

# LAS TRANSFORMACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Julián Andrés Pimiento Echeverri (editor)



**Tomo III**  
Las dimensiones del control  
sobre la actividad administrativa

HOMENAJE AL PROFESOR LUCIANO VANDELLI

LAS TRANSFORMACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO



JULIÁN ANDRÉS  
PIMENTO ECHEVERRI  
(EDITOR)

**LAS TRANSFORMACIONES  
DE LA ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA Y DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO**

TOMO III  
**LAS DIMENSIONES DEL CONTROL  
SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**

**HOMENAJE AL PROFESOR LUCIANO VANDELLI**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA



*Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo. Tomo III, Las dimensiones del control sobre la actividad administrativa / Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta [y otros] ; Julián Andrés Pimiento Echeverri (editor). - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019.*

610 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587901863

1. Derecho administrativo - Colombia 2. Procedimiento administrativo - Colombia 3. Actos administrativos - Colombia 4. Control estatal -- Colombia I. Pimiento Echeverri, Julián Andrés, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título

344 SCDD 15

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

Agosto de 2019

ISBN 978-958-790-186-3

© 2019, JULIÁN ANDRÉS PIMENTO ECHEVERRI (EDITOR)  
© 2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá  
Teléfono (57 1) 342 0288  
[publicaciones@uexternado.edu.co](mailto:publicaciones@uexternado.edu.co)  
[www.uexternado.edu.co](http://www.uexternado.edu.co)

Primera edición: agosto de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones  
Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita  
Composición: María Libia Rubiano  
Impresión y encuadernación: Nomos Impresores Ltda.  
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

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

**Diseño epub:**

Hipertexto - Netizen Digital Solutions

RAFAEL ENRIQUE OSTAU DE LAFONT  
PIANETA

ERNESTO MATALLANA CAMACHO

JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ

VERÓNICA PELÁEZ GUTIÉRREZ

ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN

CAMILO PERDOMO VILLAMIL

GERMÁN LOZANO VILLEGRAS

MARÍA JOSÉ CAMPANELLI  
ESPÍNDOLA

CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA  
RÍOS

JUAN CARLOS COVILLA  
MARTÍNEZ

PEDRO ZAPATA GARCÍA

## CONTENIDO

### Presentación

*Julián Andrés Pimiento Echeverri*

### PRIMERA PARTE

#### LAS DIMENSIONES DEL CONTROL EJERCIDO POR QUIEN CUMPLE FUNCIONES JURISDICCIONALES

El control judicial del acto administrativo: entre el contencioso objetivo y el subjetivo

*Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta*

La preservación de las garantías constitucionales en la licitación en el trámite de evaluación de las propuestas y el control que ejerce el juez sobre la actividad contractual de la Administración pública

*Ernesto Matallana Camacho*

La pretensión de reparación directa, la responsabilidad patrimonial del Estado y el operador judicial: una bella historia de amor en favor de las víctimas

*Juan Carlos Peláez Gutiérrez*

Alcance y límites de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el derecho administrativo: conciliación, transacción y amigable composición

*Verónica Peláez Gutiérrez*

### SEGUNDA PARTE

#### LAS DIMENSIONES DEL CONTROL EJERCIDO POR QUIEN CUMPLE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

El contencioso administrativo no jurisdiccional: el despertar lento de la función contenciosa de la Administración

*Andrés Fernando Ospina Garzón*

Reivindicación del control no judicial de la función administrativa: bases para su (re)construcción dogmática

*Camilo Perdomo Villamil*

¿Es el control político sobre la actividad de la Administración un control verdaderamente político?

*Germán Lozano Villegas*

La protección de los derechos del administrado frente a las decisiones de la Administración

*María José Campanelli Espíndola*

El control fiscal en el contexto del precedente constitucional

*Carlos Alberto Atehortúa Ríos*

Relaciones que ponen en tensión la autonomía: jerarquía, control y coordinación

*Juan Carlos Covilla Martínez*

La función administrativa ejercida por particulares y los contornos de su control

*Pedro Zapata García*

Los autores

Notas al pie

## PRESENTACIÓN

El control de la actividad de la Administración es uno de los rasgos distintivos del derecho administrativo. Es más, en muchos casos se ha entendido como un presupuesto de este derecho, como elemento esencial para su construcción sustantiva y, también, como uno de los pilares sobre los cuales reposa el sistema general del derecho administrativo, tal y como lo explica E. Schmidt-Assman.

Este es el tema del tercer tomo de las memorias de las xx Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia; tema de gran necesidad, utilidad y actualidad. Es necesario su análisis por cuanto no podría existir actividad administrativa en un Estado de derecho, sin que tuviera aparejada alguna modalidad de control, judicial o administrativa, mediante la cual se garantice el cumplimiento de los fines del Estado y el respeto de los derechos de los administrados; es útil, sin duda, porque su conocimiento constituye parte esencial de la formación de los profesionales del derecho (funcionarios, litigantes, jueces o docentes), a pesar de los pocos estudios sistemáticos que existen en la materia en el ámbito latinoamericano; finalmente, es de actualidad, por una parte, por las profundas transformaciones en las modalidades de actuación de la Administración y en las técnicas de verificación del cumplimiento de sus objetivos, y, por la otra, porque existe una cada vez más evidente tensión entre las entidades públicas, los funcionarios públicos y los órganos de control. En esta oportunidad, como es su costumbre, el Departamento de Derecho Administrativo se embarca en la ambiciosa tarea de aportar

un trabajo de riqueza teórica que permita entender, con una lógica sistemática, el control de la actividad administrativa.

Sin embargo, ¿de qué control estamos hablando? Se ha pasado de una Administración que es controlada judicialmente, como garantía de los derechos fundamentales, a un sistema complejo de controles que no siempre responden a la tradicional visión del control ejercido por el juez, en los cuales se involucran diversos bienes jurídicos que trascienden la tradicional sujeción al principio de legalidad, para integrar argumentos de eficiencia, de adecuada gestión de los recursos públicos o de cumplimiento de los fines del Estado. En este tomo confluyen las distintas modalidades de control de la actividad administrativa, con un análisis profundo acerca de cada una de ellas y la forma en que se interrelacionan las unas con las otras.

El libro abre con una cuestión de gran pertinencia y actualidad en el sistema jurídico nacional. En la primera parte, sobre el control judicial de la actividad de la Administración, se realiza una extensa explicación del tema a partir de los medios de control y de los principios que inspiran la función judicial, en torno a las tres modalidades de contencioso más usuales: el contencioso de legalidad, el contencioso contractual y el de la reparación directa; y se ocupa de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como herramientas para evitar acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero que también se integran a ella.

De esta manera, Rafael Ostau de Lafont Pianeta explica los distintos contornos del control de legalidad de los actos administrativos, de sus particularidades, con especial énfasis en los intensos debates jurisprudenciales y

doctrinales que llevaron a la expedición del CPACA. En su texto, el lector encontrará la evolución de la paulatina asunción de competencias por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, hasta la configuración constitucional y legal actual. Aporta el autor una visión sistemática e integral del contencioso de legalidad en el sistema jurídico colombiano que será de gran utilidad para los estudiosos de la materia. Ernesto Matallana propone, a su vez, un análisis del control de juridicidad de la evaluación de las ofertas a partir de los principios de la contratación estatal, con especial énfasis en los avatares de las garantías constitucionales en ese escenario y la manera en que el juez propone lograrlo. La premisa inicial, que permite realizar un análisis integral de la institución, consiste en que la “libre competencia económica es un derecho constitucional de carácter económico que en conexidad con el derecho a la igualdad interviene en la licitación pública para adjudicar contratos estatales”; a partir de allí el autor explica las diferentes aristas del control judicial de la actividad contractual de la Administración pública.

Juan Carlos Peláez, por su parte, con una impecable metodología, demuestra la relación inescindible entre la responsabilidad extracontractual del Estado y el cauce procesal adecuado para su reconocimiento; así, para el autor, esa integración entre la responsabilidad patrimonial como una conquista del Estado de derecho, lo sustancial, la ampliación progresiva de las pretensiones propias de la reparación directa, su contrapartida procesal, y los poderes otorgados al juez “denota una bella historia de amor en favor de las víctimas”, así existan notas agridulces en esa relación.

Esa primera parte, sobre el control judicial de la Administración, se completa con el análisis global de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), en cuyo desarrollo Verónica Peláez demuestra la evolución de dichos instrumentos y prueba que la extensión normativa que exige su utilización es una expresión del principio de participación democrática, aunque no ha generado una reducción en la litigiosidad o una menor exposición judicial de las entidades públicas.

La segunda parte de este tomo es, por ponerlo de alguna manera, más novedosa, pues se encarga del análisis de distintas formas y modalidades de control de la Administración que se salen del espectro tradicional, es decir, del judicial. En otras palabras, en un escenario en el que la Administración puede encontrarse investida de la función jurisdiccional, resuelve litigios, y en el que no existe claridad teórica, ¿qué queda del control de la Administración? Andrés Ospina propone una distinción fundamental entre función jurisdiccional y función administrativa, pretende derrocar el mito -o prejuicio- de que toda Administración que decide conflictos es juez, y propone una visión más compleja, multifacética, de la actividad administrativa. Ospina señala, sin matices, que “la actividad contenciosa de la Administración es una función administrativa que consiste en resolver litigios, que, en su conjunto, constituye un concepto denominado el contencioso administrativo no jurisdiccional”; se trata de una “función administrativa ordinaria (no excepcional), pero accesoria, es decir, que se justifica únicamente en cuanto contribuya a la consecución de las misiones confiadas a la Administración pública”.

Así, la función administrativa puede tener muchas aristas: existe la Administración que resuelve litigios y

aquella que controla la actividad del Estado. Estas modalidades de control no jurisdiccional, como bien lo expone Camilo Perdomo, se encuentran “compuest[as] por una paleta amplísima y variopinta de mecanismos, prácticamente sin un común denominador”, es decir, necesitan de una adecuada estructuración teórica, por lo que se propone un escenario en donde el control pueda ser calificado también como una función administrativa, pero de contornos distintos y con sus propias particularidades, un control no judicial, que convierta la intervención del juez en *ultima ratio*.

Esas construcciones teóricas se ven acompañadas de la necesaria verificación del carácter político del “control político”, en el cual, con gran profundidad, pero anclado en la actualidad, Germán Lozano expone los alcances que esta modalidad de control tiene, a la luz de las recientes reformas constitucionales y legales, y demuestra con detalle las relaciones entre el control político y el ejercicio de funciones públicas, de lo cual el lector podrá extraer sus consecuencias para la adecuada gestión del interés general.

De una manera global, además, Carlos Alberto Atehortúa propone una relación, no siempre evidente, entre el control fiscal y el respeto por el precedente constitucional, en la cual se debe modernizar el ejercicio de esa modalidad de control para responder a las necesidades actuales de la actividad administrativa. Mientras que Juan Carlos Covilla explica que, en el marco de la descentralización territorial, se involucran tipos de control, como el de tutela, que generan graves tensiones con el principio de autonomía de las entidades territoriales; por ejemplo, el de coordinación.

María José Campanelli, por su parte, se enfoca en los derechos del administrado frente a las decisiones de la Administración y su incidencia en las formas en que se debe materializar la actividad administrativa. De esta manera, concluye acerca de la importancia de los recursos administrativos -antiguamente conocidos como vía gubernativa- para que los ciudadanos controlen las decisiones de la Administración pública. Finalmente, Pedro Zapata explica la ampliación exponencial de los escenarios de ejercicio de actividades públicas, a partir de la figura de los particulares que ejercen funciones administrativas y de los escenarios en los que se desarrolla el control de esas actividades, así como su alcance.

Se trata, en conclusión, de un libro sumamente interesante, en el cual confluyen lo tradicional y lo nuevo: el control judicial de la Administración pública y el control no judicial. El texto se encuentra diseñado a partir de la idea de control como una actividad bifronte, expresión de la función judicial y de la función administrativa, cada una con su objeto, características y fines. No hay duda de que el lector encontrará artículos de una profundidad extraordinaria -como es usual en la colección "Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo"-, pero también con las respuestas prácticas a los problemas actuales del derecho administrativo.

Julián Andrés Pimiento Echeverri  
Bogotá, julio de 2019

PRIMERA PARTE  
LAS DIMENSIONES DEL CONTROL EJERCIDO POR QUIEN CUMPLE  
FUNCIONES JURISDICCIONALES

RAFAEL ENRIQUE OSTAU DE LAFONT PIANETA

*El control judicial del acto  
administrativo: entre el contencioso  
objetivo y el subjetivo*

Sumario: I. Referentes sobre el control judicial de la actividad administrativa. II. El contencioso objetivo: la nulidad simple. III. La nulidad por constitucionalidad. IV. El control inmediato de legalidad. V. El contencioso objetivo: la nulidad y el restablecimiento del derecho. VI. Nulidad y restablecimiento del derecho por vía de un grupo. Bibliografía.

## I. REFERENTES SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

### A. EN EL DERECHO FRANCÉS Y EN EL DERECHO COLOMBIANO

Tal como lo registra la doctrina sobre la materia, la existencia de un juez administrativo controlador de la actividad de la Administración pública en Francia, modelo del que provenimos, ha sido producto de un lento y evolutivo proceso histórico-jurídico que encuentra antecedentes remotos en lo que en ese país se denominó el Antiguo Régimen (Parlements), pero que realmente se empieza a configurar con posterioridad a la Revolución de 1789 con la creación del Consejo de Estado como cuerpo consultivo, adscrito al Ejecutivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 52 de la Constitución del año VIII (1799), según el cual: “Bajo la dirección de los Cónsules, un Consejo de Estado es el encargado de redactar los proyectos de ley y los reglamentos de la Administración pública, y de resolver las dificultades que se presenten en materia administrativa”.

A partir de ese momento, fueron diversos los sistemas y procesos adelantados en busca de consolidar no solo la

existencia sino la independencia de un juez administrativo, con respecto al juez ordinario, controlador de la actividad de la Administración pública, pasando por lo que se denominó la “justicia retenida”, posteriormente la “justicia delegada de hecho” y luego la “justicia delegada de derecho”, esta última regulada por la Ley de 24 de mayo de 1872. Inicialmente, se establecieron como niveles de decisión los tribunales de prefectura (administrativos) y el Consejo de Estado, mediante el ejercicio de funciones judiciales y consultivas.

Finalmente, el reconocimiento constitucional de la independencia del juez contencioso, mediante la reafirmación de sus funciones judiciales y consultivas, solo se produce mediante decisiones del Consejo Constitucional de 1980 y 1987.

A tiempo presente es de observar que la estructura institucional y normativa de la jurisdicción contenciosa francesa se ha enriquecido, con fundamento en la idea de garantizar mejores condiciones de acceso a la administración de justicia, tal como se describe en las siguientes consideraciones:

La congestión de las jurisdicciones administrativas hacia necesaria una reforma de envergadura, realizada por la Ley del 31 de diciembre de 1987, mediante la cual se crearon las cortes administrativas de apelación, con competencia para conocer en apelación las sentencias proferidas por los tribunales administrativos. En adelante el Consejo de Estado continuó interviniendo a título principal como juez de casación, siguiendo el ejemplo del rol que ejercía desde hacía mucho tiempo sobre las numerosas y diversas decisiones proferidas por las jurisdicciones especializadas. Un código de justicia administrativa, que entró en vigor el 1.<sup>º</sup> de enero de 2001, reagrupó el conjunto de los textos aplicables a las jurisdicciones administrativas. La reforma constitucional del 23 de julio de 2008 amplió las funciones del Consejo de Estado y los textos posteriores constituyeron el origen de reformas tendientes a mejorar la accesibilidad de los ciudadanos al derecho<sup>1</sup>.

Ahora, en cuanto a los mecanismos procesales establecidos para garantizar el acceso de los administrados a la justicia administrativa, se le ha reconocido valor predominante al denominado “recurso por exceso de poder”, cuyo objeto es el de invocar la nulidad de los actos administrativos como un medio de control del ejercicio del poder por parte de las autoridades públicas, lo que se traduce en un riguroso control de legalidad de la actividad estatal.

Correlativamente, se observa que el mismo proceso evolutivo de la jurisdicción contenciosa francesa, mencionado antes, fue determinando por razón de las circunstancias el surgimiento de otros mecanismos procesales para colocarlos al servicio de los usuarios de aquella, lo cual ha sido explicado así:

El instrumento de este trabajo de jurisprudencia ha sido, todos lo sabemos, el célebre recurso por exceso de poder, que permite obtener la anulación de actos administrativos ilegales, contrarios a la ley con desaparición retroactiva de sus efectos.

[...]

Sin embargo, no debemos descuidar los demás recursos, así el recurso por exceso de poder sea el instrumento más prestigioso del control jurisdiccional, en especial el recurso de plena jurisdicción que da al juez administrativo poderes más importantes que el simple poder de anular. El derecho de la responsabilidad (y sabemos que la responsabilidad, en derecho francés, sigue fundada en la culpa, así haya una parte importante de responsabilidad sin culpa), el derecho de los contratos administrativos, lo contencioso fiscal, lo contencioso electoral, todo este depende de la plena jurisdicción. [...] Con el desarrollo de las acciones administrativas en todos los campos (económico, social, cultural), los recursos se multiplicaron. La justicia administrativa se convirtió en una justicia banal y el Consejo de Estado no pudo mantener por mucho tiempo el ritmo habitual de sus decisiones<sup>2</sup>.

Agrega el mismo autor que la situación descrita condujo en su momento a la creación de otros niveles de decisión ya

mencionados, como, por ejemplo, las cortes administrativas (regionales) de apelación, y a replantear posteriormente las competencias del Consejo de Estado, lo cual explica de la siguiente manera:

El Consejo de Estado se ha convertido hoy en día, primero, en un juez de casación después de haber sido por mucho tiempo juez de primera instancia o juez de apelación. Todavía es juez de primera instancia para actos importantes tomados en el más alto nivel del Estado, o para ciertos asuntos administrativos que no encuentran juez sino en el Palais Royal (el Palacio Real es la sede del Consejo de Estado)<sup>3</sup>.

Por su parte, en el caso colombiano, aun cuando existen diferentes posiciones con respecto a la creación del Consejo de Estado como antecedente de lo que posteriormente sería la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se observa que el criterio predominante indica que dicha creación se produjo con la expedición de un Decreto por parte del Libertador Simón Bolívar, en la ciudad de Angostura, el 30 de octubre de 1817, en su condición de "Jefe Supremo de la República de Venezuela y Capitán General de sus Ejércitos y de los de la Nueva Granada", en cuyo artículo 10 se le asignan funciones eminentemente consultivas.

Sobre las causas y motivos justificativos de la creación de ese Consejo de Estado, especialmente por la situación de orden público que imperaba en la región para esa época, también existen diferentes consideraciones, sin perjuicio de las cuales son pertinentes las expuestas por el profesor y tratadista Libardo Rodríguez:

Dada la formación intelectual y filosófica de Bolívar y su reconocido fervor por las ideas y los resultados de la Revolución francesa, puede fácilmente entenderse que este Consejo de Estado creado por él, encontraba un antecedente inmediato en la institución creada con el mismo nombre en Francia, apenas unos años atrás, 1799, bajo la orientación de Napoleón<sup>4</sup>.

De los estudios histórico-jurídicos existentes, incluido el mencionado, se observa que durante el siglo XIX el Consejo de Estado de la Nueva Granada no tuvo una presencia estable ni mucho menos un funcionamiento progresivo en el ordenamiento jurídico y en la institucionalidad integradora de la estructura estatal.

En efecto, en la Constitución Política de 1821 (Cúcuta) fue sustituido por una entidad denominada Consejo de Gobierno, con las mismas funciones consultivas, presidido por el vicepresidente de la República e integrado por un ministro de la Corte de Justicia y los secretarios del despacho presidencial; en la Constitución de 1830 entran a formar parte del Consejo de Estado el procurador general de la nación y doce consejeros escogidos discrecionalmente entre los ciudadanos (arts. 95 y ss.).

La Constitución de 1832 mantuvo el Consejo de Estado en su función consultiva, pero varió su composición integrándolo por siete consejeros designados por el Congreso de la República; así mismo, se le asignó la función de presentar ternas ante la Cámara de Representantes para la elección de miembros de la Corte Suprema de Justicia.

La Constitución Política de 1843 no mantuvo el Consejo de Estado, pero sí al Consejo de Gobierno con las funciones de aquel, lo que denota la inestabilidad institucional reinante, situación que se reitera en la Constitución Política de 1853, en la de 1858 y en la de Rionegro de 1863.

En la Constitución Política de 1886 se revive el Consejo de Estado no solo en cuanto a su función consultiva, sino también con la función de juzgar la actividad de la Administración, es decir, como órgano supremo de lo contencioso administrativo, condicionado esto último a que,

curiosamente, el Legislador creara dicha jurisdicción, cosa que efectivamente no ocurrió, por lo cual solo siguió cumpliendo la función asesora.

Iniciado el siglo xx, mediante Acto Reformatorio de la Constitución n.º 10 de 1905 fue suprimido el Consejo de Estado y las demás normas que lo regulaban, pero, a su vez, mediante Acto Legislativo n.º 3 de 1910 se creó la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, bajo las condiciones que determinara la ley, a lo cual se le dio cumplimiento mediante la Ley 130 de 1913, en la que se adoptan, entre otras, las siguientes decisiones: i) La organización de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; ii) La creación de los primeros tribunales administrativos (Bogotá, Bucaramanga, Cartagena, Medellín, Pasto, Popayán, Ibagué y Tunja); y iii) La regulación de los instrumentos procesales y de los procesos contenciosos, razón por la cual se ha considerado que se trata del primer código contencioso administrativo del país. Adicionalmente, mediante Acto Legislativo de 1914, se restablece la denominación de Consejo de Estado como supremo cuerpo consultivo del Gobierno y se reitera como tribunal supremo de lo contencioso administrativo.

Mediante la Ley 167 de 1941, igualmente se expidieron normas sobre la organización de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, acciones y procesos, motivo por el cual también se ha considerado que se trata del segundo código contencioso administrativo colombiano; posteriormente, mediante Decreto Extraordinario n.º 01 de 1984 se expidió el tercer código contencioso administrativo y con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, en la que se ratifica la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en su doble función consultiva y judicial, se

expide la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en desarrollo de la cual se crea un nuevo nivel de decisión en esta jurisdicción, el de los jueces del circuito administrativo, nivel que efectivamente entra a ejercer sus funciones el 6 de agosto de 2006.

En el mismo contexto y aprovechando la experiencia vivida durante el desarrollo y consolidación de esta jurisdicción, después de un serio y profundo proceso analítico se adopta el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, el cual entró a regir el 2 de julio de 2012.

Desde el punto de vista de los instrumentos procesales establecidos para posibilitar el acceso a la justicia administrativa por parte de los usuarios de esta, se observa que, desde el primero de los códigos adoptados en nuestro ordenamiento jurídico, imperó lo que podría denominarse el criterio de la “pluralidad de acciones”, lo que se constata al observar que:

La Ley 130 de diciembre 13 de 1913, “Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo”, sin utilizar expresamente el concepto de “acción”, regula como mecanismos procesales para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo los relativos a la nulidad de actos administrativos (arts. 52, 72 y 78), nulidad y lesión de derechos civiles (arts. 71, 77 y 80), verificación contencioso-administrativa del presupuesto (art. 82) y definición de competencias administrativas (art. 88).

La Ley 167 de diciembre 24 de 1941, “Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa”, alude expresamente a las acciones de nulidad (art. 66), nulidad y restablecimiento del derecho

(art. 67), así como a la posibilidad de solicitar directamente la indemnización de perjuicios (art. 68); también contempla lo relativo a la definición de competencias entre entidades administrativas (arts. 34 y 52), el reconocimiento de una prestación por vía del recurso de apelación contra una decisión administrativa ante el juez contencioso (arts. 157 y 163), la revisión de una sentencia que declare reconocimientos económicos a cargo del Estado (art. 164), y al control de legalidad de los contratos de la Administración pública (arts. 242, 253 y 259).

Por su parte el Decreto Extraordinario 01 de enero 2 de 1984, “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”, Título xi: Medios de control, alude expresamente a la acción de nulidad (art. 84), a la de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85), a la de reparación directa (art. 86), de las controversias contractuales (art. 87) y a la de acción de definición de competencias administrativas (art. 88); lo anterior, sin perjuicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho reguladas por regímenes especiales, tales como el electoral, urbanístico, marcas y patentes, ambiental y agrario, entre otros; posteriormente le son asignadas a esta jurisdicción otras competencias que igualmente implican el ejercicio de nuevas acciones a partir de la Constitución Política de 1991, tales como la acción de tutela (Decreto 2591 de 1991), la acción de cumplimiento (Ley 393 de 1997), la acción popular y la acción de grupo (Ley 472 de 1998).

## B. LOS CONCEPTOS DE MEDIOS DE CONTROL, DE ACCIÓN Y PRETENSIÓN CONTENCIOSAS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Tal como se reseñó en apartes anteriores, la formulación y puesta en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, fue producto de una propuesta que la misma Jurisdicción Contenciosa le formulara al país en el “Encuentro” que esta celebrara en la ciudad de Armenia en septiembre del 2007, bajo la orientación de lo que se denominó “El Repensar de la Jurisdicción Contenciosa”, con la cual se continuó el análisis serio, profundo, reflexivo y abierto a la comunidad, que se había iniciado unos años atrás, con el fin de propiciar el establecimiento de condiciones estructurales y operativas generadoras de una Administración pública realmente eficiente y una justicia administrativa garante de la tutela efectiva de los derechos de los asociados y preservadora del orden legal establecido, todo en consonancia con los postulados promovidos por la carta superior de 1991.

Como eje central y columna vertebral del proyecto a trabajar, la Comisión acogió las recomendaciones de la Sala Plena del Consejo de Estado, en el sentido de establecer, en primer lugar, una regulación de la actividad administrativa mediante la cual se impulsara a la Administración pública a cumplir con su obligación fundamental de resolver efectivamente en sede administrativa los asuntos sometidos a su consideración por los asociados, con base en el respeto y reconocimiento de sus derechos, y, en segundo lugar, una regulación de la función judicial consecuente con la protección de los mencionados derechos y el control de legalidad de las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares que cumplan funciones públicas, además del establecimiento de unos mecanismos, instrumentos y procesos que objetivamente garantizaran un real acceso a la justicia administrativa y un debido respeto y cumplimiento de las decisiones judiciales<sup>5</sup>.

Con fundamento en tales previsiones deben entenderse los criterios acogidos por el artículo 1.<sup>º</sup> del Código, cuando se alude a la finalidad de la Parte Primera en el sentido de que ella comprende el proteger y garantizar los derechos y

libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y los demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la Administración pública y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares, todo ello en consonancia con los principios y el objeto que se le atribuye a la jurisdicción contenciosa como marco de referencia en cuanto a la orientación de la competencia que le es propia, especialmente en cuanto a la protección de los derechos reconocidos constitucional y legalmente, así como la preservación del orden jurídico.

Ahora, sobre la base de la estructura institucional de la jurisdicción contenciosa que comprende los niveles de decisión asignados a los jueces del circuito administrativo, los tribunales administrativos y el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, el nuevo Código aborda la regulación de los instrumentos y mecanismos procesales que se colocan a disposición de los usuarios de la justicia contenciosa para acceder a esta, bajo la denominación de “medios de control”, cuyo sentido debe ser comentado para superar algunos equívocos en cuanto al alcance que verdaderamente se le otorgó.

En efecto, la expresión “medios de control, que ya había incorporado el Código Contencioso de 1984, en manera alguna desplaza o sustituye el concepto de “acción”, sino que realmente, partiendo de la concepción integral y garantista a la que se alude en el párrafo anterior, se supera la llamada teoría de la “pluralidad de acciones”, para darle paso al reconocimiento del derecho a accionar con carácter igualitario (es uno solo) para todas las personas en cuanto al derecho de acceso a la justicia, de tal manera que lo que difiere en su ejercicio es lo que

pretende (pretensión) que se le resuelva, a quien concurre a ella, por parte de la autoridad judicial competente, en este caso la contenciosa. Por ello, el concepto de acción está implícito en el de medios de control y lo que se regula en el Código son las pretensiones posibles de formular como objeto de aquella (arts. 135 a 148), así como las posibilidades de su acumulación (art. 165) y los términos oportunos para ejercitarla (art. 164).

Se trata de un cambio sustancial, y se requiere de una intensa pedagogía explicativa que propicie un necesario cambio de mentalidad con respecto a lo que desde siempre habíamos aprendido, enseñado y aplicado. Sin embargo, debe confiarse en que el cambio generará beneficios frente a la protección de los derechos de las partes en el proceso, por aquello de que nunca más se presentará la oprobiosa decisión alusiva a la “indebida escogencia de la acción”, como supuesto incontrovertible de un fallo inhibitorio<sup>6</sup>.

Sin embargo, hay quienes, aun admitiendo que el derecho a accionar como derecho fundamental es uno solo, consideran que al desarrollarse los “medios de control” se mantiene el concepto de la pluralidad de acciones, y sobre ello se sostiene que:

La terminología utilizada en el código, como se explicó atrás, no impide que en estas notas se sigan manejando los términos tradicionales, explicados por la doctrina y avalados por la jurisprudencia, que no coliden con el derecho fundamental de acción que contempla el art. 229 de la Carta y que no son más que su desarrollo.

Por esa razón, aunque la acción en nuestra Carta Constitucional sea una, como derecho fundamental que es, nada impide que se organicen y desarrollen las distintas acciones en función de las pretensiones que la parte actora dirige a la contraparte para que sean reconocidas e impuestas por el juzgador en la culminación del proceso correspondiente. Y tampoco nada obsta para que se conozcan igualmente con la denominación de medios de control o contenciosos, de conformidad con la denominación misma que presenta el nuevo código que los hace operantes<sup>7</sup>.

De conformidad con los anteriores términos, pasan a exponerse las consideraciones sobre el contencioso objetivo (acción contenciosa con pretensión de nulidad) y el contencioso subjetivo (acción contenciosa con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho), incluidas algunas de sus modalidades especiales (nulidad por inconstitucionalidad, control inmediato de legalidad y nulidad y restablecimiento del derecho por vía de grupo), teniendo como referente el papel trascendente que le compete a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como garante de la tutela judicial efectiva de los derechos de los asociados y preservadora del orden jurídico vigente:

Una Jurisdicción que controle y fije límites a la actividad de la Administración pública es, como dijimos, fundamental, no solo en la consolidación del Estado de Derecho sino para la democracia, entendida esta no solo como las mayorías que vencieron en determinada contienda electoral, sino como ese sistema que protege los derechos y garantías sociales, restringe los abusos y la arbitrariedad, le brinda protección a las minorías, garantiza las libertades civiles y los derechos fundamentales de la brutalidad oficial y las extralimitaciones del poder<sup>8</sup>.

## II. EL CONTENCIOSO OBJETIVO: LA NULIDAD SIMPLE

### A. OBJETO Y NATURALEZA DE LA PRETENSIÓN

La pretensión de nulidad de los actos administrativos, en lo que podríamos denominar su “versión general” y a la que la praxis jurisprudencial y doctrinaria identifica como “nulidad simple”, se encuentra regulada por el artículo 137 del Código, cuyo primer inciso determina que “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general”.