCA en sus aludidos pronunciamientos, cuestión esta última excepcional (que se puede decretar de oficio) siempre que se trate de esta causal derivada del derecho comunitario andino”.

<sup>28</sup> Debe resaltarse que para el momento en que se inició el litigio hasta la decisión final del laudo, el régimen sobre anulación era distinto.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección tercera – sala plena, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 9 de agosto de 2012. Rad: 43.045, p. 102: “Todos los factores mencionados llevan forzosamente a concluir que con independencia de las expresadas limitaciones que formalmente se aprecian en la regulación interna colombiana en materia de recurso de anulación contra laudos arbitrales para viabilizar la procedencia y prosperidad

Para los críticos, esta postura deja de lado que no existe regulación andina que influya en los aspectos procesales de un tribunal arbitral, por lo tanto, se está sobrepasando la capacidad reguladora que tienen los Estados Miembros cuando no hay norma comunitaria. En este sentido, por tratarse de una causal que nace de una decisión judicial, se considera que da lugar a un uso indiscriminado y convierte el recurso de anulación en una nueva instancia del proceso arbitral<sup>30</sup>.

No obstante, la practica en Colombia ha demostrado que esto no es así. Por un lado, aunque el legislador podría incluir la causal en el Estatuto Arbitral, actualmente no existe pero se enmarca dentro de las dispuestas, como por ejemplo la falta de jurisdicción y competencia (artículo 41.2 Estatuto arbitral), que se haya fallado en conciencia o equidad cuando debía ser en derecho (artículo 41.7 Estatuto arbitral) y/o si el laudo no recae sobre los aspectos del arbitramento o va más allá (artículo 41.9 Estatuto arbitral).

Adicionalmente, y como se verá a continuación, el objetivo no ha sido crear una nueva instancia en el tribunal arbitral ni tampoco imponerle obstáculos a este, sino que se busca garantizar un elemento básico del debido proceso como es aplicar la normativa andina de forma apropiada, lo cual sólo se puede lograr con la

---

*del aludido medio de impugnación extraordinario en eventos como el sub judge, dichas restricciones deben ser superadas con base en una interpretación teleológica y sistemática de tales disposiciones, que las ponga en conjunción con el ordenamiento comunitario andino, por manera que éste prevalezca en el sistema jurídico colombiano en los ámbitos de cuya regulación se ocupan los Órganos del Sistema de Integración”.*

<sup>30</sup> Martínez Arcos, Lorena Victoria, “Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” Revista de Derecho Privado No. 52, 2014, p. 20: “Aun cuando la anulación derivó del cumplimiento de una orden emitida por el TJCA, el Consejo de Estado dio aplicación inmediata a la nueva causal de anulación sin advertir que esta abre la posibilidad a quienes acudan al arbitraje, para usarla de manera indiscriminada y sin ninguna limitación, porque saben que en caso de no prosperar el recurso de anulación ni la acción de tutela siempre tendrán a la mano la posibilidad de invocar la falta de interpretación prejudicial de una norma andina, independientemente de si esta incide o no sustancialmente en el caso objeto del trámite arbitral”.

*El Consejo de Estado habría podido establecer que con ocasión de las particularidades del caso y en prevalencia de los principios de buena fe, autonomía de las partes y seguridad jurídica, el fallo no debía ser acatado por estar en contravía de principios de rango constitucional, dada la conducta procesal de la parte que pretendía la anulación de los laudos. En otras palabras, debió haber preferido actuar como garante de la Constitución Política de Colombia en lugar de privilegiar el derecho comunitario andino” (negrilla fuera de texto).*

interpretación prejudicial. Así, se trata entonces de un mecanismo con el que se cumplen las obligaciones internacionales adquiridas y se garantiza el derecho al debido proceso.

## B. LA OMISIÓN DE APLICAR LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

Recientemente el Consejo de Estado anuló un laudo arbitral por cuanto el tribunal del caso no aplicó la interpretación prejudicial rendida por el TJCA. Se trata de una disputa sobre un contrato de interconexión en el que era aplicable la Decisión 462. En el proceso arbitral, el tribunal cumplió con la solicitud obligatoria y le preguntó al Tribunal Andino quién era la autoridad competente para resolver un conflicto de esta naturaleza<sup>31</sup>. El TJCA estimó:

*“La Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina en su artículo 32, enuncia que en el evento de que un proveedor considere que existen actuaciones atentatorias a las normas o principios de interconexión o libre competencia, deberá recurrir a la Autoridad Nacional Competente para que resuelva de acuerdo a la norma nacional.*

*Existe por tanto, expresa disposición de la norma andina, que remite la competencia para resolución de conflictos de interconexión, a la autoridad nacional y bajo los lineamientos de la ley interna.*

*Por su parte, el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General, de igual forma le otorga competencia a la Autoridad de Telecomunicaciones del país donde se realiza la interconexión, para solucionar las controversias que se susciten por este evento. Esto significa que **ninguna otra autoridad nacional tiene la facultad de dirimir este tipo de controversias; la voluntad del legislador comunitario es clara: la resolución de conflictos en materia de interconexión estará a la cabeza de la Autoridad de Telecomunicaciones competente**”<sup>32</sup>. (Negrilla fuera de texto).*

<sup>31</sup> La pregunta planteada por el tribunal arbitral es mucho más compleja, pero para efectos de este escrito se ha simplificado. Según la sentencia en el Proceso 146-IP-2014, se le solicitó al TJCA pronunciarse sobre lo siguiente, con base en el artículo 30 de la Decisión 462: 1) si el contrato de interconexión debe revisarse cuando se vuelve inviable económicamente, o no cubre los costos de interconexión, o por el contrario es nulo; 2) si el contrato de interconexión debe ser revisado cuando establezca un cargo que por circunstancias técnicas o económicas deja de generar un margen razonable de utilidad.

<sup>32</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 146-IP-2014, par. 53

El tribunal arbitral, en sus considerandos afirmó que lo previsto por el TJCA es inaplicable, si se tiene en cuenta que la autoridad de telecomunicaciones en el caso (la CRC) ha declarado que no es competente para resolver este tipo de litigios, por lo cual la disputa solo podía solucionarse mediante el trámite arbitral<sup>33</sup>. Fue sobre esta base que se solicitó la anulación del laudo en cuestión, pues se sostuvo que el tribunal arbitral paso por alto la interpretación prejudicial y no le dio aplicación en el caso concreto<sup>34</sup>.

El Consejo de Estado concluyó que el laudo era anulable por cuanto el tribunal arbitral no podía desconocer ni la interpretación prejudicial 146-IP-2014, ni mucho menos la competencia de la CRC para resolver este tipo de litigios<sup>35</sup>. Sin embargo, sobre la decisión vale la pena preguntarse por qué el Consejo de Estado afirmó:

*“conduce ineluctablemente a declarar, de oficio, la nulidad del laudo arbitral impugnado, comoquiera que al haber emitido dicha providencia, el Tribunal de Arbitramento desconoció la primacía del Derecho Comunitario Andino”<sup>36</sup> (negrilla fuera de texto).*

Una respuesta plausible, siguiendo lo afirmado por la alta corte, es que esta asumió su papel como guarda del ordenamiento andino en los términos de los artículos 36 de la Decisión 473 y el inciso segundo del artículo 128 de la Decisión 500. Es decir, aun cuando fue una de las partes en el proceso la que solicitó la anulación del laudo, el Consejo de Estado recalca que cumple con su función de velar por el cumplimiento y observancia de lo dispuesto en cuanto a interpretaciones prejudiciales.

---

<sup>33</sup> Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo 29 de mayo de 2015: *“Sin embargo, la atribución de competencia atribuida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deviene inaplicable, cuando la misma CRC, conforme las competencias a ella atribuidas, ha considerado por su parte, que no es competente para conocer controversias de carácter económico y patrimonial entre operadores; lo que lleva a este Tribunal a concluir que, con miras a garantizar la administración de justicia a las partes con el fin de que no queden en situación de indefensión dentro del ordenamiento jurídico, es este Tribunal de Arbitramento el que resulta competente para entender en la presente demanda. A dicho respecto, resulta suficiente la cláusula compromisoria suscrita por las partes, expresión inconfundible, idónea e irrefutable de su voluntad para someter sus diferencias ante un tribunal de arbitramento”.*

<sup>34</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección tercera-subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón, 13 de junio de 2016. Rad: 55.094, p. 37

<sup>35</sup> Ibid., pp. 48-49

<sup>36</sup> Ibid.

Con esta decisión se evidencia el papel activo que ha asumido el poder judicial en Colombia, particularmente el Consejo de Estado, para cumplir con las obligaciones que se derivan del ordenamiento andino y sobre todo aquellas relacionadas con la interpretación prejudicial.

Sin embargo, en los casos de interconexión (como el referido) parece haber un vacío por cuanto la normatividad andina afirma que es la autoridad nacional de telecomunicaciones la encargada de resolver litigios relacionados con el contrato de interconexión y su ejecución, mientras que en el ámbito doméstico colombiano, la CRC dice lo contrario. Aunque el Consejo de Estado ha optado por devolver en casos como estos los expedientes a la autoridad competente<sup>37</sup>, este limbo implica que a las partes se les puede vulnerar el derecho al debido proceso si no se les define de forma clara quién es la autoridad que debe conocer de una disputa. Si se tienen en cuenta los criterios de interpretación del Acuerdo 08/2017 (Cfr. II), puede decirse que el TJCA quedó corto en esta interpretación al no tener en cuenta esta particularidad dentro del ordenamiento colombiano.

Por ende, aun cuando el Consejo de Estado proteja y de aplicación a la normativa andina, no solo por exigir la aplicación de las sentencias de interpretación prejudicial sino por dar solución a los efectos de la inobservancia de este tipo de decisión, de nada sirve si existen vacíos en la regulación que pueden dejar a las partes sin solución alguna.

#### IV. CONCLUSIÓN

En el esfuerzo de integración de la Comunidad Andina, es claro que la interpretación prejudicial juega un papel fundamental. Gracias a su función homogeneizadora, se unifica la aplicación del derecho comunitario a través de los jueces nacionales, quienes son los encargados de implementarlo en el derecho interno. Al dársele este valor, es comprensible que se empodere a los organismos

---

<sup>37</sup> En igual sentido, en la decisión Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 7 de diciembre de 2017, Rad: 52741 prosperó el recurso de anulación y se ordenó remitir a la CRC el expediente.

de los Estados Miembros (específicamente los jueces) para que rescaten y defiendan las obligaciones derivadas de las normas sobre interpretación prejudicial.

Con las decisiones analizadas se evidenciaron dos caras de la consulta obligatoria, es decir lo que pasa cuando no se cumple y cuando si se hace. Como consecuencia del primer caso se reforzó el rol vital que tienen los jueces nacionales de comprometerse con el cumplimiento del ordenamiento andino, lo que desembocó en que el Consejo de Estado adoptara una posición garantista en cuanto a asegurar el cumplimiento de la consulta obligatoria.

En los casos analizados, es evidente que la interpretación prejudicial abre la puerta a la creación de nuevas normas, no concebidas dentro del derecho interno. Aunque a primera vista esto puede ser una vulneración al principio de complemento indispensable, es claro que el juez transnacional entra a llenar los vacíos que el ordenamiento nacional tiene. Sin embargo, no debe olvidarse que cuando el TJCA hace una interpretación prejudicial debe tener en cuenta cuales son las circunstancias de ese Estado Miembro en donde se implementara.

## V. BIBLIOGRAFÍA

Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo del Tribunal Arbitral de Comunicación Celular S.A. - COMCEL S.A. (antes Celcaribe S.A.) Contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, 29 de mayo de 2015 <http://hdl.handle.net/11520/22353>

Comunidad Andina, Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 472 'Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina', 17 de septiembre de 1999. [https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/Tratado\\_Creaci%C3%B3n\\_TJCA.pdf](https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/Tratado_Creaci%C3%B3n_TJCA.pdf)

Comunidad Andina, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Decisión 500 'Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina' 28 de junio de 2001. <https://www.tribunalandino.org.ec/transparencia/normatividad/EstatutoTJCA.pdf>

Comunidad Andina, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Acuerdo 08/2017 'Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de interpretaciones prejudiciales' 29 de noviembre de 2017

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección primera. C.P. Camilo Arciniegas Andrade, 8 de febrero de 2001. Radicación número: 11001-03-24-000-1998-05314-01(5314)

- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección tercera – sala plena, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 9 de agosto de 2012. Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045).
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera sala plena. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 9 de agosto de 2012. Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00020-00(43281).
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera sala plena. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 9 de agosto de 2012. Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00018-00(43195)IJ.
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón, 27 de noviembre de 2013. Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00085-00(45778).
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera, subsección B. C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 7 de diciembre de 2017. Radicación: 11001-03-26-000-2014-00172-00 (52.741).
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección tercera - subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón, 13 de junio de 2016. Radicación: 110010326000201500136-00 (55.094).
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección tercera – subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 10 de noviembre de 2016. Radicación: 11001-03-26-000-2016-00063-00(56845).
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección tercera - subsección A. C.P. Hernán Andrade Rincón. 23 de marzo de 2017. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01884-01(28018).
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección B. C.P. Ramiro Pazos Guerrero, 7 de diciembre de 2017. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00016-00(53055).
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección tercera - subsección A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 24 de mayo de 2018. Radicación: 11001-03-26-000-2017-00121-01 (60292).
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección tercera - subsección A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 29 de octubre de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2005-05378-01(48611) A.
- Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo. C.P. Héctor J. Romero Diaz, 15 de marzo de 2005. Radicación número: 11001-03-15-000-1995-0005-01(S).
- Consejo de Estado, sección tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 24 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00015-00 (52992)B.
- Corte Constitucional, sentencia SU-080 del 26 de febrero de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Asunto: *Acción de tutela instaurada por la Autoridad Nacional de Televisión –ANTV– en contra de la Subsección A de la Sección*

*tercera del Consejo de Estado y otro* <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU081-20.htm>

FERRIS, Elizabeth G. "National Political Support for Regional Integration: The Andean Pact" *International Organization*, Winter, 1979, Vol. 33, No. 1 (Winter, 1979).

GÁLVEZ KRÜGER, María Antonieta (2001). Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina. *THEMIS Revista De Derecho*, (42), 131-144. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11623>

GÓMEZ APAC, Hugo Ramiro y RODRÍGUEZ NOBLEJAS, Karla Margot (2019). "El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina". En: GÓMEZ APAC, Hugo Ramiro. *et al* (ed.) "Apuntes de Derecho Comunitario Andino A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia". Editorial San Gregorio, Ecuador.

INDACOCHEA, Juan Manuel. "La interpretación prejudicial 242-IP-2015 del Tribunal Andino. Sobre la legitimidad activa de las autoridades administrativas para solicitar interpretación prejudicial y la aplicación de los requisitos de registrabilidad a las marcas táctiles o de textura". *IUS ET VERITAS*, 2018, (56), 106-129. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.007>

MARTÍNEZ ARCOS, Lorena Victoria (2014). "Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina" *Revista de Derecho Privado* No. 52–ISSN 1909-7794–Julio–Diciembre 2014–Universidad de los Andes - Facultad de Derecho. <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.11>

PACHÓN MUÑOZ, Manuel (1992). "La Acción de Interpretación Prejudicial en el Derecho Comunitario Andino". *THEMIS Revista de Derecho*, (23), 75-88. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10961>

PEROTTI, Alejandro Daniel (2002). *Algunas consideraciones sobre la interpretación prejudicial obligatoria en el derecho andino*. *Dikaion*, 16(11),127-153. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=720/72001107>

PEROTTI, Alejandro Daniel; BUENO MARTÍNEZ, Patricio (2009). "La teoría del acto aclarado ¿Resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?". *Dikaion*, 14(1). Recuperado a partir de <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1324>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 03-AI-2010 "Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, (ETB S.A. E.S.P.) contra la República de Colombia, Sección tercera del Consejo de Estado, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina". 26 de agosto de 2011

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 146-IP-2014 *“Interpretación prejudicial, a petición del juez consultante, de los artículos 30 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, y 18 y 20 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina y, de oficio, de los artículos 1, 2, 3, 4, 29 y 32 de la Decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina, y 16, 17, 19, 21, 32 y 35 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, con fundamento en la consulta solicitada por el Tribunal Arbitral conformado para dirimir las controversias entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. (COMCEL S.A.) vs. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. (ETB) Actor: COMCEL S.A.”*. Magistrada Ponente: Leonor Perdomo Perdomo. 20 de febrero de 2015

VERGARA QUINTERO, Luis Rafael. *“La importancia del control Jurisdiccional en el Ordenamiento Comunitario Andino”*. En: GÓMEZ APAC, Hugo Ramiro *et al* (ed.). (2019). *Apuntes de Derecho Comunitario Andino A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia* Editorial San Gregorio, Ecuador

Esta obra se terminó de imprimir  
el 16 de noviembre de 2021  
en los Talleres Gráficos de  
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ  
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur.  
Tels: 2300731 - 2386035  
Bogotá D.C. - Colombia

**NOTA**

---



La publicación que tenemos el honor de presentar fue diseñada no solo como un estudio histórico sino más bien para influir en la conformación del pensamiento jurídico de Colombia y Latinoamérica. Para lograrlo, la nómina de sus ponentes y contenidos fue escogida cuidadosamente entre magistrados y exmagistrados de las Altas Cortes Colombianas, y destacados litigantes ante ellas precisamente porque se quería presentar una visión práctica sobre como operan esos tribunales a partir de la expedición de la Constitución de 1991. A todos los autores y autoras les presentamos un especial agradecimiento por los esfuerzos realizados para la redacción, edición, compilación y publicación de esta obra.

La misma se compone de 3 tomos, cada uno de ellos se ocupa de una de las Altas Cortes colombianas en su respectivo orden: Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. Cada una de ellas ha trabajado en el desarrollo de nuevas líneas jurisprudenciales inspiradas en la Constitución de 1991 y las reformas legales que han seguido sus mandatos. La constitución colombiana es maximalista, y ha realizado una fuerte transformación de la realidad jurídica colombiana durante sus tres décadas de vigencia.

Cada tomo se encarga de compilar los temas que las instituciones patrocinadoras consideraron más relevantes sobre la práctica de cada corporación en el ejercicio de sus funciones. Los temas son tan diversos como las mismas Altas Cortes; tratan desde la contratación estatal hasta el derecho de familia, pasando por el derecho procesal general, el procesal civil y penal, el procedimiento contencioso administrativo, el procesal constitucional, el probatorio, el sustancial administrativo, el constitucional, el civil, el comercial, y el laboral.



*“Sello de la compañía de Jesús”*

